REPUBLICA DE COLOMBIA

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TOMO CCXI

PRIMER SEMESTRE – 1991



SALA DE CASACION PENAL

SANTAFE DE BOGOTA, D.C., COLOMBIA – IMPRENTA NACIONAL – 1993

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

PRIMER SEMESTRE 1991

SALA PLENA

Doctores: PABLO JULIO CACERES CORRALES, Presidente.
PEDRO AUGUSTO ESCOBAR TRUJILLO, Vicepresidente.
Blanca Trujillo de Sanjuán, Secretaria.

SALA CIVIL

Doctores: CARLOS ESTEBAN JARAMILLO S., Presidente.
Carlos Julio Moya Colmenares, Secretario.

MAGISTRADOS Carlos Esteban Jaramillo S.
Doctores: Eduardo García Sarmiento
Pedro Lafont Pianetta
Héctor Marín Naranjo
Alberto Ospina Botero
Rafael Romero Sierra

SALA CONSTITUCIONAL

Doctores: PEDRO AUGUSTO ESCOBAR TRUJILLO, Presidente.
Martha Esperanza Cuevas Meléndez, Secretaria.
Miguel Antonio Roa Castelblanco, Secretarios.

MAGISTRADOS Pablo Julio Cáceres Corrales
Doctores: Pedro Augusto Escobar Trujillo
Rafael Méndez Arango
Fabio Morón Díaz
Jaime Sanín Greiffenstein
Simón Rodríguez Rodríguez

SALA LABORAL

Doctores: HUGO SUESCUN PUJOLS, Presidente.
Consuelo Cárdinas Fernández, Secretaria.

MAGISTRADOS

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

SALA PENAL

Doctores: DIDIMO PAEZ VELANDIA, Presidente.
Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

MAGISTRADOS

Doctores: Jorge Carreño Luengas
Guillermo Duque Ruiz
Juan Manuel Torres Fresneda
Gustavo Gómez Velásquez
Ricardo Calvete Rangel
Didimo Páez Velandia
Edgar Saavedra Rojas
Jorge Enrique Valencia Martínez

RELATORES

Doctores: Rafael Rodríguez Melo – Sala Civil
Miguel Antonio Roa Castelblanco – Sala Constitucional
Esperanza Inés Márquez Ortiz – Sala Laboral
Hilda Leonor Cortés Gómez – Sala Penal

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTORES:

RELATOR SALA CIVIL	Dr. RAFAEL RODRIGUEZ MELO
RELATORA SALA PENAL	Dra. HILDA LEONOR CORTES GOMEZ
RELATORA SALA LABORAL	Dra. ESPERANZA INES MARQUEZ ORTIZ
RELATOR SALA CONSTITUCIONAL	Dr. MIGUEL A. ROA CASTELBLANCO

TOMO CCXI – Bogotá, D.E., Colombia – Enero a Junio de 1991 – Número 2450

EMPLEADO OFICIAL

Para los efectos penales, la noción de empleado oficial, toma en cuenta también al particular que, aun de modo transitorio, ejerza cualquier función pública o que se le haya encargado de un servicio público.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Dídimo Páez Velandia.*
Aprobada Acta número 003.
Bogotá, D.E., enero veintitrés (23) de mil novecientos noventa y uno (1991).

VISTOS

El Juzgado Treinta y Seis Penal del Circuito de Bogotá, en decisión del diecisiete de febrero de mil novecientos ochenta y ocho, impuso a Alfredo Ramírez Juliao la pena principal de treinta y seis meses de prisión, como autor responsable de los delitos de concusión y cohecho, en concurso. Por medio de la sentencia de veintisiete de mayo del año de mil novecientos ochenta y ocho, ya indicado, el Tribunal Superior, en relación con este mismo procesado, revocó el fallo, para, en su lugar, absolverlo por el delito de Concusión. Así mismo, reformó la decisión en el sentido de condenarlo a la pena principal de treinta y nueve meses de prisión como

autor de concurso homogéneo y sucesivo integrado por varios delitos de cohecho propio.

Inconforme con la sentencia del Tribunal, el defensor ha interpuesto recurso extraordinario de casación.

Hechos

En el fallo impugnado, aparecen sintetizados por el Tribunal de la siguiente manera:

"La situación fáctica sometida a debate en este juicio consistió en que en diciembre de 1983 la acusada Lilia María Rodríguez, adjudicataria del puesto de venta número 140 del combustible C.L.D. –Cocinol–, ubicado en la calle 33 número 105-30, Fontibón, D.E., acudió a la oficina de Cocinol del Ministerio de Minas, donde habló con Margarita Márquez acerca de qué era lo que debía hacer para poder sacar y vender a precio mayor y sin correr el riesgo de recibir sanción, una gran parte del combustible que se le entregaba para ser distribuido entre los usuarios, recibiendo como respuesta el que debería dar a Alfredo Ramírez Juliao, Secretario Ejecutivo del Comité de Cocinol, por intermedio de ella –Margarita–, 20 o 30 mil pesos quincenales, según que la cantidad del combustible desviada fuera de 1 mil o mil quinientos galones.

"Así, a partir de entonces y cada 15 días, Lilia estuvo entregando 20 o 30 mil pesos a Margarita para que ésta a su vez se los diera a Alfredo, a cambio de lo cual éste se comprometió a no hacer nada para que Lilia fuera sancionada.

"Aproximadamente 2 meses después Margarita dejó de trabajar en la Oficina de Cocinol –la función que cumplía era la de jefe de inspectores–, pero continuó recibiendo, en su apartamento de la calle 54 número 9-28 de esta ciudad, piso 6º, el dinero que cada quincena Lilia le llevaba allí. Sin embargo, a mediados de 1984 Ramírez Juliao la llamó –a Lilia– requiriéndola por no haber entregado dinero en las 2 últimas quincenas, pero como le aseguró que sí había hecho los pagos oportunamente a Margarita, aquél le dijo que a partir de ese momento le entregara el dinero personalmente a él en el Ministerio de Minas, lo cual efectivamente cumplió.

"Poco después Lilia quiso dejar de sacar el cocinol para venderlo a precio más alto y, por supuesto, de entregar dinero a Ramírez Juliao, a quien se lo hizo saber, pero éste le advirtió que entonces le enviaría los inspectores, como en efecto lo hizo. A la siguiente quincena Alfredo la llamó diciéndole que le iba a entregar el combustible y que ella debía acudir a llevarle el dinero, lo que obedeció por temor a perder su cupo como expendedora del producto, debido a la autonomía que para hacerlo tenía Ramírez Juliao.

"Finalmente, en virtud de una investigación adelantada por el funcionario del Ministerio de Minas, Rey Orlando Súa Carreño –denunciante–, y por el nuevo Secretario Ejecutivo del Comité de Cocinol, Hernán Rocha, se estableció lo anterior, es decir que Lilia estaba vendiendo al por mayor, por precio más alto del autorizado y a personas inescrupulosas que lo revenderían a los usuarios incrementando nuevamente el valor, el cocinol que oficialmente se le entregaba, por lo que se

adelantó un operativo con la colaboración del Departamento Administrativo de Seguridad que concluyó el 24 de septiembre de 1984 con la aprehensión de Ramírez, momento después de haber recibido, en la que fuera su oficina, un sobre con 30 mil pesos en billetes de distintas denominaciones que le entregó Lilia, los que previamente habían sido identificados con sus números de serie.".

ACTUACIÓN PROCESAL

1. Fueron vinculados a la investigación Alfredo Ramírez Juliao, Margarita Márquez Caballero y Lilia María Rodríguez o Lilia María Rodríguez de Ramírez, a quienes, así mismo, se les llamó a responder en juicio. A Ramírez Juliao, como autor de concusión y cohecho; a Márquez Caballero como cómplice de cohecho y a Rodríguez o Rodríguez de Ramírez por cohecho y especulación.

2. Rituada la causa y celebrada la respectiva diligencia de audiencia pública, se dictó la sentencia de primera instancia. En ella, los procesados fueron hallados responsables por los delitos y en las modalidades porque se profirió en su contra auto de proceder. De acuerdo con esto, se les condenó a Ramírez Juliao a la pena principal de treinta y seis meses de prisión; a Márquez Caballero a la de seis meses y a Rodríguez o Rodríguez de Ramírez a siete meses.

3. El Tribunal Superior, por medio del fallo material del recurso extraordinario que ocupa la atención de la Sala, al resolver la apelación interpuesta contra la sentencia de primer grado, se pronunció en los siguientes sentidos:

a) Revocó las condenas por concusión y especulación proferidas contra Ramírez Juliao y Rodríguez o Rodríguez de Ramírez, y

b) La reformó en el sentido de condenar a Ramírez Juliao como autor de cohecho propio en concurso homogéneo y sucesivo, a la pena de 39 meses de prisión; a Márquez Caballero a la de 25 meses como cómplice y a Rodríguez o Rodríguez de Ramírez a 10 meses como autora de cohecho por dar u ofrecer, en concurso.

LA DEMANDA

El defensor de Alfredo Ramírez Juliao, al sustentar el recurso de casación, con fundamento en el inciso 1º del numeral 1º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal de 1971, formula contra la sentencia, como único grado, el de ser violatoria de la ley sustancial por aplicación indebida de los artículos 63 y 141 del Código Penal y falta de aplicación de los artículos 2º y 3º de la misma normatividad.

En demostración de la censura, de manera concreta, plantea que el procesado, para el momento de los hechos, no poseía la calidad de empleado oficial de acuerdo con las hipótesis previstas por el Código Penal en el artículo 63. Conforme con esto, luego de destacar que la situación del recurrente sólo puede ser discutida en relación con el concepto de "encargado de un servicio público", en el que se le encuadra en el fallo para derivar de allí la cualificante como sujeto activo del delito de cohecho propio por el que fue condenado, advierte que en tales eventos no basta con la simple prestación del servicio para que, por esa única circunstancia, el particular se convierta en sujeto de delito contra la administración pública, como lo entiende el Tribunal

en el fallo impugnado. En su criterio, en tal tipo de situaciones, es indispensable que el encargo obedezca a determinados patrones legales, entre los cuales debe ser examinada la relación existente entre quien lo ejerce y la administración pública.

A partir de esta orientación, se explica por el impugnante la naturaleza del contrato celebrado entre Ramírez Juliao y la Empresa Colombiana de Petróleos, en lo cual se destaca cómo allí no se determina el ejercicio de una función administrativa por parte del implicado, en razón a que el régimen imperante para este tipo de contratos lo prohibía, no obstante, entre las gestiones pactadas, apareciera convenida la de coordinar la distribución y transporte de cocinol, actividad catalogada como servicio público por la ley. En este sentido, estima que la violación de la ley sustancial en que incurrió el Tribunal en el fallo, radica en la no consideración a la relación de carácter contractual existente entre el procesado y la empresa Ecopetrol, por lo que, sin más, se llegó a concluir que si el procesado estaba encargado de actividades vinculadas con el transporte de un derivado del petróleo, lo estaba de un servicio público, lo cual, en opinión del censor, no puede ser suficiente para el establecimiento de la calidad de empleado oficial con fines penales. En apoyo de este planteamiento, trae como ejemplo las situaciones que se presentarían si alguien golpea a un conductor de bus, o se apropia de bienes pertenecientes a una empresa, de las cuales, dice, a pesar que el transporte es un servicio público, habría que convenirse que estos hechos no corresponden a violencia contra empleado oficial y peculado. Con fundamento en esto, continúa, Ramírez Juliao no podía cometer cohecho, pues no poseía el carácter de empleado oficial. Al entender el Tribunal lo contrario, concluye, dio aplicación indebida a los artículos 63 y 141 del Código Penal, dejando, consecuentemente, de aplicar los artículos 2° y 3° del mismo estatuto que, en su correcta observancia, habrían conducido a absolver al sentenciado.

Con base en los anteriores planteamientos, demanda la casación del fallo para que se proceda a dictar el de sustitución absolviendo a Alfredo Ramírez Juliao.

El concepto del Ministerio Público

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal, es de la opinión que el cargo hecho a la sentencia no puede prosperar. Coincide con el casacionista en que la situación del implicado Ramírez Juliao, en orden a establecer si poseía o no la calidad de empleado oficial, en la realización de los hechos juzgados, debe ser discutida dentro de lo que el legislador llamó "encargado de un servicio público".

A este respecto, parte de la noción de contrato de prestación de servicios como aquél destinado a desarrollar actividades relacionadas con la atención de los negocios o el cumplimiento de las funciones que hallen a cargo de la entidad contratante, cuando las mismas no puedan cumplirse con personal de planta, como medio de vinculación del procesado recurrente con la administración pública.

En estos eventos, estima que debe consultarse el régimen legal de la entidad contratante para conocer las funciones específicas que debe cumplir. Conforme con ello, destaca, si un particular, por medio del contrato, entra a ejercer funciones en nombre de la entidad, excepto las administrativas, adquirirá la categoría de empleado oficial. Contrariamente, si su actividad difiere de la ejercida por el organismo, el

contratista conserva su carácter particular, pues no estaría ingresando a la órbita específica de la entidad.

Para el presente caso, se concluye, si Ramírez Julião era el ejecutor de las políticas de expendio del cocinol trazadas por Ecopetrol, estaba encargado de un servicio público, de acuerdo con el criterio expuesto. Por ende, debe ser tenido como empleado oficial en los términos señalados en la sentencia, razón por la cual la demanda no debe prosperar.

Consideraciones de la Corte

El planteamiento del censor, en el cual apoya la impugnación al fallo, consistente en que fueron aplicados indebidamente los artículos 63 y 141 del Código Penal y, consecuentemente, inaplicados los artículos 2° y 3° de la misma normatividad, circunscribe el tema de pronunciamiento a aspecto bien específico: la determinación de los eventos en que el encargado de un servicio público, para efectos penales, posee la calidad de empleado oficial y si ella es predicable del sentenciado en el momento de la realización de los hechos por los que fue juzgado.

Esto, por cuanto el casacionista, en sustentación de la censura, niega que su poderdante tuviera la calidad de empleado oficial que le atribuye el Tribunal, no obstante se le hubiera confiado la prestación de un servicio público, pues, en su criterio, dada la naturaleza del contrato de prestación de servicios, por medio del cual se le vinculó a la administración, no se le delegó función administrativa alguna y, por lo mismo, en ningún momento de su ejecución, momento en que realizó los hechos, perdió su condición de particular. Es decir, para el recurrente, y así lo sostiene de manera expresa, en todos los eventos contemplados por el artículo 63 del C.P., debe consultarse, con carácter de principio general, el tipo de vinculación existente entre el sujeto y la administración, no siendo posible que con el solo examen a la función pueda dejarse sentada la calidad de empleado oficial, como una interpretación laxa del artículo 63 ya citado, daría a pensar.

La tesis del recurrente, en principio, ofrécese lógicamente y fundada en necesarias racionalizaciones de los conceptos de empleado oficial que, para fines penales, emplea el Código Penal Vigente. Estas, por obedecer a propósitos muy propios del ejercicio de la función penal, indefectiblemente se presentan como nociones complejas, requeridas de concreción en directa relación con los fines a los que sirven. Por eso, si bien este tipo de nociones encuentra su alcance precisado, las más de las veces, en el derecho administrativo, generalmente en razón de las categorizaciones laborales, debe entenderse que la ley penal, por modo autónomo, ha elaborado su propio catálogo con las especies de tal entidad.

Es en este sentido que, para los efectos penales, la noción de empleado oficial no sólo toma en cuenta a aquellos sujetos que se vinculan con el Estado mediante un contrato de trabajo, en carácter de trabajadores oficiales, o que por habérseles designado mediante decreto, resolución o cualquier otro acto administrativo y haber aceptado el cargo y tomado posesión de él, adquieren la calidad de empleado o funcionarios públicos, o porque se pertenece, como miembro, a las Fuerzas Armadas, o a una

corporación pública, sino también al particular que, aun de modo transitorio, ejerza cualquier función pública, o que se le haya encargado de un servicio público.

Por supuesto, dentro de esta complejidad de conceptos, son sin duda los de la persona que ejerce cualquier función pública y el del encargado de un servicio público, los que mayores dificultades en su determinación ofrecen. En algunas ocasiones, en tal labor, se acude al criterio de la función: si ésta puede ser reputada como pública o servicio público, el encargado de ella será empleado oficial. Precisamente, para el impugnante en este caso, fue ese el tipo de deducción a la que se acudió en el fallo recurrido para predicar de Ramírez Julián la calidad de empleado oficial. Como éste estaba encargado de la distribución y transporte de un derivado del petróleo –cocinol–, actividad definida como servicio público de acuerdo con el artículo 212 del Código de Petróleos, no obstante el contrato celebrado con Ecopetrol no modificara su estatus de particular, ni implicara la de legación de función administrativa, adquiría el carácter de empleado oficial.

En otras ocasiones, se procede de modo inverso. Esto es, entendiendo que sólo pueden ejercer función pública o encargarse de un servicio público, quienes posean determinada vinculación con el Estado que lo hagan delegatario de las gestiones correspondientes a éste. En los términos de la impugnación, ésta ha debido ser la orientación con la cual el sentenciador tenía que seleccionar las normas llamadas a regir el caso; luego, al no observarla, erró en la subsunción que de la conducta hizo, pues, si bien Ramírez Julián tenía entre las actividades a desarrollar, derivadas del contrato celebrado con Ecopetrol, una catalogada como servicio público, a él no se le delegó función administrativa alguna, por prohibición establecida en el régimen contractual imperante para su vinculación.

La adopción de uno u otro de los criterios expuestos, sin las matizaciones que los términos de su consagración legal imponen, inexorablemente conduce a incertezas en su aplicación. Es así, que, en relación con el primero de ellos, la simple consideración al carácter de función o servicio público, con prescindencia de la manera como se llega a su ejercicio o se es encargado de ella, amplía las posibilidades de comprensión bajo el concepto de empleado oficial de manera tal que el sentido y funcionalidad de la disposición se pierde. Ciertamente, como lo destaca el casacionista, con tal orientación tendría que admitirse que todos los conductores de vehículo de transporte colectivo, en cuanto éste es definido genéricamente como un servicio público, poseerían la calidad de empleados oficiales, para efectos penales. Idéntica situación se presentaría con los profesores de centros de enseñanza privada, en razón al carácter de servicio público que ostenta la educación, independientemente de la naturaleza del ente llamado a prestarla. Por esta laxitud, así mismo, debe ser admitido que el usurpador, si es el puro carácter de función o servicio público lo que califica al sujeto como empleado oficial, también tendría tal condición.

La otra orientación, asumida en términos escuetos, generaría como efecto una restricción de tal alcance que haría inoperante las categorías de empleado oficial que se examinan. Evidentemente, si sólo puede ser encargado de un servicio público o ejercer una función de tal naturaleza, quien en virtud de relación jurídica específica –acto administrativo–, contrato, etc., en que el Estado le delegue una gestión que les es propia, de acuerdo con las muy variadas connotaciones que adquiere la noción de

función y servicio público en el Estado contemporáneo, francamente quedarían por fuera de la tutela penal vastísimos sectores de la actividad administrativa.

En este sentido, es que los conceptos de "persona que ejerza cualquier función pública", o estuviere encargada de un servicio público, en superación de los extremismos vistos, como antes fuera indicado, deben matizarse de acuerdo con los términos de su consagración legal. Por eso, establecer cuándo se trata del ejercicio de una función pública o el encargo de un servicio público, como categorías de la calidad de empleado oficial, para efectos penales, impone no sólo la comprobación de la naturaleza pública de la función o el servicio, sino también cómo se llega a su ejercicio o encargo por parte del sujeto. Por supuesto, esto no puede ser entendido, como de manera radical parece apreciarlo el censor, que siempre que se trate de una función o servicio público, por virtud de ella, sólo puede adquirir la calidad de empleado oficial, quien se haya relacionado con la administración por medio de una vinculación laboral. El sentido de lo expuesto, insístese, no posee tan extremo alcance; al respecto, ya fueron explicados los efectos de una tal postura. Simplemente, debe establecerse, con independencia de la naturaleza que dentro de la nomenclatura propia del derecho administrativo se dé al acto por el cual se establece el ejercicio de la función o se otorga el encargo del servicio, si dentro de las atribuciones del ente que las confiere, la función o el servicio, le son propios y, si por medio de ese acto hace la delegación. En este aspecto, debe señalarse la coincidencia con el criterio del Procurador Delegado.

Con fundamento en lo anterior, resulta evidente que la inconformidad del casacionista y, consecuentemente la violación de la ley sustancial sobre la que apoya su demanda de desquiciamiento del fallo del Tribunal, proferida contra Alfredo Ramírez Juliao, resultan infundadas.

Como ya fuera destacado, por disposición del artículo 212 del Código de Petróleos, la distribución y transporte del cocinol, en cuanto él es un derivado del petróleo, son actividades catalogadas como servicio público. Por virtud del contrato de prestación de servicios celebrado entre Ecopetrol y el procesado Ramírez Juliao, se convino la coordinación de tales actividades por parte de este último (fol. 66 c.o.1.), las cuales, de acuerdo con la Resolución 001063 de 1980, emanada del Ministerio de Minas y Energía (fls. 58 y s.s. c.o.1), integraban parte de la política oficial relacionada con la materia, a cargo de un comité de cuya composición formaba parte no sólo Ecopetrol, sino quien desempeñara el cargo de Secretario Ejecutivo, para el cual fue contratado Ramírez Juliao.

De acuerdo con el criterio fijado, en punto a una racional determinación de quienes poseen la calidad de empleados oficiales por ejercer una función pública o ser encargados de un servicio público, para fines penales, resulta innegable que, independientemente que el contrato celebrado entre Ramírez Juliao y Ecopetrol dé cuenta en sus cláusulas de la no creación de ningún vínculo laboral y regirse por las disposiciones del derecho civil, por medio de él se delegó en el procesado la prestación de un servicio público a cargo, entre otras, de la entidad que lo contrató, en cuanto hacía parte integrante del Comité encargado de diseñar y ejecutar las políticas relacionadas con el abastecimiento del combustible de uso doméstico denominado cocinol creado por el Ministerio de Minas.

Deviene, entonces, de lo anterior, indiscutiblemente, la calidad de empleado oficial que ostentaba el procesado, calidad con la cual realizó las conductas tipificadas como cohecho propio y por las que, en su contra, se profirió la sentencia condenatoria impugnada. Luego, claro resulta que la aplicación indebida de los artículos 63 y 141 del Código Penal, como sentido de la violación de la ley sustancial denunciada, no tuvo ocurrencia; consecuentemente, tampoco, la inaplicación de los artículos 2° y 3° del mismo Estatuto, razón por la cual la impugnación es infundada.

No prospera el recurso.

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 M., Ricardo Calvete Rangel, Anselmo Chávez Narváez (conjuez); *Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda.*

Rafael E. Cortés Garnica
Secretario

* * *

Colisión de competencia

Es imposible el pronunciamiento de la Corte cuando no se respeten y agoten las exigencias previas de ley, entre éstas la exhibición de los motivos que determinan el surgimiento o la aceptación de la controversia.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Juan Manuel Torres Fresneda.*
Aprobada Acta número 03.
Bogotá, enero veinticuatro (24) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Vistos

Se remite a la Sala la actuación para que dirima la colisión suscitada entre los Juzgados Promiscuo Municipal de Guarne y Cuarenta y Cuatro de Instrucción Criminal con sede en Medellín, cada uno de las cuales atribuye al otro el conocimiento de la denuncia promovida en contra de Leonidas Toro y Jorge Iván Mora, a quienes se imputa en principio la comisión de un delito contra el patrimonio económico.

Hechos y actuación procesal

1. Entre los herederos del causante Antonio María Echeverry Arbeláez por una parte, y Luis Leonidas Toro Vallejo y Jorge Enrique Mora Henao –el primero abogado y el segundo ingeniero o topógrafo– por la otra, se pactó en Medellín hacia el mes de enero de 1989 un contrato denominado "de compromiso y ejecución de obra", por medio del cual procederían los dos últimos a realizar la partición de un predio rural ubicado en el municipio de Guarne, con el fin de adjudicar individualmente a los herederos su respectivo derecho, acordando como contraprestación "tres cuadras" de la finca a cada uno de los denunciados.

Realizada la partición, suscribieron los contratantes ante la Notaría de Itagüí la escritura pública 2616 de julio 11 del mismo año, en cuya cláusula primera aparece el Lote número 17 enajenado a Toro Vallejo y Mora Henao con una extensión de "... aproximada de seis (6) hectáreas...", que explica la denunciante resultaba muy superior a la pactada como honorarios, pues según los linderos allí consignados y el

área realmente ocupada por los imputados, éstos se excedieron ocupando un terreno aproximado de doce (12) cuadras, valga decir, más del doble de lo pactado, sin que se prestasen luego a rectificar ni a restituir lo tomado de más.

2. Recibida la queja en el Juzgado Treinta y Tres de Instrucción Criminal de Medellín, y repartida al Juzgado Cuarenta y Cuatro de la misma especialidad y sede, pese haber dispuesto éste la práctica de diligencias previas, sin haber realizado una sola de ellas remitió el asunto al Juzgado de Guarne con el argumento de que "los hechos denunciados tuvieron ocurrencia" en esa localidad.

A su recibo, el Juzgado de destino remitió de inmediato la denuncia al Tribunal Superior de Medellín "para los fines pertinentes", más como en esa corporación obraba ya proceso disciplinario en contra del abogado Toro Vallejo, se dispuso regresar la incipiente actuación al juzgado de origen para que decidiera "si continúa o no la investigación o la remite a otro juzgado que considere el competente."

Llegados de nuevo los cuadernos al Juzgado de Guarne tampoco entonces se asumió allí el conocimiento del asunto, pues expresando apenas que "los hechos tuvieron ocurrencia en la ciudad de Medellín" lo regresó al Juzgado Cuarenta y Cuatro de Instrucción de esa ciudad, proponiéndole colisión negativa de competencia que sólo aceptó el despacho de destino cuando su colega de Rionegro, ciudad a la cual optó en seguida por enviarlo, le hizo ver que primero debía pronunciarse sobre la colisión entablada.

Las razones expuestas al aceptar el conflicto se restringen a sostener que si la escritura no se tacha de falsa, siendo lo usual que en sus cláusulas se consignen acuerdos diferentes de los originalmente pactados, la posible infracción penal estaría lesionando el patrimonio económico de los herederos, y como la afectación ocurrió sobre terrenos localizados en Guarne, allí debería iniciarse la investigación y no en el Distrito de Medellín.

Consideraciones

El procedimiento para la proposición y formalización de la colisión de competencia demanda su impulso a través de autos motivados, según se advierte expresamente en el artículo 97 del Código de Procedimiento Penal, fundamentación a través de la cual el juez que la propone expresa al otro "los motivos" que tiene para conocer o no del caso determinado, en tanto que el segundo plasma la "razón" de su discrepancia o renuencia, dando con ello lugar a criterios enfrentados sobre los cuales ha de dirimirse el conflicto.

Las formalidades de ese trámite previo y forzoso han resultado sin embargo preteridos en el caso que se estudia, ignorándose por completo los fundamentos que asistieron al Juzgado de Guarne para deshacerse del expediente y su conocimiento al haber omitido cualquier referencia a los hechos, sus circunstancias, su connotación jurídica o los factores determinantes de la competencia, resultando a la Corte imposible presumirlos, como evidentemente no logró el Juzgado de Medellín adivinarlos al enrutar sus consideraciones críticas sobre la inexistencia de un delito de falsedad que jamás alude hasta ahora la denuncia, único e incompleto elemento con que se cuenta para análisis de los hechos, como que a pesar del tiempo transcurrido desde su

formulación ningún esfuerzo han adelantado los juzgados en conflicto para su esclarecimiento, exclusivamente preocupados hasta ahora por eludir su intervención.

Si la función que a la Corte corresponde para fijar la competencia en el conocimiento de un asunto, demanda enterarse de los fundamentos de hecho y de derecho en que discrepan los funcionarios en conflicto, haciendo su adjudicación a quien por factor material, funcional, territorial o de fuero corresponda, y ello deriva de la existencia de una formal colisión a dirimir, concluyese la imposibilidad de su pronunciamiento en tanto no se respeten y agoten las exigencias previas de ley, y entre ellas la exhibición de los motivos que determinan el surgimiento o la aceptación de la controversia.

Inexistiendo esa formal colisión negativa a desatar, sólo resulta procedente la inhibición del pronunciamiento definitorio que se pide, así que como consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Penal, se ABSTIENE de desatar el aparente conflicto de competencia surgido entre los juzgados cuarenta y cuatro de Instrucción Criminal de Medellín y Promiscuo Municipal de Guarne, disponiendo regrese el expediente al despacho de origen.

Comuníquese y cúmplase,

Jorge Enrique Valencia M., Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda.

Rafael Cortés Carrica
Secretario

* * *

DEMANDA DE CASACIÓN – Hechos

El numeral segundo del artículo 224 del C. de P.P., señala como una de las exigencias de la demanda de casación, la inclusión de "un resumen de los hechos materia del juzgamiento".

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Juan Manuel Torres Fresneda.*
Aprobada Acta número 03.
Bogotá, enero veinticuatro (24) de mil novecientos noventa y uno (1991).

VISTOS

Las demandas de casación presentadas a nombre de los procesados Alexander Alfonso Cervantes, Hernando Acuña, Beatriz Salazar, Jesús Alfonso Jiménez, Julio César Trespalacios y Rafael de La Ossa, por su defensor común, *en sustentación* del recurso extraordinario concedido y admitido, que fuera interpuesto contra la sentencia proferida el 30 de noviembre de 1989 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta *no reúnen a cabalidad los requisitos formales del artículo 224 del C. de P.P., y así deberá declararlo la Sala para dar por desierta la impugnación.*

El numeral segundo del precepto citado señala como una de las exigencias de la demanda de casación, la inclusión de "un resumen de los hechos materia del juzgamiento", que no pueden ser sino aquellos que conforman la verdad asumida por el sentenciador al estructurar los cargos para el debate del plenario, y que el recurrente no puede omitir bajo el supuesto de que de ellos habrá de enterarse la Corte al decidir.

Los requisitos de orden formal de la demanda constituyen un presupuesto insostayable de prosegubilidad del trámite de la impugnación, y obedecen al carácter dispositivo del recurso de casación y a su naturaleza técnica y precisa, lo que comporta para el interesado el deber de atenderlos en su integridad, y para la Corte el correlativo de examinarles, y en el evento de encontrarlos deficientes o incompletos, o adversos al principio de no contradicción, hacer la declaración de ley, con la consecuencia de que se torna fallida la continuación del trámite y el recurso mismo desde ese momento.

Los escritos objeto de revisión formal, idénticos en sus peticiones, no contienen en momento alguno presentación de los hechos que fueron materia del juzgamiento, pues bajo el título correspondiente a ese punto, el profesional signatario se limitó a hacer mención del delito por el cual sus patrocinadores fueron citados a audiencia pública de acuerdo al procedimiento aplicable, omitiendo toda referencia a las circunstancias de diversa orden que acompañaron y caracterizaron el reato, de manera que al leer el libelo se hace imposible vislumbrar la verdad procesal determinante del fallo que se acusa y comprender de dónde surge la "absurda visión" del Tribunal "que contrasta notablemente la verdad deslumbrante del proceso de que habla el señor abogado en la primera demanda luego de transcribir un aparte de la sentencia recurrida y que es en su criterio donde estriba el yerro de apreciación probatoria fundamento del cargo común en los dos libelos (fl. 34 cd. C.).

Mayor importancia cobra aquel vacío ante la alegación de supuesta ignorancia por parte del juzgador, tanto de la delación como de la confesión rendida por uno de los implicados y que sería la determinación de las penas impuestas a éste como de la condena de otros más, pues si se desconocen los hechos del proceso, mal puede saberse en qué consistieron esas figuras que se invocan para la absolución de unos y rebaja de pena de los otros.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal, DECLARA NO AJUSTADAS a derecho en su aspecto formal, las demandas de casación a que hace mérito esta providencia en su parte considerativa, y DESIERTO el recurso de casación que con ellas se pretendió sustentar. Devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Valencia M., Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda.

Rafael Cortés Garnica
Secretario

* * *

Demanda de casación – Técnica

Un cargo no se puede elaborar al amparo de dos causales simultáneamente, pues cada una obedece a razones diferentes y tiene sus propios requisitos, que impiden esa pretendida mezcla.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel.*
Aprobada Acta número 003 enero 23 de 1991.
Bogotá, D.E., enero veintiocho (28) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Vistos

Procede la Corte a resolver sobre la admisibilidad de la demanda de casación presentada por el defensor del procesado Héctor Alfonso Herrera Guevara, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, mediante la cual confirmó el fallo condenatorio dictado por el Juzgado Veintinueve (29) Superior y rebajó la pena de ciento veintiséis (126) meses a diez (10) años, de prisión ciento veinte (120) meses.

Demanda y consideraciones de la Sala

1. *El defensor invoca bajo el título de "único cargo", las causales primera, cuerpo primero, y segunda del artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, constituyendo esta formulación un primer error de técnica, ya que un cargo no se puede elaborar al amparo de dos causales simultáneamente, pues cada una obedece a razones diferentes y tienen sus propios requisitos que impiden esa pretendida mezcla.*

Así mismo, esa falla hace que la demanda carezca de la precisión necesaria para que la Sala pueda pronunciarse de fondo, como quiera que no es posible saber la verdadera inconformidad del libelista: violación directa de la ley sustancial o inconsonancia entre la resolución de acusación y la sentencia.

2. *No obstante que aduce la violación directa de la ley sustancial, a renglón seguido hace un alegato en el cual cuestiona los hechos y la apreciación de las pruebas, afirmando que el fallador incurrió en manifiesto error de hecho, contradicción*

elemental e inaceptable en casación, sobre lo cual la jurisprudencia ha sido uniforme y reiterada.

3. Lo que el demandante llama "demostración" del supuesto cargo, es un escrito del cual se deduce no solo que su autor desconoce las exigencias técnicas del recurso, sino también que tiene gran confusión conceptual sobre el Derecho Penal como pasamos a ver:

Plantea la existencia de una legítima defensa de un tercero y se lamenta de que "...el fallador jamás la tuvo en cuenta para sumarle atenuantes en la rebaja de pena o el perdón judicial...", efectos claramente incompatibles, como quiera que la causal de justificación impide la antijuridicidad de la conducta.

Posteriormente insiste en el perdón judicial (figura inexistente en el actual estatuto penal), en la rebaja de pena y en que se le dé aplicación al artículo 29 numerales 4 y 5 del C. P. (legítima defensa y estado de necesidad) petición totalmente absurda, ya que se trata de causales que obedecen a fundamentos excluyentes entre sí.

Critica la sentencia de primera instancia en cuanto a la dosificación de la pena, olvidando que el Tribunal Superior la rebajó al mínimo, siendo por lo tanto una acusación carente de objeto.

Son suficientes las observaciones anteriores para concluir que la demanda no reúne los requisitos exigidos por el artículo 224 del Código de Procedimiento Penal, por lo tanto se rechazará in limine.

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

RESUELVE:

RECHAZAR la demanda de casación presentada por el defensor del procesado Alfonso Herrera Guevara y en consecuencia declarar DESIERTO el recurso interpuesto.

Vuelva 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, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda.

Rafael Cortés Garnica
Secretario

* * *

Demanda de casación – Técnica / Preterintención

Si el ataque se hace porque los hechos revelan que no existió dolo sino preterintención y fueron mal apreciados por el juzgador, se debe acudir a la violación indirecta y no a la directa.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel.*
Aprobada Acta número 003 enero 23 de 1991.
Bogotá, enero veintiocho (28) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Vistos

Procede la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, a resolver sobre la admisibilidad de la demanda de casación presentada por el defensor del procesado Desiderio de Jesús Giraldo Naranjo, contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Súperior del Distrito Judicial de Medellín, mediante la cual confirmó la condena a ciento veinte (120) meses de prisión por el delito de homicidio, impuesta por el Juzgado Dieciséis (16) Superior de la misma ciudad.

I. La demanda

El recurrente invoca la causal primera de casación, violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 323 del Código Penal y falta de aplicación del artículo 325 *ibidem.*

En la demostración del cargo advierte que acepta los hechos considerados probados por el Tribunal y transcribe algunos que fueron tenidos en cuenta para deducir la culpabilidad.

Afirma que según lo reseñado por el Tribunal, ha debido concluir que el homicidio fue preterintencional, y agrega "... sin embargo, para fundamentar un supuesto propósito homicida por parte del procesado, el Tribunal acude a una serie de consideraciones contradictorias, por decir lo menos, tales como las de afirmar que: "Si hubiese querido lesionarlo no le hubiese hundido el puñal o arma cortopunzante

en su humanidad como lo hizo" (?) El interrogante es propio del recurrente en cuanto pugna con la lógica mas (sic) elemental el contenido intrínseco del texto reseñado cuando se afirma que si hubiese querido lesionarlo no le hubiese hundido (sic) el puñal o arma cortopunzante en su humanidad, como si esa acción, singular e indeterminada no fuese acaso un argumento de sentido contrario, apta para destacar la *no* reiteración de la acción lesionadora y la consecuencia ausencia de un propósito homicida en la conducta del procesado".

Insiste en que no se trata de un análisis de valoración probatoria propio de la violación indirecta, "sino de un *juicio de valoración conceptual* a los criterios jurídicos que el Tribunal tuvo en cuenta para presumir un propósito homicida y descartar la concurrencia de un *homicidio preterintencional* como corresponde a un análisis adecuado y jurídico de los hechos en los términos que el Tribunal los señala ..."

Finaliza diciendo que el error radica en la conceptualización jurídica del dolo y solicita que se case la sentencia declarando que la culpabilidad del procesado corresponde a lo previsto en el artículo 325 del Código Penal.

II. Consideraciones de la Sala

No obstante el esfuerzo del demandante por ocultar su inconformidad sobre la apreciación de los hechos con un supuesto error sobre el concepto jurídico de dolo, se ve claramente que se equivocó al escoger la violación directa como vía para la acusación.

El impugnante no señala en qué consistió el error del fallador sobre el concepto de dolo, y en realidad no se observa que en ese sentido el Tribunal haya incurrido en equivocación. Lo que no considera correcto es que el sentenciador haya concluido que el homicidio fue doloso, porque en su parecer se trata de un delito preterintencional.

Como es sabido, el dolo se infiere de todas las circunstancias que rodearon un hecho, situación que puede dar lugar, como en este caso, a que el Juez llegue a una conclusión distinta a la del defensor, sin que por ello se pueda predicar que existió un error de su parte. Si se acepta que los hechos declarados probados en la sentencia son los correctos y simplemente no se comparte la deducción respecto a la existencia del dolo, esa diferencia no es demandable en casación, porque no obedece a un concreto error sino a un normal enfrentamiento de criterios.

Es distinto que la afirmación sobre el dolo esté apoyada en una prueba inexistente, o en la no consideración de otra, o en la tergiversación del contenido recaudado por el medio probatorio, porque en este caso existiría un error de hecho; o en la apreciación de una prueba ilegalmente aducida al proceso, o en su indebida valoración, porque se presentaría un error de derecho.

El Tribunal declaró probada la autoría y la intencionalidad con la cual obró el procesado, de manera que si el defensor considera que esa conclusión no corresponde a lo que reflejan los hechos, inevitablemente está cuestionando su apreciación y en este caso ha debido demandarse por el cuerpo segundo de la causal primera.

El hecho por el cual se condenó al imputado es homicidio cometido con la intención de matar, por lo tanto doloso. Si esta conclusión no la acepta el libelista, no se

ve cómo puede afirmar que no está cuestionando el hecho, si precisamente el fundamento de su ataque es que no existió intención de matar sino de lesionar.

La contradicción es evidente: sostener que "el recurrente acepta in integrum *la relación de los hechos formulada por el Tribunal" y acto seguido afirmar que no se acepta que hayan sido cometidos dolosamente sino preterintencionalmente.*

Si el Tribunal hubiera considerado que el homicidio se causó con intención únicamente de lesionar, y pese a ello hubiera aplicado el artículo 323 del C.P., no hay duda de que habría incurrido en violación directa de la ley sustancial. En el caso que nos ocupa hay una perfecta correlación entre los hechos estimados probados y la norma aplicada, luego el recurrente se equivocó al elegir el sentido de la supuesta violación.

Recapitulando lo dicho: si la inconformidad radica únicamente en que el recurrente estima que la conclusión ha debido ser diferente sin demostrar ningún error, esa diferencia de opinión no es demandable en casación. De otra parte, si el ataque es porque los hechos revelan que no existió dolo sino preterintención y fueron mal apreciados por el fallador, debía acudir a la violación indirecta y no a la directa como lo hizo. Además, decir que no se cuestionarán los hechos y acto seguido hacerlo, constituye una contradicción, que sumada a las otras fallas, determinan el rechazo in limine *de la demanda por no reunir 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–,

RESUELVE:

RECHAZAR la demanda de casación presentada por el defensor del procesado Desiderio de Jesús Giraldo Naranjo, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín y en consecuencia declarar DESIERTO el recurso interpuesto.

Vuelva el proceso 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 M. Torres Fresneda.

Rafael Cortés Garnica
Secretario

* * *

NULIDAD / AUDIENCIA / JURADO DE CONCIENCIA

Si culminada la audiencia pública con intervención del jurado, por algún vicio que la afecte se impone la declaratoria de nulidad, la nueva vista pública, ya en vigencia del Decreto 1861 de 1989, se convoca sin su participación.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Enrique Valencia M.*
Aprobada Acta número 003 enero 23 de 1991.
Bogotá, enero veintinueve (29) de mil novecientos noventa y uno (1991).

VISTOS

El doce (12) de diciembre de mil novecientos ochenta y nueve (1989), el Tribunal Superior de Bogotá, confirmó en forma integral el fallo proferido por el Juzgado Diecisiete (17) Superior de esta ciudad, mediante el cual condenó a Marco Antonio Tegua Bello a purgar la pena principal de diez (10) años de prisión, como autor penalmente responsable de un delito de homicidio cometido en la persona de Doris Patricia Salazar Rozo.

El defensor del procesado interpuso el recurso extraordinario de casación y presentó en tiempo la respectiva demanda. El señor Procurador Segundo (2º) Delegado en lo Penal impetra no casar el fallo impugnado, posición que comparte el apoderado de la parte civil en escrito enviado a esta Corporación.

HECHOS

El dos (2) de marzo de mil novecientos ochenta y tres (1983), Marco Antonio Tegua Bello y Aníbal Avendaño se hicieron presentes en la residencia No. 3 de la célula 114 del barrio Timiza, hogar de Doris Patricia Salazar, adolescente a la que habían conocido días antes. La ingestión de abundante licor caracterizó la reunión en la que Tegua se dedicó a conversar de sus negocios con esmeraldas mostrando a los contertulios las armas de fuego que portaba.

Tales bravatas causaron el natural temor en los habitantes de la casa, quienes deseaban la pronta marcha de los sujetos. La oportunidad llegó cuando desde la calle le solicitaron a Tegua y Avendaño que movieran el automóvil para darle paso a otro. Al salir éstos en compañía de Doris, su hermana Elba Yaneth cerró el portón por fuera y se dirigió a la esquina so pretexto de no tener llaves consigo. Con ella se fue Doris, siendo alcanzada por Tegua, quien, al volante del carro, llamó a ésta, disparándole cuando acudió. De inmediato emprendió la huida mientras los auxilios que se le intentaban prestar a Doris resultaban inútiles ante su pronto fallecimiento.

Actuación procesal

El colaborador fiscal la sintetizó en los siguientes términos: "... Por estos hechos se inició la correspondiente investigación penal, vinculándose legalmente al proceso a los señores Marco Antonio Tegua Bello y José Aníbal Avendaño Orjuela, a quienes, y una vez concluida la etapa sumarial, se les llamó a juicio al primero mientras el segundo fue sobreseído temporalmente.

Practicada la diligencia de audiencia pública el 19 de abril de 1988 con intervención de jurado de conciencia, la misma concluyó con veredicto de responsabilidad por *homicidio culposo* en contra del encausado *Tegua Bello*. Impetrada la contraevidencia del veredicto por el Ministerio Público, así la declaró el Juez de Derecho.

Al conocer de esta decisión el Tribunal, por medio de proveído del 15 de junio de 1988, resolvió declarar nulidad de lo actuado a partir, inclusive, "de la fijación para el sorteo de jurado de conciencia", pues consideró que en la celebración del debate público se desconocieron "las formas propias del juicio" previstas en el artículo 26 de la Constitución Nacional, toda vez que como quedó constancia en el acta respectiva, uno de los miembros del jurado al igual que la Fiscal, habían abandonado la Sala de Audiencias durante algunos momentos, desconociendo en esta forma el mandato del art. 564 del Decreto 409 de 1971.

Realizada la segunda audiencia pública, ésta, sin jurado de conciencia por haber empezado a regir el Decreto 1861 de 1989, se profirió sentencia condenatoria en contra de Tegua Bello por el delito de homicidio voluntario, imponiéndole la pena principal de 10 años de prisión, proveído éste que fue confirmado por el Tribunal Superior de Bogotá el 12 de diciembre de 1989, el cual ahora ha sido recurrido en casación.

La demanda

En el ámbito de la causal tercera de casación, el recurrente impugna el fallo de segunda instancia. Luego de precisar que el ordenamiento que rige el proceso es el Decreto 409 de 1971, señala su desobedecimiento al efectuarse la audiencia pública sin jurado de conciencia, causándose la transgresión del artículo 26 de la Carta por haberse afectado el debido proceso.

Opinión del señor Procurador Segundo (2°) Delegado en lo penal

Luego de hacer un recuento de la jurisprudencia nacional en torno al *favor rei* y su incidencia en materia procesal penal, así como a recientes fallos de esta colegiatura sobre el particular, solicita no casar el fallo impugnado puesto que ante la anulación del debate público "...y al ser señalada como fecha para la nueva audiencia, la del 5 de septiembre de 1989, como en efecto sucedió, era imperioso que su celebración se hiciera sin intervención del jurado ya que el referido Decreto 1861 entró a regir el 18 de agosto del mismo año...".

Alegato de la parte civil

Pide a la Corte desestimar los argumentos del impugnante pues "... parte del error gravísimo de suponer que entraña nulidad de esta índole al (sic) haber celebrado la audiencia sin intervención del jurado de conciencia y no hay nulidad porque no afecta la estructura misma del proceso ni implica desconocimiento de ninguno de los derechos consagrados en favor del acusado, para que pueda llevar a término su defensa". Más adelante precisa que "para que se viole, el precepto constitucional es necesario que se produzca el juzgamiento del reo dentro de un juicio anómalo, en el cual se vulneren las normas esenciales de la ley procesal que garantiza el derecho de defensa."

La Corte

I. *Temprano, cuando apenas daba sus primeros pasos el ordenamiento constitucional que hoy rige nuestra nacionalidad, se precisaron en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 los límites del* favor rei, *principio consagrado en el artículo 26 de la naciente Carta, señalando que "las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir".*

La restricción era explicable. Un cambio en lo atinente a la impulsión del diligenciamiento probatorio como el de la prohibición a los jueces de comisionar para la práctica de diligencias dentro de su sede, o el cambio de unas formalidades por otras, apenas tenían un efecto cortical en el proceso. Así, su esencia permanecía incólume y con ellas las garantías de que gozaba el acriminado para defender sus intereses.

De esta manera lo entendió la jurisprudencia quien, con el transcurrir de los años, recalcó la limitante precisando que todo lo que trascendiera lo simplemente formal, quedaba cobijado con la favorabilidad. Muchos fueron los ejemplos: los recursos, los términos probatorios, la existencia del debate público, los mismos requisitos para encarcelar o acceder a la libertad. Era obvio que cualquier cambio en estos aspectos podía afectar la situación del reo. En consecuencia, imponíase la favorabilidad.

De esta manera ha tenido cumplimiento el mandato constitucional hasta nuestros días. Incluso, el señalamiento en los diversos estatutos procedimentales de estas excepciones al principio general que indica cómo "... la ley permisiva o favorable, aun

cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable." No es absoluto sino apenas una regla general que debe cumplir con el precepto mayor. Si en estas materias (jurisdicción y competencia y sustanciación y ritualidad) se observare un desmedro en la situación del procesado, aquí también cabría la favorabilidad.

II. *La abolición del jurado de conciencia ha dado lugar a disímiles interpretaciones no sólo por el tránsito de legislación a que se vio abocada la normatividad procesal sino, además, por la discusión sobre las posibles implicaciones negativas en la suerte del reo. Sobre tales temas la Corte ha hecho las precisiones necesarias por lo que baste con su recordación para resolver el caso en estudio.*

Dijose entonces, y se repite ahora, que el jurado de conciencia conserva su potestad juzgadora en las audiencias públicas que aún no hubieren culminado el dieciocho (18) de agosto de mil novecientos ochenta y nueve (1989), fecha en la cual entró a regir el Decreto 1861 que determinó su abolición.

La razón se apoya en la lógica. No puede prohijarse un híbrido en el que jueces de hecho y de derecho participen al unísono de una decisión; menos aún puede solucionarse la cuestión dejando sin efecto la audiencia comenzada, iniciando una nueva. Contrario a derecho resultaría este procedimiento, pues la diligencia conserva su vigor por haber cumplido los requisitos necesarios para su inicio. Crearíase, además, una causal de nulidad extralegal que invalidaría la órbita del legislador, tarea ajena a la misión del Juez.

Ahora bien, si culminada la audiencia se comprueba que en su convocatoria, desarrollo o culminación se preterm itieron los requisitos esenciales que gobiernan su estructura, la declaratoria de nulidad se impone. En este caso, aunque el acto nació a la vida jurídica, los vicios que lo afectan impiden su eficacia, razón que fuerza su repetición. En este evento, la nueva vista pública se convoca sin participación del Jurado de Conciencia, pues la primera no tuvo fuerza vinculante.

III. *De otra parte, la supresión del juez de hecho ha provocado en diversos círculos la concepción de que con su desaparecimiento los procesados han sufrido mengua en sus intereses. No son pocas las voces que se han elevado en los estrados para reclamar su presencia en negocios afectados por el tránsito de legislación, apoyándose en el favor rei.*

La Corte ha tenido la oportunidad de expresarse sobre el absurdo que conlleva tal interpretación en la que se coloca a los Jueces de derecho en inferioridad moral frente a sus homólogos de conciencia. La respuesta al desatino no ha sido otra que la afirmación vigorosa de la investidura que ambos poseen, por lo que sus decisiones guardan a la par la eficacia que la majestad de la justicia les ha otorgado. Equiparados en sus funciones, tanto de unos como de otros se predica su imparcialidad, entereza y rectitud, debiéndose respetar y acatar sus pronunciamientos en igual medida.

IV. *En el caso* sub examen, *el debate público tuvo lugar en vigencia del Decreto 409 de 1971, por lo que la participación del Jurado de Conciencia era esencial. No obstantee, su declaratoria de nulidad por el Tribunal implicó la convocatoria de uno nuevo, el cual tuvo realización el cinco (5) de septiembre de mil novecientos ochenta y nueve (1989), apenas unos días después de que entrara en vigencia el Decreto 1861 de esa anualidad que suprimía el Tribunal Popular.*

Como quedó dicho, resultaba imperiosa la aplicación del nuevo ordenamiento por tratarse de un cambio en la ritualidadd del juicio. Su inmediato cumplimiento por ser una norma de carácter público y no entrañar un menoscabo de las garantías del acriminado, obligaba al fallador. Su decisión, entonces, se ajustó a derecho y así lo reconoce la Sala.

No prospera la demanda.

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

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia impugnada.

Devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Valencia M., Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Leonel Olivar Bonilla (Conjuez).

Rafael I. Cortés Carrica
Secretario

* * *

Falsedad en documento público / Funcionario público

La Corte reitera su posición de que la falsedad en documento público, es el delito que debe deducirse en la conducta del funcionario que atesta haber celebrado una diligencia sin haberla realizado o asistido a ella.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Gustavo Gómez Velásquez.*
Aprobada Acta número 04.
Bogotá, enero treinta (30) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Vistos

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, el 19 de julio del año en curso, profirió en contra de la doctora Rosa María Arismendi Márquez, auto de detención preventiva por el delito de *falsedad en documentos públicos*, por actos suyos cumplidos cuando se desempeñaba como Juez Promiscuo Municipal de Maní y según denuncia del personero de esta localidad, señor Jorge Eliécer Pérez. Contra esta determinación interpuso recurso de reposición el defensor y, subsidiariamente, de apelación. Negado el primero, se concedió el segundo. Y, en esta sede, obtenido el concepto el señor agente del Ministerio Público, es el momento procesal oportuno para la decisión de fondo.

Hechos y actuación procesal

Jorge Eliécer Pérez, en su condición de Personero Municipal de Maní, solicitó la intervención de la Procuraduría Regional de Yopal, en orden a que practicara visita a los procesos radicados en el Juzgado Promiscuo Municipal de aquella localidad bajo los Nos. 1522 y 1523, pues que se habían cometido irregularidades en su trámite comoquiera que se habían practicado varias diligencias, siendo que la juez se encontraba fuera del municipio. La investigación disciplinaria culminó formulándose resolución de acusación en contra de la mentada doctora Arismendi Márquez. Allí se dispuso la compulsa de lo pertinente, para la investigación a que hubiera lugar por

la presunta comisión de hechos delictivos por parte de la susodicha funcionaria y esa la razón de ser de las presentes diligencias, habiéndose dispuesto la apertura de sumario el 5 de diciembre de 1989.

Se ha logrado establecer que la juez acusada en ejercicio de sus funciones, firmó sin estar físicamente presente en su despacho, pues se hallaba fuera del municipio, en el sumario No. 1522 que por homicidio en accidente de tránsito se adelantaba contra Luis Humberto Penagos Aguilar, el auto cabeza de proceso de septiembre 29/87; en la misma fecha el cabezote estadístico de iniciación de sumario y una diligencia de compromiso con el capturado Penagos Aguilar, para que guardara buena conducta y no cambiara de domicilio, fijando su residencia en el hato La Florida, del municipio de Maní. El 30 de septiembre del mismo año aparece suscribiendo la denuncia penal formulada por María de la Cruz Plazas Sandoval contra Luis N. por el homicidio de marras y en donde se hace el señalamiento de que la juez, por ante el secretario, le recibió el juramento. Y ese mismo 30 de septiembre Octavio Aguilar Laverde presentó denuncia penal escrita contra el citado Penagos Aguilar y, en la misma fecha aparece un auto firmado por la juez acusada, citando al denunciante para la respectiva ratificación, la que efectivamente se realiza el 1° de octubre de 1987

Está demostrado que la Juez firmó las susodichas diligencias en las fechas indicadas y estando fuera de la sede del juzgado a su cargo porque así lo acepta en su indagatoria, señalando además que lo hizo para no perjudicar la administración de justicia y porque obra un certificado de la Caja Nacional de Previsión en el que se dice que, examinada en Duitama, la funcionaria fue encontrada incapacitada para trabajar por el término de 3 días, comprendidos entre el 29 de septiembre de 1987 y el 1° de octubre del mismo año.

En el sumario 1523, también por homicidio, pero este sí intencional en la persona de Víctor Manuel Chaparro, procesado Shellman Lara Perdomo, éste fue puesto a disposición del Juzgado Promiscuo Municipal de Maní, el 5 de octubre de 1987, y en la misma fecha se abrió investigación, auto que aparece firmado por la juez acusada, igual que el cabezote estadístico de iniciación de sumario; de la misma fecha es también la orden de retención. Como se ha dicho que estas diligencias las firmó igualmente estando fuera de su sede, la juez en su indagatoria hace ver que como continuó enferma, a su lecho de tal, su secretario le llevó esta documentación suscribiéndola entonces; que tan así estaba en Maní que precisamente la orden de retención a su respaldo aparece firmada y sellada el 5 de octubre por el Director de la Cárcel, en demostración de recibo de la misma.

Fundamentos de la determinación impugnada

Se concreta la responsabilidad en los hechos referentes a las diligencias que aparecen practicadas los días 29 y 30 de septiembre y 1° de octubre de 1987, en el proceso No. 1522 contra Luis Humberto Penagos Aguilar, y en los cuales la Juez Arismendi estuvo fuera de su sede e incapacitada por la Caja Nacional de Previsión.

Se trata de una falsedad ideológica (art. 219 C.P.) que, como tal, no afecta la autenticidad del documento, sino su veracidad, y para cuya configuración se requiere de un sujeto calificado, empleado oficial, que en ejercicio de sus funciones, al

extender documento público con relevancia jurídica consigna el apartamiento de la verdad.

Las explicaciones de la juez de haber actuado en la forma conocida para no entorpecer la administración de justicia y sin haber perjudicado a nadie, no son de recibo y, antes bien, el dolo así aparece manifiesto, "pues conociendo la juez que al firmar las diligencias ya reseñadas sin estar físicamente presente en su despacho y municipio, sino en otro muy distante (en Duitama), estaba incurriendo en el punible de falsedad en documento público, quiso su realización." (sic).

Fundamentos de la no reposición

Se recuerda que la impugnación se finca en que no existe dolo, apuntalando esta consideración con citas de Carrara y de Luis Enrique Romero Soto.

El dolo, a términos del artículo 36 del C.P., no requiere que la falsedad imputada a la juez Arismendi "haya causado o no perjuicios" es totalmente independiente de la culpabilidad dolosa del agente el que potencialmente se produzcan. Sólo se requiere que el falsario conozca el punible y quiera su realización.

"Sabía la juez Arismendi Márquez que al firmar los autos y diligencias que el secretario de su despacho le presentó para su firma, cuando regresó a Maní, estaba faltando a la verdad, pues no era cierto que en su presencia se habían cumplido. Al obrar de este modo, la juez atentó contra el bien jurídico tutelado de la fe pública, concebida en nuestro ordenamiento penal como '...la confianza de la colectividad en la autenticidad y veracidad en los signos, en las formas escritas y en la identidad de las personas...' (Mirto y Malimberni, citados por el profesor Romero Soto)".

"... Finalmente, cabe decir que no es tan 'irrelevante' o 'inocua' la alteración de la verdad de que se trata e imputa a la Juez Arismendi M., pues no puede aceptarse en el campo del derecho penal como de ninguna trascendencia o de solo impulso procesal el que un juez de la República revestido de autoridad decida abrir o no investigación penal, o decida dejar en libertad a una persona de la que se tiene conocimiento ha infringido la ley penal con una simple diligencia de compromiso que luego es ratificada por la juez con su firma, pues con este modo de actuar se burlan los intereses de la sociedad en general y los individuales, en particular."

BREVES CONSIDERACIONES DE LA SALA Y DE LA DELEGADA

1. Las siguientes son, en su orden, las citas que de Carrara y Luis Enrique Romero Soto, realiza el impugnante:

"... cuando no se tiene la intención de dañar, sólo hay delito en los casos en que se produce el daño. En aquellos en que el daño no se haya querido, ni se haya previsto, ni haya ocurrido, el solo conocimiento de alterar la verdad no es suficiente para configurar el delito de falsedad."

"...De modo que si se quiere hacer un derecho penal que refleje la vida misma, no es posible limitarse, en los delitos de que se viene hablando, a exigir que el solo daño sufrido sea el de la fe pública. También hay que tener en cuenta la lesión de

otros derechos. Y entonces no se puede decir que basta la intención de violar la credulidad general, pues que ningún falsario procedería con este solo fin, sino que quien altera la verdad en un documento, persigue un fin que sobrepasa el daño a la fe pública. Ese fin es la lesión de derechos individuales y es absurdo prescindir de estos cuando se estructura el dolo de la falsedad, porque entonces no se tendría una visión correcta sino recortada del elemento sicológico de la falsedad. De este modo no puede decirse que baste la voluntad del acto, sino que es necesaria la intención, y no puede decirse que baste la intención de violar la fe pública, sino que se necesita el propósito (intención calificada) de violar un interés legítimamente tutelado, distinto de la fe pública."

Se trae a colación también esta jurisprudencia de la Corte: "Si el delito sin daño o sin la posibilidad de dañar es jurídicamente inconcebible, es preciso concluir que para que exista dolo en la falsedad documental es imprescindible que el agente proceda con la intención o con la voluntad o la conciencia de efectuar una mutación de la verdad, sabiendo que daña o puede dañar. No basta por consiguiente el simple conocimiento de que altera la verdad."

Es muy de lamentar sí que ni de la doctrina ni de la jurisprudencia se citen las fuentes exactas, pues de la primera se menciona exclusivamente el autor y de la segunda el año: 1958. Es más: la cita de Carrara no es textual, sino tomada de una interpretación que del citado maestro hace Romero Soto en su obra 'La falsedad documental', 3ª edición, pág. 169. Pero busca de todas maneras el recurrente, fundamentar así su posición en el sentido de que la violación del bien jurídico de la fe pública, "debe comportar el detrimento concreto de otro bien protegido, o al menos la posibilidad de daño, para que tal falsedad resulte punible". Y que "no apareciendo por parte alguna en la conducta realizada por la doctora Rosa María Arismendi ni el daño, ni la intención de dañar, es claro que nos hallamos frente a una falsedad puramente formal, inocua e irrelevante, desde el punto de vista jurídico, en la que se halla ausente el dolo."

3. El Procurador Primero Delegado en lo Penal (E.), sin pretender "tomar partido en la ya legendaria discusión en torno a los elementos que deben exigirse para que se pueda hablar de un auténtico 'dolo falsificador'", "sí boca de tan autorizados doctrinantes, no es de absoluto recibo en el saber penal nacional y comparado en la actualidad. Varias reservas se han hecho a este pensamiento, siendo oportuno recordar la interesante respuesta que desde este continente y con singular agudeza, expuso el tratadista uruguayo José Irureta Goyena al maestro de Luca, al referirse al tema del dolo en el delito en comento. Así se expresó en su conocida monografía sobre el tema: '... Si se quiere todavía ser más exacto se podría decir que el dolo consiste en crear... documentos que se saben adolecen de falsedad.' "

Sobre este particular debe la Corte señalar lo siguiente: José Irureta Goyena, en su obra "delitos de falsificación documentaria y estafa", al tratar el tema del dolo y luego de indicar que del principio *falsitas sine dolo comitti non potest*, sólo conoce la excepción consagrada en el Código Sardo, sostiene que "para algunos maestros, el dolo se verifica por el simple hecho de que el agente haya alterado o redactado el documento sobre el que recae la falsedad, a sabiendas de la superchería... De esta doctrina –dice– que *a priori* parece exacta, cuando se analiza con detenimiento se

encuentra su falta de justeza jurídica. Coloca, entonces, el ejemplo de aquel que por gastarle una broma a sus amigos, extiende un testamento, aparentemente llenando todos los requisitos intrínsecos y en donde se hace aparecer como heredero de una persona muy rica que acaba de morir, para así demostrar que un documento alterado o redactado a sabiendas de su falsedad, puede constituir un acto absolutamente indiferente.

Y, entonces, afirma: "Otros maestros pretenden que el dolo consiste en la intención de verificar un daño..." Esta doctrina la enseñan entre otros Chaveau y Hellie, y se remonta al célebre criminalista Blanche, pero según la opinión hoy por hoy predominante, es equivocada. "No solo puede existir falsificación –continúa diciendo el maestro Irureta Goyena– sin intención de causar un perjuicio, sino que en la mayoría de las falsificaciones, esa intención de causar daño, en realidad, falta. Casi siempre el sujeto sólo pretende u obtener provecho para sí, o para los demás, y le es indiferente, y hasta diría que le causa cierta desazón el que esas ventajas tenga que lograrlas mediante un daño".

Haus, otro criminalista contemporáneo de Chaveu y Hellie, corrige la teoría expuesta, para decir en palabras de Irureta: "no existe falsificación del punto de vista subjetivo cuando el agente intenta causar daño, sino cuando se propone simplemente obtener un provecho para sí o para los demás." Carrara analiza esta doctrina y la precisa y restringe, acercándola a la verdad. La tesis de Carrara está expuesta en muchas páginas, pero voy a tratar de resumírsela en pocas palabras. Para el eximio maestro, toda la cuestión estriba entre la intención de dañar y el *animus nocendi*. En el homicidio y en las lesiones, por ejemplo, concurre la *intentio nocendi*; en la estafa, en el hurto, en la apropiación indebida, concurre el *animus nocendi*.

"Ahora bien, para este maestro, el delito de falsificación existe lo mismo cuando se presenta la *intentio nocendi*, que cuando se descubre el *animus nocendi*, pero con la siguiente salvedad: cuando el elemento integrante, del punto de vista subjetivo, es la *intentio nocendi*, se requiere además que se haya causado el daño, en el primer caso, basta el daño potencial; en el segundo, se requiere el daño efectivo. De manera que cuanddo un sujeto ha falsificado un documento, según la doctrina de Carrara, con el ánimo de obtener un beneficio para sí o para otro sin el propósito de perjudicar a nadie, si no perjudica a nadie, no existe falsificación, y existe en cambio, falsificación, cause o no daño, cuando la intención ha sido la de dañar.

"... *Yo no tengo ninguna observación que hacer a esta teoría*, solo que me parece que siendo en el fondo idéntica a la doctrina de Manzini, Crivellari, Pessina y la del mismo Garraud, –desde el punto de vista de la forma– la de estos maestros la reputo más precisa. Estos juristas dicen que el dolo consiste en pretender hacer valer contra el derecho un documento que se sabe que es falso. *Sostengo que si se analizan esas doctrinas, en el fondo resultan iguales, sin que se comprueben verdaderas diferencias entre ellas*, teniendo la última sobre la primera, la ventaja de la precisión."

Y es aquí donde viene la cita que de Irureta Goyena hace el Procurador Primero Delegado en lo Penal (E), así:

"Si se quiere todavía ser más exacto, se podría decir que el dolo consiste en crear, modificar, usar o suprimir un documento contra derecho. En todos los casos que

pueden ocurrir en la práctica, en todos los que un hombre es capaz de imaginar, de verdadera falsificación documentaria, se trata siempre, o de hacer un documento, o de usar un documento, o de alterar un documento, o de suprimir un documento. Ahora bien: cuando esa creación, esa supresión, ese uso o esa modificación, se hacen valer contra el derecho, conscientemente, entonces el dolo está completo. El *animus nocendi* y la *intencio nocendi* de Carrara, son formas o aspectos de este estado de espíritu, en virtud del cual se intenta hacer prevalecer contra el orden jurídico, documentos que se sabe adolecen de falsedad..." (ob. cit. págs. 73 a 80) –Lo que se destaca es de la Corte–.

Se patentiza así que propiamente no hubo, sobre este específico aspecto del dolo falsificador, ni reserva, ni respuesta, ni posición encontrada por parte del profesor Iriarte Goyena, con respecto al pensamiento carrariano, sino más bien, en el fondo, coincidencias de criterio. Lo que sí combate Iriarte es la afirmación del maestro de Lucca de que en la falsedad en documentos públicos basta que el daño sea eventual, en tanto que en la de los privados, debe ser real o efectivo. De aquí puede provenir, pues, la confusión de la Delegada, en esta ardua materia de la falsedad, en palabras de Carrara "esfinge lleno de enigmas", en donde se sigue a la espera del Edipo que los resuelva.

3. *Es del caso remembrar aquí apartes de algunas determinaciones de esta Corporación, así:*

"Finalmente debe tenerse en cuenta que el perjuicio propio de la falsedad documental no es solo el real y efectivo que se causa a las relaciones jurídicas de que se viene hablando, sino el que las amenace de una manera cierta y directa. En otras palabras, el delito en cuestión no es, para usar una terminología tradicional no muy acatada en la actualidad, de daño concreto sino de daño potencial o de peligro concreto.

"Significa lo anterior que aun cuando no se establezca que se ha perjudicado a una determinada persona, el delito de falsedad documental existe si se puede aceptar razonadamente que el documento falso tiene aptitud para perturbar una relación jurídica, bien sea contribuyendo a negar un derecho a quien lo tiene o atribuírselo a quien no lo tiene ya en el campo de las relaciones entre particulares o bien en el de éstos con el Estado" (Cas. de agosto 27/76).

"En el delito de falsedad en documento público basta, respecto del perjuicio, que este tenga la aptitud para generarlo, o lo que es lo mismo, que el documento sea potencialmente dañoso. Esa idoneidad para causar daño no puede deducirse únicamente de la efectiva realización de éste, aunque no puede negarse que ello constituye su mejor comprobación, sino de la intrínseca aptitud para ocasionarlo, la cual se puede apreciar desde el momento mismo en que el documento es creado..." (M.P. doctor Darío Velásquez Gaviria, abril 29 de 1980).

"Todo documento público tiene capacidad probatoria, consecuencialmente toda alteración que en él se haga atenta contra el bien jurídico de la fe pública, pues por lo menos en forma potencial afecta el llamado tráfico jurídico. Un empleado oficial que da fe de los hechos que ocurrieron en su presencia en forma que no corresponde a la verdad o que certifica hechos que no tuvieron existencia real, lesiona, con ese solo

hecho, el bien que busca tutelar el ordenamiento penal." (M.P. doctor Luis Enrique Aldana Rozo, noviembre 25 de 1982).

"La falsedad documental, como lo ha dicho tantas veces la Corte, no es delito de daño, sino de peligro. No se necesita que se haya efectivamente lesionado un bien jurídico, sino que basta que se cree una amenaza directa contra el mismo." (M.P. doctor Luis Enrique Romero Soto, marzo 31/81).

En determinación de mayo 6/86, donde fuera magistrado ponente el doctor Lisandro Martínez Zúñiga, la Corte, luego de señalar que aun sin la existencia del entonces artículo 247 del C. de P.P., un evento en el que el juez afirmara haber estado presente en la práctica de una diligencia sin ser cierto, se subsumiría en el artículo 219 del C. Penal, afirma también:

"...Más cuando ...el juez no está presente, lo cual se demuestra de modo evidente, no se necesita hacer mucha lucubración mental, para concluir que simplemente se está faltando a la verdad, se está consignando una falsedad, se está agrediendo la fe pública entendida como garantía de la veracidad de los documentos públicos. La fe pública sí se vulnera, así sea en forma potencial y transitoria."

Que la falsedad en documento es el delito que debe deducirse en la conducta del funcionario que atesta haber celebrado una diligencia sin haberla realizado o asistido a ella, se señala en la determinación de julio 2/86, M.P. doctor Gustavo Gómez Velásquez. Allí también se dice:

"El artículo 219 del C. Penal tiende a proteger la veracidad de los documentos públicos a fin de que el funcionario exprese la realidad, bien sea en cuanto a los hechos ocurridos en su presencia, ora respecto de las declaraciones que hayan hecho frente a él los particulares u otros funcionarios públicos, o ya respecto a lo que en ejercicio de sus funciones debe consignar en ellos, a todo lo cual lo obliga el vínculo especial de derecho público que lo liga con la administración."

Y, en decisión de marzo 24/87, M.P. doctor Edgar Saavedra Rojas, afirmó esta Corporación: "La doctrina de Luis Enrique Romero Soto, incompletamente citada por la delegada, concuerda con esta posición de la Sala. En efecto, más adelante del pasaje citado, el referido autor expresa:

" '...¿Cuál es el objeto, preguntamos, de ¿que se garantice la fe pública de los documentos oficiales? Se responderá que los particulares puedan confiar en ellos, estimando por una parte que se han llenado todas las formas legales y descansando tranquilos, por otra, en la confianza de que aquellos instrumentos son legítimos y veraces. Pero, ¿por qué necesita la sociedad que los instrumentos públicos y aun las escrituras privadas sean auténticas y veraces? Y no queda más remedio que responder: para que los derechos creados por ellos o probados por ellos no se vean expuestos a no poder ser ejercidos o que su ejercicio sea obstaculizado por falta de pruebas.'

"Así pues, la razón de la protección penal a los instrumentos emitidos por el Estado no exige que el perjuicio sea concreto en la misma creación de los documentos, o que éste tenga necesariamente que ver con el patrimonio económico de los particulares. Muchas veces se ha repetido ya que la falsedad documental es un tipo pluriofensivo, sin que sea necesario que se especifique en cada una, vulneración a un bien jurídico,

siendo requisito de ella, eso sí, que tenga potencialidad de daño sobre otros bienes. El peligro de perjuicio será suficiente."

En un caso que guarda similitud con el presente, pues el juez se ausentó del juzgado dejando boletas de libertad y hojas en blanco firmadas para que, en caso de urgencia, se surtieran en ellas las actuaciones a que hubiera lugar, lo que efectivamente aconteció, la Corte aseveró:

"Es verdad, también que con dichas determinaciones no se irrogó daño alguno a los particulares que se vieron favorecidos con las medidas tomadas en los autos, y ratificadas en las respectivas boletas de excarcelación; pero el daño de la falsedad no sólo puede predicarse con relación a los particulares, como parece haberse entendido en este asunto. El bien jurídico protegido por el delito de falsedad en documento público es el de la fe pública, y allí ha de mirarse básicamente para establecer la calidad y cantidad de la lesión inferida.

"Los coasociados en general, y el Estado en particular, tienen un específico interés en que las decisiones de los funcionarios públicos sean en todo ajustadas a la legalidad, que no contraríen los principios generales del ejercicio del cargo, y que garanticen a los ciudadanos el juzgamiento —en este caso— por parte de quienes están llamados a tomar las decisiones judiciales, no por persona alguna ajena a estos menesteres. Las conductas desplegadas por la procesada atacaron ese específico interés, y desconociendo los deberes que su cargo le imponía, dejó en manos de la secretaria encargada y de los demás empleados, la toma de las decisiones judiciales, lesionando de esta forma y de manera efectiva la confianza de la administración pública, la credibilidad de los ciudadanos en las decisiones de sus jueces, y el especial propósito del Estado en mantener incólume la moralidad de sus funcionarios." (M.P. doctor Edgar Saavedra Rojas, mayo 30/88).

Y, finalmente, "tampoco es posible sostener que no se ha vulnerado, y gravemente, la fe pública, cuando después de haberse dado valor de fuerza legal a algo que no la tiene por no estar suscrito por el único que podía autorizarlo, se firma con posterioridad a la fecha que ostenta y a partir de la cual cumplió los efectos que no podía cumplir, haciéndole creer a todos, que la decisión fue tomada por el juez en una determinada fecha, cuando nada de ésto fue cierto.

"Es posible que el acusado con sus reiterados comportamientos no se hubiera propuesto el determinado fin de causar perjuicio a persona alguna, pero ello de ninguna manera es exigido por el tipo penal en que se incurrió. Para que exista delito de falsedad ideológica en documento público, es suficiente que el empleado oficial en ejercicio de sus funciones, al extender documento público que pueda servir de prueba, consigne una falsedad o calle total o parcialmente la verdad, con conciencia y voluntad, y siempre que el documento así falsificado ocasione o pueda ocasionar algún daño, independientemente del fin particular que el falsificador buscaba." (M.P. doctor Guillermo Duque Ruiz, julio 12 de 1988).

Consecuente la Corporación con esta jurisprudencia, sin que exista fundamento sólido para ahora retractarla, no puede menos de predicar que, en el evento sub

examine, *se dan, más que suficientemente, los presupuestos* sine qua non *para cobijar con auto de detención a Rosa María Arismendi Márquez, por el delito de falsedad en documento público.*

Y quiere la Corte agregar lo siguiente: el dolo, a términos del artículo 36 del C. Penal, comporta el conocimiento de que se está cometiendo un hecho punible y querer esa realización, independientemente *de que se quiera causar perjuicio a otra persona con dicha conducta. Así, pues, no puede menos de pensarse que la juez Arismendi Márquez sabía que está sancionado como delito el hacer figurar como intervinientes en documentos públicos a personas que efectivamente no participaron en el acto del cual se da fe. Y, de otra parte, como hasta ahora nada en el proceso hace pensar en la existencia de factores que constriñan o alteren su capacidad volitiva, se impone pensar que sabía que estaba cometiendo una falsedad y, empero, con voluntad consciente, realizó el acto que la encarnaba, el cual, a no dudarlo, era intrínsecamente idóneo para engañar y, desde luego, con posibilidad de causar daño ajeno.*

Dicho de otra manera: si como empleada oficial, en ejercicio de sus funciones, afirmó una mentira, cual es la de que estuvo presente en la práctica de las varias diligencias de que habla el proceso, cuando lo cierto es que se hallaba en distante municipio a aquél en que aquellas se cumplían, documentos estos de innegable capacidad probatoria, deviene en indudable que acomodó su conducta a la descripción legal del artículo 219 del C.P. Y, si al signar el acto jurídico que se acaba de referir, lo hizo con voluntad consciente de estar mutando la verdad, lo cual es apenas lógico dada la forma como los hechos se desenvolvieron (¿quién mejor que ella sabía que no estuvo presente cuando la práctica de las diligencias?), es irrefragable, hasta este momento procesal, la existencia del dolo.

Aquí, stricto sensu, *no se trata de la mera alteración de la verdad (teoría del* in est in re ipsa*), sino que, en palabras de Irureta G., se creó un documento contra derecho,* porque no puede desconocerse que los involucrados en el caso del homicidio de tránsito donde fuera capturado y liberado ilegalmente Penagos Aguilar, tenían pleno derecho a que el asunto fuera atendido directamente por la juez acusada y no por los empleados subalternos de la misma, limitando aquélla su actuación a fraudulentamente sentar su firma, para engañar a propios y extraños (particulares directamente interesados y la colectividad en general), dando así a entender que las cosas habían sido atendidas por ella personalmente y en su momento legal propio.

Y, se impone considerar que, con su actuación, la juez acusada buscó fue favorecer a sus empleados, los que, arbitrariamente, habían dispuesto, entre otras cosas, una apertura de investigación y una libertad en el proceso de marras, pues no se entiende cómo, si evidentemente –y así consta– estaba incapacitada por la Caja Nacional de Previsión, empero, dizque por no entorpecer la administración de justicia, estampó su firma en documento que sabía inverídico. Este alegado móvil de su actuación no es de recibo, pues va contra toda lógica ya que no se entiende cómo se pueden servir los altos y delicados y trascendentes ideales de la justicia cuando no se atienden sus leyes, las que le prohibían suscribir un documento que se apartaba de la verdad y cuando ella como Juez de la República era más que nadie la llamada a velar por su imperio.

Otra cosa: no deja de existir delito de falsedad, así –en gracia de discusión– ese hubiera sido el móvil, pues estos tienen su importancia, pero ya en materia de estudio de la personalidad y dosificación punitiva, más no logra la nobleza del mismo desincriminar la conducta. Por esto se ha dicho, con razón, que el delito de falsedad no es existente porque se haya falsificado el documento en defensa del honor, por ejemplo. En otro tipo de ilicitud se puede conducir, cuando más a la justificación del hecho, por ejemplo tratándose de homicidio o lesiones personales y demostrándose que se actuó en legítima defensa del honor.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, –Sala de Casación Penal–, obrando de acuerdo con la decisión de su colaborador fiscal, CONFIRMA la providencia impugnada, ya señalada en su fecha, origen y naturaleza.

Cópiese, cúmplase y devuélvase.

Jorge Enrique Valencia M., Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Edgar Saavedra Rojas.

Rafael Cortés Carrica
Secretario

* * *

Indicio / Error de hecho

Si la apreciación del indicio pretende ser atacada en Casación, se debe recurrir al error de hecho.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Guillermo Duque Ruiz.*
Aprobada Acta número 04.
Bogotá, D.E., enero treinta (30) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Conoce la Sala del recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 16 de marzo de 1990, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales condenó a Francisco Heladio Márquez Arcila a 41 meses de prisión por el delito de hurto.

Antecedentes

Alrededor de las 7:30 de la noche del 27 de mayo de 1989, varios hombres con la cara cubierta con medias de mujer, penetraron a la finca "El Brillante", vereda Partidas, comprensión municipal de Anserma (Caldas), de propiedad de Ricaurte de Jesús Castañeda Rojas, hicieron varios disparos y obligaron a éste, su esposa y unos parientes, a tenderse sobre el piso, mientras procedían al apoderamiento de una motocicleta, una grabadora, un televisor, una escopeta, varios casetes, una linterna y $180.000.00 en efectivo.

Uno de esos sujetos resultó ser Francisco Heladio Márquez Arcila, viejo amigo de los Castañeda, y a quien éstos reconocieron por su voz y su figura, verificando que esa noche vestía chaqueta negra, bufanda y un pantalón "jean".

Acudieron a la policía y una patrulla encontró poco después a Márquez Arcila por los contornos del sitio de los hechos, intimándole captura, pero éste emprendió carrera e hizo algunos disparos, recibiendo análoga réplica de los agentes, dos de cuyos disparos hicieron blanco en el cuerpo de Márquez Arcila, quien fue internado en el hospital.

El capturado vestía aún de la manera dicha, y se encontró, aparte de una chapuza para revólver (éste no apareció), la linterna que recientemente había sido hurtada a Ricaurte de Jesús Castañeda.

Por indicaciones de la esposa de la citada víctima, la policía capturó también a Jorge Alirio Márquez Arcila y Jair de Jesús Márquez Obando, como posibles integrantes del grupo hurtador. El Juzgado Segundo de Instrucción Criminal de Anserma asumió el caso, oyó en indagatoria a los sindicados y resolvió su situación jurídica, con auto de detención para Francisco Heladio, y respecto de los otros se abstuvo de imponer medida de aseguramiento. Luego calificó el sumario con resolución acusatoria respecto del primero por el delito de hurto calificado y agravado (arts. 350 y 351 del C. P.), y con cesación de procedimiento en cuanto a Jorge Alirio y Jair (fls. 99 y ss.).

El Juzgado Penal del Circuito de Anserma adelantó la causa y dictó sentencia en febrero 5 de 1990, mediante la cual condenó a Francisco Heladio, en armonía con la acusación, a la pena principal de 41 meses de prisión, a las accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas y suspensión de la patria potestad, al pago de $968.400.00 como perjuicios, y negó la condena de ejecución condicional (fls. 168 y ss.); fallo que, apelado, fue confirmado por el Tribunal por medio del suyo que recurrió en casación el defensor (fls. 205 y ss.).

LA DEMANDA

Acude el casacionista a la violación indirecta de la ley que prevé el inciso segundo del numeral primero del artículo 226 del Código de Procedimiento Penal (hoy modificado por el 15 del Decreto 1861 de 1989), y que no cita el actor, sobre la aseveración de que esa violación se da "por error de derecho en la apreciación de las pruebas", en el sentido de que el sentenciador "le atribuyó al material probatorio un alcance diverso del que le asigna la ley".

Divide esa acusación en dos:

1. Sostiene que "se les reconoció a unos indicios elevados a la categoría de presunción legal, la calidad de prueba plena que condujo a la certeza del hecho punible y de la culpabilidad del acusado Márquez Arcila, vulnerándose en consecuencia el contenido de los artículos 247, 248, 258, 302, 303 y 304 del C. de P. P.", y afirma que en lugar de indicios se trata de meras "sospechas". Enumera los hechos o circunstancias que tuvo en cuenta el Juzgador (captura cerca del sitio de los hechos, la reacción del procesado cuando la policía lo abordó, el hallazgo en su poder de la linterna y de una chapuza, el reconocimiento que se hizo del procesado por la voz y las prendas que vestía, el conocimiento que tenía de los bienes, dada la amistad que en la casa se le prodigaba) a cada uno le hace su personal comentario con miras a debilitar su poder de convicción.

Señala como normas "sustanciales" violadas el artículo 26 de la Constitución Nacional, y del Código de Procedimiento Penal el 248 ("por falta de aplicación") y el 252, con el argumento de que el reconocimiento es ilegal porque no estuvo precedido del auto que lo ordena, motivo por el cual es una prueba que deviene "inexistente".

Se refiere a que al aplicar la pena se violó el "principio de favorabilidad que impone partir del mínimo y dosificar la pena desde ahí consultando las normas sustantivas y procedimentales que autorizan legalmente el aumento, con violación

indirecta de los artículos 350 y 351 del C. P., normas éstas que tienen relación con los artículos 23, 24, 25 y 28 *ibidem*".

2. En segundo lugar, asevera que "se tomó como indicio el reconocimiento hecho a mi defendido a través de unas prendas de vestir, la voz y los movimientos", reconocimiento que es inexistente por transgredir los artículos 334, 389 y 390, "pues la Policía Judicial se excedió en las atribuciones que el estatuto procesal penal les confiere, debido a que ese procedimiento no fue convalidado en el proceso y deducir por medio de unas prendas de vestir la identidad de mi defendido es un absurdo, ya que para las diligencias de reconocimiento existen normas expresas que así lo determinan, como lo son los artículos 389 y 390 *ibidem*".

Pide, así, que se case la sentencia y se absuelva al acusado.

La delegada

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal (E), dice, en primer término, que infortunadamente, "la sola lectura del libelo es suficiente para concluir que el censor no ha logrado entender que esta pieza fundamental –la demanda– no es un escrito libre, a manera de cualquier memorial de instancia, sino un exigente y riguroso enjuiciamiento a la sentencia de segundo grado, amparada por la doble presunción de acierto y legalidad", y luego de comentar el referido ataque que el casacionista lanza al "reconocimiento", glosa la Delegada:

"Inexplicablemente el libelista confunde el reconocimiento en fila de personas (art. 389 C. de P.P.), con las diligencias de testimonio rendidas por los ofendidos en el Juzgado Instructor, en el curso de las cuales incriminaron al acusado y reconocieron las prendas de vestir que éste llevaba al momento de ser capturado, puestas a disposición del Juzgado por la policía judicial.

"Es evidente que el libelista incurre en un grave error de técnica que no puede ser subsanado por la H. Corte, toda vez que desconoce que la prueba indiciaria, al igual que sucede con la testimonial y con la mayoría de los medios probatorios en el actual régimen procesal penal, no están sometidos a tarifa legal para su apreciación, sino que es el sistema de la convicción racional el que procede: por tanto no pueden ser atacados por la vía del error de derecho."

Luego señala la Procuraduría que, en cuanto a la alegación de "*in dubio pro reo*" (que el actor acusa de haberse ignorado), que si la misma "emerge del proceso y el fallo la reconoce y no obstante deja de aplicarla, se presenta error de derecho, pero si la sentencia la ignora a pesar de existir, concurre el error de hecho", que no fue el que alegó el demandante.

Finalmente anota que no dice el libelo si los artículos 350 y 351 del Código Penal se dejaron de aplicar o fueron aplicados indebidamente, y que "la demanda no es un alegato de estilo libre donde el recurrente, en un mismo cargo, pueda acumular pretensiones y atacar la sentencia con argumentos excluyentes e ilógicos, sin demostración alguna, posición insostenible en sede de casación".

Pide, en tal orden de ideas, que no se case el fallo.

Se considera:

Lo primero que debe replicarse a la demanda es que la prueba de indicios, contrariamente a lo sostenido allí, "no tiene valor asignado en la ley", y, entonces, por este aspecto, no es susceptible del error de derecho que le enrostra el actor al análisis que de ese medio de convicción aparece en la sentencia.

Los artículos del Código de Procedimiento Penal que aduce el libelo para apoyar su reproche, no fijan valor alguno al indicio: el 302 trata de sus elementos, el 303 de la "unidad de indicios", y el 304 de la "prueba del hecho indicador".

En cambio, la regla general para la apreciación de las pruebas viene dada así por el artículo 253 de dicho ordenamiento: "Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica".

Si la apreciación del indicio pretende ser atacada en casación, se debe recurrir al error de hecho. Dijo esta Sala al respecto en casación de 5 de septiembre de 1990 (Mag. Pte. Dr. Duque Ruiz):

"... debe impugnarse por error de hecho, ya que la construcción del indicio no es simple sino compleja: parte primero del hecho indicador (que se revela a través de una prueba, y si ésta carece de tarifa legal, mal puede ser censurada por error en su valoración) y da el siguiente e ineludible paso de la inferencia lógica, con el fin de establecer si tiene o no relación, y de qué clase e intensidad, con el hecho indicado o que se busca establecer por este camino indirecto. Si el juzgador equivoca o desvía esa 'inferencia lógica' de que habla el artículo 229 del Código de Procedimiento Penal al definir qué es el indicio (hoy corresponde al art. 302), es claro que falla en el juicio de identidad o de adecuación, que, repítese, conforma un error de hecho que no fue el que arguyó el actor."

Siendo ello de tal modo, no hay duda de que, de entrada, la impugnación extraordinaria es errónea y no cuepa a su respecto estudio de fondo, porque harto se ha dicho que a la Corte le está vedado tomar el puesto del casacionista, enderezar o suplir su razonamiento, o, de cualquier otra manera, salirse de los planteamientos de la demanda.

Por otra parte, y de acuerdo con la Delegada, también es claro que la equivocación del actor no es menor cuando, pretendiendo esgrimir un error de derecho por falso juicio de legalidad, acota que el "reconocimiento" que las víctimas del delito hicieron de las prendas que el procesado vestía el día de los hechos y de su aprehensión, deviene "inexistente", ya que se practicó sin auto previo que lo ordenara, y, además, el "exceso en las atribuciones de la policía judicial", y cita en respaldo los artículos 389 y 390 del Código de Procedimiento Penal, que aluden al "reconocimiento en fila de personas", diligencia que no fue practicada en el proceso ni la que objeta el demandante. No, lo que ocurrió fue que, una vez herido y llevado al hospital el procesado Francisco Heladio Márquez Arcila, las víctimas del hurto recién cometido e imputado a aquél y otros, reconocieron ante la policía las ropas del aprehendido como las de uno de los sujetos asaltantes, según informe que reposa a folios 6 y siguientes. Posteriormente, ya ante el Juez Instructor, esos testigos, puestas de presente tales ropas y la linterna encontrada al acusado, reiteraron que ésta era de

su propiedad, y aquéllas las que vestía uno de los hurtadores, a quien, por otro lado, reconocieron por su voz, dado que hasta ese momento había sido su amigo (fls. 9, 11 vto., 13 vto. y 21).

Ese reproche "parcial" tampoco tiene asidero alguno y debe ser desestimado.

Por último, debe glosarse al libelo que cite como norma sustancial violada el artículo 26 de la Constitución (la transgresión de tal precepto es ajena a la causal primera de casación), y que, en desarrollo del error de derecho invocado (que persigue la absolución del procesado), plantee que se violó el "principio de favorabilidad" (que tiene presentación cuando existe tránsito de legislación) al dosificar la pena privativa de la libertad que se impuso a su representado.

Todas las fallas anotadas no permiten a la Corte penetrar en el estudio sustancial del libelo.

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

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia impugnada.

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

Didimo Páez Velandia, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael Cortés Carrica
Secretario

* * *

PARTICIPACIÓN - Determinador

El determinador tiene una condición especial, en la medida en que no ejecuta actos materiales para la obtención del resultado querido.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Edgar Saavedra Rojas.*
Aprobada Acta No. 003 del 23 de enero de 1992.
Bogotá, D.E., enero treinta (30) de mil novecientos noventa y uno (1991).

VISTOS

Resolverá la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia si es del caso iniciar investigación penal en contra del doctor Hierney Hoyos Carcés, Magistrado del Tribunal Superior de Buga, por el presunto delito de Abuso de Autoridad por el que fuera denunciado por el ex Juez Mauricio Rafael Ordóñez Quiroga.

HECHOS

Según la denuncia formulada, el señor Mauricio Rafael Ordóñez Quiroga desempeñó las funciones de Juez Segundo de Instrucción Criminal radicado en Cartago por los años de 1987 y 1988. En tal condición y debido a los problemas que surgieran entre él y el Secretario del Despacho, señor Fulvio Antonio Pedraza Gil, profirió el Decreto número 003 del 18 de enero de 1988, en el que dispuso la insubsistencia del mencionado empleado.

Por ese acto de insubsistencia, fue denunciado el ex Juez, contra quien se adelantó proceso penal en el que finalmente fuera condenado como autor responsable del delito de abuso de autoridad por acto arbitrario, en Sala de Decisión que integrara, entre otros, el Magistrado denunciado Hierney Hoyos Carcés.

Ahora, el señor Ordóñez Quiroga denuncia al Magistrado Hoyos Garcés como autor intelectual del delito por el que aquél fuera condenado, alegando que la decisión de insubsistencia del empleado la tomó gracias a la decidida y reiterada asesoría que para ello le prestara el Magistrado, quien lo determinó a la realización de tal conducta.

La indagación preliminar

En su denuncia y posterior ampliación, el señor Ordóñez Quiroga insistió en que el Magistrado acusado influyó decisivamente en la determinación que motivó su condena y a pesar de ello intervino posteriormente en su juzgamiento, no habiéndose declarado impedido, como ha debido hacerlo. Dijo el denunciante que incluso en la oficina del acusado se elaboró el borrador del Decreto 003 del 18 de enero de 1988 y que le hizo algunas insinuaciones acerca de consecuencias de tipo laboral o jurídico que podrían desprenderse de una conducta diversa a la recomendada por él. Afirmó también el denunciante que sobre el mismo punto de la insubsistencia consultó con otras personas, habiendo encontrado en varias de ellas criterios encontrados, desde unas que recomendaban la declaratoria de insubsistencia, como el denunciado, hasta otras que le aconsejaban una conducta menos directa.

Aseveró finalmente que acudió a consultar al Doctor Hoyos Carcés por considerarlo como una persona versada en el tema y de personalidad franca y abierta.

Se escuchó en versión libre y espontánea al Magistrado inculpado, quien manifestó conocer al ex Juez con quien solamente mantuvo relaciones de tipo jerárquico, al secretario de éste no lo llegó a conocer físicamente, aun cuando sí por referencias procesales toda vez que se enteró de varias acusaciones penales y disciplinarias que se cruzaron entre los dos funcionarios públicos. Antes del día catorce de enero de mil novecientos ochenta y ocho, Ordóñez Quiroga le comentó al Magistrado, que por entonces era Presidente del Tribunal de Buga, la incómoda situación que se presentaba con su secretario, a lo cual recibió como respuesta que diera cuenta de ello a la Plenaria de la Corporación, como en efecto sucedió. En la Sala Plena del Tribunal, del 14 de enero de 1988, se leyó la comunicación del ex Juez y a propuesta del Magistrado José Gerardo Recio Bueno, se adoptó la decisión de comunicarle al funcionario que actuara como titular de la oficina pública, que aplicara lo dispuesto en el estatuto de la carrera judicial para conjurar el problema, actuando con la debida energía, coincidiendo esto con lo que ya en anterior ocasión le había expresado el propio Magistrado.

Dijo el exponente, además, que resulta absurdo que se le pretenda endilgar la comisión de un delito en el cual no tuvo participación real alguna, puesto que su labor se limitó a informar al Juez ahora denunciante que debería proceder de conformidad con las normas legales pertinentes y en manera alguna doblegó su voluntad para que el mismo actuara en la forma ilegal como lo hizo, además porque el citado ex Juez no le parece que sea una persona estulta. Analizó, por último, los términos de la denuncia y los comparó con los hechos conocidos del proceso adelantado contra Ordóñez Quiroga, para concluir que la verdad que arrojó aquella actuación es contraria a la que ahora pretende hacer valer el denunciante.

A través de los documentos pertinentes, se acreditó la calidad de Magistrado del Tribunal de Buga que para la época de los hechos tenía el acusado. Así mismo, se trajo a la actuación copia de las Actas números 1, 2 y 3 de las sesiones de Sala Plena del Tribunal de Buga, en las cuales quedó consignado que dicha Corporación se ocupó de estudiar las comunicaciones a ella remitidas por el denunciante, concluyendo que "el Tribunal no tiene por qué señalarle pautas, pues él es autónomo en esos casos".

También se aportó copia del Decreto 003 de 1988, emanado del Juzgado Segundo de Instrucción Criminal de Cartago, según el cual se declaró la insubsistencia del señor Fulvio Antonio Pedraza Gil, resolución en la cual se dan como argumentos de la medida las continuas fricciones verbales entre juez y secretario, el agrietamiento de las relaciones personales entre ellos que deteriora el normal funcionamiento de las labores oficiales y la pérdida de confianza y solidaridad que debe reinar entre juez y secretario.

Se allegaron de la misma forma las reproducciones mecánicas del proceso adelantado en contra de Ordóñez Quiroga, a través de las cuales se constató que si bien en su indagatoria éste dijo que antes de proceder a dictar el Decreto 003 ya mencionado había consultado el asunto con varias personas, en modo alguno alegó a su favor haber recibido consejo directamente del Magistrado Hoyos Carcés, o haber recibido presiones de parte de éste para que actuara en determinada forma. Al efecto, manifestó que tomó la decisión de declarar insubsistente al secretario del juzgado, luego de varias consultas que elevara, pero por sobre todo, atendiendo a su personal criterio por las tirantes relaciones que existían entre juez y secretario, el perjuicio que esto ofrecía a la recta administración de justicia, y lo insostenible de la situación. Afirmó el allí indagado, refiriéndose a los motivos de la insubsistencia:

"Porque era supremamente urgente salir, como dije atrás, en defensa del despacho a mi cargo, aparte de que se había vuelto imposible trabajar con el señor Pedraza Gil, mi declarado enemigo, procurando por todos los medios imaginables atentar ni siquiera contra mí, sino contra mi investidura de Juez de la República. ... y realicé numerosas consultas con personas conocedoras del tema y aun conferencistas respecto a los asuntos relacionados con la Carrera Judicial, quienes de una manera específica coincidían en la importancia definitiva que tiene la majestad de la justicia y el espíritu de trabajo en equipo de un despacho judicial."

Se constató igualmente que el procesado Ordóñez Quiroga presentó recusación en contra del Magistrado Alirio Cruz Perdomo, quien actuaba como conductor del proceso, pretextando una amistad íntima entre el juzgador y el allí denunciante, pues que éste había reseñado en su hoja de vida como referencia al citado Magistrado. La recusación fue rechazada tanto por el Tribunal como por la Corte Suprema de Justicia. Extrañamente, sin embargo, el allí procesado no presentó similar petición contra el Doctor Hoyos Carcés, Magistrado integrante de la Sala, y quien también aparecía como referencia en la hoja de vida del secretario referido.

Producida la sentencia contra el ex Juez, éste en memorial de sustentación de la apelación contra ella, por primera vez en el proceso de manera concreta hizo referencia al supuesto consejo que había recibido de parte de algún integrante de la Sala para declarar la insubsistencia del secretario. Al respecto expuso:

"... Varios Magistrados de ese Tribunal me manifestaron en esa época su preocupación ante la falencia de una medida semejante y así lo declararon entre ellos, es sabido y hasta alguno llegó a recomendarme obrar exactamente como lo hice, extraoficialmente, claro está, porque cuando le correspondió hacer Sala de Decisión en este asunto –ironías de la vida– se alineó en sentido inverso.

.....

Nunca como asociado se me amplió la indagatoria (aparentan ignorarlo pero a más de uno resulta incómodo saberlo), para acceder al conocimiento de qué personas fueron insinuadores y sugeridores prácticamente determinantes del supuesto ilícito que ahora me endilgan."

Así mismo, en el memorial presentado ante la Corte con ocasión del recurso interpuesto contra la sentencia condenatoria, el sentenciado señaló haber recibido el consejo directamente del doctor Henney Hoyos Garcés, y del doctor Hernando Villaquirán, Procurador Regional de Braga.

Consideraciones de la Sala

En torno a la participación criminal, la legislación penal colombiana vigente se ha acogido a la tesis monista, según la cual el delito en el que intervienen varias personas conserva una unidad jurídica, puesto que la división de actividades en procura de un único resultado en nada altera la unidad del reato. Así, para que se pueda entender la concurrencia de personas en un hecho delictivo, es necesario que haya pluralidad de agentes, todos los cuales han debido intervenir de una manera eficaz en la realización del hecho descrito, sin importar el momento de su ayuda a la comisión del mismo.

El determinador, como una de las formas de participación en el delito, tiene una condición especial en la medida en que no ejecuta actos materiales para la obtención del resultado querido, sino que ejerce una influencia determinante en otra persona, encargada ésta de materializar la conducta descrita en el tipo penal. Su acción consiste, pues, en que a través de "instigación, mandato, inducción, consejo, coacción, orden, convenio o cualquier otro medio idóneo, logra que otro realice material y directamente conducta de acción o de omisión descrita en un tipo penal", tal como tuviera ocasión de precisarlo la Sala Penal de la Corte en providencia de fecha primero de diciembre de mil novecientos ochenta y tres con ponencia del doctor Alfonso Reyes Echandía.

No basta entonces que una persona aconseje a otra acerca de la realización del hecho ilícito, sino que es indispensable que tal conducta sea por tal modo determinante en la acción u omisión del ejecutor material, que pueda predicarse la unidad de infracción delictiva entre el determinador y el determinado; que exista una efectiva conjunción entre las dos actividades que confluyen a la violación de la ley o, dicho de otro modo, que quien ejerce la influencia lo haga de tal modo que, en caso de suprimir su intervención, otro hubiera sido el resultado de la conducta del ejecutor material.

Aplicando estos presupuestos teóricos al caso que hoy ocupa la atención de la Sala, se advierte que, pese a las manifestaciones del denunciante, no puede imputarse al Magistrado Hoyos Garcés la coparticipación a título de determinador, en el delito por el que finalmente fuera condenado Ordóñez Quiroga, tal como se pasará a demostrar.

Si bien en el texto de la denuncia se ha exagerado la importancia de la influencia del acusado en la decisión que motivó la sanción del quejoso, un análisis de las pruebas recaudadas en la etapa de indagación preliminar permite concluir que tales asevera-

ciones carecen de fundamento. En efecto, al ser escuchado el inculpado en versión libre y espontánea, relató las diferentes incidencias de orden fáctico que precedieron a la realización de la conducta delictiva que se imputó a Ordóñez Quiroga, señalando en forma expresa que su intervención se limitó a tratar, como Presidente del Tribunal Superior de Buga que lo era para ese entonces, el asunto en algunas de las sesiones de Sala Plena de la Corporación, buscando en sus demás compañeros un respaldo a su actuación, que –según lo afirmó– estuvo restringido a decir al Juez que lo consultaba, que debería adoptar en forma enérgica las disposiciones legales que resultaren aplicables y que debía conocer en razón de su oficio. Esta circunstancia, por lo demás, se acreditó también con las copias de las Actas correspondientes de las sesiones plenarias del Tribunal, en las cuales se observa que, sin disidencia al respecto, el Tribunal manifestó su imposibilidad de solucionar el conflicto que se le presentaba a Ordóñez Quiroga. No hay constancia, en dichos documentos, que se sugiriera cuando menos, la infracción de las disposiciones con el fin de buscar amparo a la dignidad de la administración de justicia, o como medio de proteger un bien jurídico que se encontraba en peligro ante el injusto comportamiento del secretario Pedraza Gil, lo que avala el dicho del Magistrado Hoyos Garcés en este sentido.

Adicionalmente a lo anterior, se puede observar que en el Decreto 003 de 1988, emanado del Juzgado segundo de Instrucción Criminal de Cartago bajo la dirección del denunciante, se hicieron consideraciones sustentatorias de la medida de insubsistencia del secretario, todas las cuales apuntan al señalamiento de condiciones de hecho que hacían imposible el trabajo armónico entre el titular del Despacho Judicial y su secretario, sin que se hubiera invocado un solo motivo de criterio extraño sobre la interpretación de las normas disciplinarias, o injerencia de terceras personas u opiniones diversas de las del propio funcionario que suscribió la resolución pertinente, con lo cual puede afirmarse que ésta es responsabilidad exclusiva de quien actuó en tal momento en desarrollo de sus funciones oficiales y por fuera de los marcos que le imponía la propia ley.

Por su parte, quien ahora actúa como denunciante, y que fuera procesado en el asunto al cual se pretende ahora vincular al Magistrado Hoyos Garcés, durante toda su intervención procesal, que dicho sea de paso no fue obstaculizada por medio alguno, jamás planteó la existencia de consejo o coacción determinante en su acción, derivado del inculpado. Cierto es que en su indagatoria Ordóñez Quiroga afirmó que había procedido en la forma como lo hizo influido por el consejo de varias personas, pero nunca dio a dichas sugerencias el carácter de determinadoras de la infracción, pues también aseveró que escuchó opiniones en sentido contrario, las cuales bien habían podido disuadirlo de infringir la ley. La principal motivación para la realización de la conducta delictiva, según lo afirmó, fue la "urgente necesidad" de prescindir de los servicios del secretario ante las insoportables condiciones que se habían presentado y que deterioraron no solamente las relaciones personales entre juez y subalterno, sino que además ponían en peligro la adecuada marcha de la oficina judicial.

El denunciante, según lo afirmó, realizó numerosas pesquisas sobre el tema, incluso con plurales consejeros sobre el contenido y alcance de la carrera judicial, recaudando de ellos la opinión según la cual la majestad de la justicia y el espíritu de trabajo en equipo en un despacho judicial, debían tener una importancia vital. Pero,

de allí a poder concluir que tales consejos fueron determinantes en la conducta ilícita del ex Juez, existe un trayecto muy largo que es imposible de superar solamente con la presentación contraria de los hechos que hace el sentenciado en busca de una solidaridad de la responsabilidad penal que no fue esgrimida como tal en el proceso penal en el cual ésta se discutió.

Nótese cómo en aquella actuación, según se puede concluir de las copias aportadas, el doctor Ordóñez Quiroga solamente pretendió introducir la supuesta corresponsabilidad del Magistrado Hoyos Garcés luego de producida la sentencia condenatoria en su contra, a través de un escrito en el cual afirmó que no se amplió su indagatoria para establecer "qué personas fueron insinuadores y sugeridores prácticamente determinantes del supuesto ilícito que ahora me endilgan" (destacado de la Sala), en donde claramente se advierte que no hace en forma alguna el cargo de determinador que ahora eleva en contra del Magistrado acusado. Allí, aceptó el procesado que en alguna medida los consejos recibidos de varias personas le sirvieron para fundamentar su juicio y llegar a la conclusión de que debía declarar insubsistente al secretario, pero resta a tales opiniones la importancia que ahora pretende darles de base determinante de su acción.

Es así mismo diciente que se procure en este momento argüir como cimiento de la acusación el hecho de que el Magistrado Hoyos Garcés no se declaró impedido pese a haber emitido su opinión sobre el asunto, cuando al revisarse la actuación penal en la que tal omisión presuntamente tuvo ocurrencia, se descubre que el propio denunciante recusó al Doctor Alirio Cruz Perdomo con el argumento de que figuraba como "recomendador" del secretario declarado insubsistente, condición en la cual y seguidamente aparecía también el doctor Herney Hoyos Garcés, contra quien, de ser ciertos los hechos que ahora se discuten, existía la misma base de recusación, ampliada ésta incluso a su pretendida opinión adelantada sobre el tema. Pese a ello, no se esgrimió en aquella oportunidad motivo impediente, lo que indica la carencia de sustento real de los hechos imputados en esta actuación.

De todo lo anterior puede la Sala concluir que no surge prueba alguna en la indagación preliminar realizada que indique que el denunciado Hoyos Garcés ha realizado conducta típica alguna, pues que su pretendida participación criminal en los hechos que culminaron con la sentencia condenatoria de Ordóñez Quiroga está ampliamente rebatida, por lo cual se impone dictar auto inhibitorio, como a ello procederá la Sala.

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

RESUELVE:

ABSTENERSE de iniciar proceso penal en contra del doctor Herney Hoyos Garcés, Magistrado del Tribunal Superior de Buga, por atipicidad de la conducta por la que fuera denunciado el doctor Mauricio Rafael Ordóñez Quiroga, tal como se dejó expuesto en la parte motiva de este auto.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Valencia M., Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres F.

Rafael Cortés Garnica
Secretario

* * *

Principio de no contradicción / Violación indirecta

El alegato simultáneo sobre unas mismas pruebas en los campos de error de hecho y de derecho, vulnera el principio de no contradicción.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Enrique Valencia M.*
Aprobada Acta No. 004.
Bogotá, enero treinta (30) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Vistos

El veintiocho (28) de febrero de mil novecientos noventa (1990), el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, confirmó en lo fundamental la sentencia proferida por el Juez Segundo (2º) Superior de la misma ciudad, por la cual se condenó a Florentino Salazar Muñoz a purgar la pena principal de diez (10) años de prisión como autor penalmente responsable de un delito de homicidio, cometido en la persona de Oscar Virgilio Carrero Velandia.

Contra aquel fallo el defensor del imputado interpuso el recurso extraordinario de casación y presentó en tiempo la demanda de rigor. En su concepto, el señor Procurador Primero (1º) Delegado en lo Penal impetra no casar la sentencia impugnada.

Hechos

El Tribunal los resumió de la siguiente manera:

"Oscar Virgilio Carrero Velandia se encontraba en el establecimiento de Juan de Jesús Muñoz, situado sobre la carrera 5ª No. 7-38 del perímetro de la población de El Cocuy, como a eso de las siete (7) de la noche del domingo ocho (8) de mayo del presente año de mil novecientos ochenta y ocho (1988), bebiendo cerveza con su amigo Germán Simón Carreño Salazar, cuando en forma inopinada se presentó Florentino Salazar Muñoz y rememorando un incidente pasado le dijo: *'¿usted por qué me pegó?'* El interpelado le respondió: *'porque usted se lo buscó'*, acto seguido desenfundó un revólver y de dos disparos acabó con su vida para luego alejarse de allí

en veloz carrera y ante la mirada atónita de las gentes que aquel día festejaban 'el día de la madre'. Oscar Virgilio fue recogido y llevado al hospital con el fin de salvarle la vida, pero todo fue inútil, pues uno de los proyectiles le impactó el corazón y por el camino dejó de existir. Noticiado el Jefe de la Unidad de Policía Judicial, se trasladó al hospital y en asocio de peritos levantó sus despojos mortales y luego remitió su actuación al señor Juez de Instrucción Criminal radicado en el lugar, funcionario éste que abrió la investigación y procuró (sic) el sumario que ahora nos ocupa".

Actuación procesal

De esta guisa la sintetizó la Delegada:

"Investigó estos acontecimientos el señor Juez Primero de Instrucción Criminal de aquel Distrito, funcionario éste que en septiembre 20 de 1988, calificó el mérito de las sumarias, profiriendo resolución acusatoria en contra de Florentino Salazar Muñoz por el punible de homicidio en la persona de Oscar Virgilio Carrero Velandia, al paso que ordenó cesación de procedimiento para este último, en razón de las lesiones ocasionadas a Salazar Muñoz.

"Recurrida esta providencia fue confirmada por el honorable Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, en lo tocante a la resolución acusatoria y reformada en cuanto a la cesación de procedimiento para dictar en su lugar auto inhibitorio.

"Condujo la etapa de la causa el Juzgado Segundo Superior de Santa Rosa de Viterbo (Boyacá), quien finiquitó esta instancia, con el proveído de noviembre 22 de 1989, donde halló penalmente responsable a Florentino Salazar Muñoz del delito de homicidio y le impuso pena privativa de la libertad por diez (10) años y sus accesorias de rigor.

"Apelada esta decisión, fue compartida por el honorable Tribunal de aquel Distrito Judicial en sentencia de febrero 28 del año que discurre y es ésta la providencia hoy impugnada a través del recurso extraordinario de casación."

La demanda

En el ámbito de la causal primera "... por ser la sentencia violatoria de la ley sustancial por infracción indirecta de las normas...", el recurrente formula tres cargos:

1. Lo sitúa en el terreno del error de derecho por haber violado el fallo recurrido "... en la estimación de la prueba, los artículos 247, 248, 253 y 295 del C. de P.P. La misma sentencia recurrida infringe también la ley sustancial por indebida aplicación de los artículos 72 y 323 del C.P., lo mismo que por omisión del artículo 40, ordinales 3° y 4°, y artículo 60 del precitado Código".

Fundamenta su censura en que el Tribunal al apreciar la prueba le dio "... un valor probatorio que no le corresponde... no tuvo en cuenta en su decisión su verdadero alcance demostrativo de los testimonios de Marco Aurelio Barajas Alvarado, Benjamín Olivares Pérez y Oliva Sandoval ... lo mismo que los de Uriel García Mora y Feliciano Carreño, que son fundamentales, por cuanto con los tres primeros

citados se demuestra que el provocador del primer episodio y encuentro ocurrido entre Florentino y Oscar Virgilio fue éste".

Más adelante critica el que "... solamente se llamaron a declarar dentro del curso de la investigación, a los precitados, que eran precisamente los amigos del hoy occiso, interesados en perjudicar a Florentino...", mostrándose indiferente el instructor en averiguar sobre los demás testigos. Sin embargo, llamados a declarar García y Carreño, dos circunstantes ajenos a los protagonistas del hecho delictuoso, cuyas versiones recibieron un concepto favorable del Tribunal, "... pero infortunadamente la parte resolutiva del fallo es incongruente con esta valoración...".

Finaliza su argumentación señalando que "... al producirse el fallo en contra del contenido y doctrina del artículo 247 del C. de P.P., esto es, sin existencia de prueba *capaz de conducir a la certeza de la responsabilidad del acusado*, se violaron... los artículos 248, 253 y 295, de la obra citada".

2. Lo titula como "Apreciación errónea de la prueba" y anuncia que "... está plenamente probado dentro del proceso, porque *contrario sensu* a la conclusión del *Tribunal, los únicos testigos verdaderos e imparciales, por ser ajenos a cualquier vínculo de amistad o familia... 'son los citados en el primer cargo...', que no aparecen desvirtuados como erróneamente los calificó el Tribunal... Con seguridad que si la investigación hubiera sido exhaustiva, recepcionando todos los testimonios de las personas presentes, hubieran surgido... muchas versiones semejantes a las de Uriel García Mora y Feliciano Carreño*".

3. Lo hace consistir "... en violación de la ley, en cuanto a la prueba en confesión calificada..." puesto que "... no se le creyó al procesado lo narrado en su injurada, cuando confesó la autoría de la incriminación, pero manifestando a la vez que obró conforme a una causal de inimputabilidad o de defensa subjetiva o putativa, cuando creyó que su vida estaba en peligro al ser injuriado y amenazado de muerte por Oscar Virgilio".

Concepto del señor Procurador Primero (1°) Delegado en lo Penal

Advierte sobre el dislate en que incurre el impugnante al proponer al propio tiempo y sobre el mismo hecho una violación indirecta y directa de la ley. Esta violación flagrante al principio de no contradicción implica el rechazo de la demanda, pregona el colaborador fiscal. Además –continúa– no integra la proposición jurídica completa y alega como causales de casación "circunstancias" que no están contempladas como tales en el estatuto procedimental, como la incongruencia entre las conclusiones del fallador y su valoración probatoria.

La Corte

I. Desde un comienzo la demanda fracasa en sus propósitos. El descuido en la elaboración de su esquema argumental temprano tropieza con las reglas técnicas de la casación, elaboradas sobre el rigor de la lógica y el derecho.

II. Veamos:

a) El primer cargo lo eleva el censor en los terrenos de la violación indirecta de la ley sustancial "... por error de derecho en la apreciación de la prueba...". Con ello pretende indicar que a la prueba se le dio un valor diferente del que le atribuye la ley, o que se le dio el que le corresponde pese a no cumplir con los requisitos legales para su aducción, o que se le negó su validez por considerar que no cumplió con dichas formalidades no empece a que fue correctamente allegada.

Sin embargo, cuando se espera el inicio de su argumentación por estos rumbos, a seguida formula una frase equívoca que tuerce el objetivo: "... por darle un valor probatorio que no corresponde...", citando a continuación el artículo 247 del C. de P.P. y recalcando que a varios testimonios no les dio el Tribunal "... su verdadero alcance demostrativo...", como quiera que ellos se refieren a la actitud agresiva y provocadora del occiso.

Así pues, el "valor probatorio" que en principio podría pensarse corresponde a la credibilidad que poseen las declaraciones, se desvía hacia una incomprensión de su contenido, lo que coloca la censura en el ámbito del error de hecho, por falso juicio de identidad. No obstante, aquí tampoco hay claridad, pues no dice el demandante en qué consistió el error del Tribunal. Sólo expone su particular interpretación, quedando apenas una visión unilateral del problema.

De todas maneras, el planteamiento no tenía la capacidad para desquiciar la sentencia impugnada. El testimonio no está sujeto a tarifa legal por lo que un falso juicio de convicción no tiene cabida, pues no hay manera de medir la íntima convicción del fallador para tasar las pruebas que fundamentaron su decisión. Además, el alegato simultáneo sobre unas mismas pruebas en los campos del error de hecho y de derecho, vulnera el principio de no contradicción.

Olvida que "... el error de hecho (de ahí su denominación) atañe al examen 'material' de la prueba, mientras que el de derecho (también su nombre lo indica) gira en torno a la contemplación 'jurídica' de aquella facticidad y juridicidad, son los dos pilares sobre los cuales se erigen esas dos clases de yerros, origen diverso que impide mezclarlos en una especie de simbiosis, o pretender derivar uno del otro..." (C.S. de J., Sentencia de mayo 15 de 1990, Magistrado ponente, doctor Mantilla Nougués).

Pero el desatino es aún mayor. Más adelante afirma que "... solamente se llamaron a declarar dentro de la investigación a los precitados, que eran precisamente los amigos del hoy occiso, interesados en perjudicar a Florentino...". Hubo, pues, según su sentir, una investigación parcial de los hechos delictuosos. La deducción se confirma líneas adelante cuando advierte que "... ni siquiera se averiguaron los nombres de las demás personas que allí se encontraban...".

Con esta nueva visión del proceso, el impugnador se traslada a la causal tercera de casación, pues como lo ha entendido la jurisprudencia, la falta de práctica de pruebas que hubieran podido favorecer al acriminado, constituye una violación al derecho de defensa. Este nuevo rubro impreso al cargo provoca una nueva confusión al sustentarse el motivo de la inconformidad sin medida ni sentido, en una y otra causal, cada una diferente tanto en su naturaleza como en sus alcances. La dilogía es evidente y el fracaso es su justo resultado.

Finalmente, la Corte no quiere abandonar el estudio de esta censura sin señalar las aventuradas afirmaciones del casacionista sobre el contenido de la sentencia materia del recurso. Según él, luego de aceptar el Tribunal en la parte considerativa del fallo la amplia credibilidad que les asiste a los testigos García y Carreño, en la resolutiva los descalifica. Apoya sus palabras con una cita que "respalda" su crítica.

¿Falta de cuidado en la lectura de la pieza judicial o audacia argumental –por decir lo menos– que pretende forzar en su favor el contenido de la sentencia? No puede saberse. De todas maneras ésto no es de recibo.

Aquí el fallador se limitó a exponer la tesis de la defensa como paso previo al abordaje del estudio probatorio. Por ello, al inicio del párrafo en comento, el Tribunal claramente advierte: "... Inconforme con esta decisión, el doctor José C. Abaúnza Jiménez... considera que existe suficiente evidencia procesal...", produciéndose a seguida el relato de los argumentos del defensor sobre el particular. Nada más. En ninguna parte dijo que compartía las apreciaciones de éste. Al contrario, temprano expuso su énfatico rechazo a las versiones de los testigos, calificándolas como "inverosímiles" frente a la demás prueba testimonial (fl. 24, cdno. Tribunal).

b) La segunda tacha a la sentencia de segunda instancia tampoco corre con mayor fortuna. No obstante anunciar un error de derecho, planteado como "... apreciación errónea por haberle dado un valor probatorio que no le corresponde..." a la prueba testimonial de descargo, el casacionista guarda silencio sobre cuáles fueron las normas sustanciales y procesales infringidas. De esta guisa, el conocimiento cabal de su pensamiento no se puede precisar, sin que la *Corte* pueda meter baza en el asunto, pues de hacerlo suplantaría al censor en su papel impugnador.

Aunque esto sería suficiente para desestimar el cargo, el desarrollo argumental confirma el fracaso. Al calificar los testigos que favorecen los intereses del acusado como los únicos "verdaderos e imparciales", muestra en su verdadera dimensión la esencia del libelo. Es apenas un alegato de instancia con el que pretende imponer el actor sus personales puntos de vista sobre los del fallador, enfrentamiento ajeno a la casación en la que se busca establecer si la decisión cuestionada se ajusta a derecho. Nada más. El debate probatorio ya feneció y sólo con nuevos elementos de juicio podrá reabrirse acudiendo al recurso extraordinario de revisión.

c) El tercer cargo, que no es sino corolario de los anteriores, también sufre de idénticas limitaciones. Al tiempo que calla sobre las normas pretensamente infringidas por el fallador en su sentencia, se limita a aseverar la veracidad de la injurada, brindando explicaciones que no conforman sino una visión unilateral del proceso. Sin demostrar en qué consistió la violación de la ley por parte del Tribunal, su alegato queda convertido en simple constancia de su pensamiento. El rechazo es el resultado.

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:

DENEGAR la casación impetrada.

Devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase.

Didimo Páez Velandia, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael E. Cortés Garnica
Secretario

* * *

Violación indirecta / Prueba – Persuasión racional

Efectuar censuras de invocación de la violación indirecta de la ley sustancial, con fundamento en errores de derecho por falso juicio de convicción, equivaldría a la negación de la soberanía del sentenciador.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Dídimo Páez Velandia.*
Aprobada Acta número 004.
Bogotá, enero treinta (30) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Vistos

Mediante sentencia del 16 de abril de 1990, el Tribunal Superior de Pereira, confirmó integralmente la dictada por el Juzgado Segundo Superior de esa misma ciudad. En ella, se condenó a José Johel Orozco a la pena principal de diez años de prisión como autor responsable del delito de homicidio en la persona de Benjamín Cano Alzate.

Contra esta decisión, el defensor del sentenciado ha interpuesto el recurso extraordinario de casación.

Hechos

El Tribunal, en la sentencia impugnada, los resume así:

"En las horas de la mañana (8 a.m.) del 19 de marzo de 1989, la inspección municipal de Policía y Tránsito de Marsella (Risaralda) practicó la diligencia de levantamiento del cadáver de quien durante su existencia fue conocido como Benjamín Cano Alzate. Dicen las constancias que ameritaron la apertura de la investigación, que el mencionado ciudadano había salido de misa con dirección a su casa y antes de culminar el recorrido, fue sorprendido con tres disparos de arma de fuego".

Actuación procesal

1. En desarrollo de la investigación, a ella fue vinculado, mediante declaración de indagatoria, José Johel Orozco, a quién se dio captura momentos después de la ocurrencia del hecho, en razón a los varios indicios surgidos en su contra. En ella, manifiesta ser ajeno a los hechos y hallarse en avanzado estado de embriaguez al momento de su aprehensión, motivo por el cual, dice, no acordarse de lo sucedido con anterioridad.

2. Fabio Quintero Salazar y Carlos Arturo Piedrahita Escobar, rindieron declaración. Refieren la presencia del procesado en el lugar de los hechos, con anterioridad a su ocurrencia, y su entrada de modo precipitado a una casa distinta de la suya, donde cambió de vestimenta y se rasuró.

3. A solicitud de la defensa, se practicó examen psiquiátrico al sindicado. En él, se da cuenta que José Johel Orozco no presenta trastornos mentales y sí "tenía capacidad de comprender su ilicitud y determinarse de acuerdo con esa comprensión".

4. Por decisión de junio 19 de 1989, en contra de José Jobel Orozco, se profirió resolución de acusación por el delito de homicidio. Recurrida ante el Tribunal, éste le impartió confirmación.

5. Rituada la causa, se dictó la sentencia de primera instancia respectiva, la cual fue confirmada por el Tribunal. En ella, se condena al procesado a la pena principal de diez años de prisión.

La demanda

Al amparo de la causal primera de casación, consagrada en el artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, el defensor del procesado impugna la sentencia del Tribunal formulando contra ella dos cargos.

- El primero, por cuanto dice, no se dio cumplimiento al artículo 247 del Código de Procedimiento penal que exige para el proferimiento de fallo de condena la existencia de prueba que produzca certeza del hecho punible y de la responsabilidad. A este respecto, arguye que si bien el primero de los aspectos indicados aparece acreditado en el proceso, el segundo no, pues, continúa, los testigos no refieren cómo ocurrieron los hechos y, por lo mismo, no pueden señalar a Orozco como el autor de la muerte de Cano Alzate. Critica así mismo, la credibilidad otorgada al testimonio de Fabio Quintero de quien, dice, es enemigo del procesado.

De otra parte, cuestiona la conclusión del dictamen psiquiátrico sobre la imputabilidad del sentenciado. En este sentido, sostiene, que no se toma en cuenta que varias teorías demuestran que una persona puede darse cuenta de lo que hace en un momento determinado, sin que pueda ejercer control sobre su voluntad y determinarse.

En relación con el segundo cargo, sostiene que hubo exclusión evidente del artículo 248 del Código de Procedimiento, consagratorio del principio *in dubio pro*

reo. En su desarrollo, arremete contra la credibilidad otorgada a la prueba testimonial, para concluir que no habiéndose demostrado que Orozco hubiera disparado o tuviera consigo arma de fuego, existe duda sobre la responsabilidad, siendo los indicios tenidos en cuenta en la sentencia, insuficientes para proferir fallo de condena.

El concepto de la Procuraduría

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal, al descorrer el traslado a las partes no recurrentes, solicita a la Corte abstenerse de casar la sentencia. Fúndase para ello, en las diferentes deficiencias de tipo técnico en la proposición y desarrollo de las censuras, destacando el desconocimiento de los principios orientadores de la casación como recurso extraordinario.

Consideraciones de la Corte

La absoluta falta de técnica en la proposición y desarrollo de los cargos formulados a la sentencia por el casacionista, determina que no puedan ser examinados en concreto por la Corte, imponiéndose la desestimación del recurso.

En efecto; en argumentación más consecuente con un alegato de instancia, limítase el impugnante a transcribir la causal primera del artículo 226 del Código de Procedimiento, para denunciar que el fallo violó la ley sustancial. Sin embargo, no menciona el motivo y sentido de tal infracción en ninguno de los dos cargos propuestos. Es decir, no se sabe si a la violación aducida se llegó por modo directo o indirecto y, en tratándose de la primera de esas vías, si por aplicación indebida, falta de aplicación o interpretación errónea de la ley sustancial; o de la segunda, si a consecuencia de error de hecho o de derecho.

Estas imperfecciones en la confección del libelo, no son las únicas. A ellas debe agregarse como si bien el censor alega, en los términos antes vistos, violación de la ley sustancial, enuncia como normas infringidas dos de tipo procesal, los cuales, por su contenido, no corresponden, para efectos del recurso de casación, a las estrictamente consideradas como sustanciales. Sigúese, entonces, que con tal manera de proceder, el planteamiento de censura contiene la formulación de proposiciones jurídicas incompletas, medio por el que, difícilmente, encontrarían demostración.

Desde otra perspectiva, en cuanto tiene que ver con la fundamentación de los cargos, consistiendo ella en el cuestionamiento al valor probatorio otorgado por los juzgadores a unos testimonios y al dictamen psiquiátrico practicado al sentenciado, resulta evidente el desconocimiento de la improcedencia en alegar error de derecho por falso juicio de convicción, en tratándose de la estimación de este tipo de pruebas.

Como reiteradamente lo ha hecho ver la Corte, no estando sometida la valoración de las pruebas, en el régimen colombiano actualmente vigente, al llamado método o sistema de la estimación legal o tarifa legal, sino que él libera el establecimiento del grado de persuasión a la razonada convicción del juez, método o sistema de la persuasión racional, no es posible efectuar censuras de invocación de la violación indirecta de la ley sustancial, con fundamento en errores de derecho por falso juicio de

convicción, en cuanto ello equivaldría a la negación de la soberanía del sentenciador en el establecimiento del nivel de verosimilitud derivado del medio que es, precisamente, en lo que consiste el criterio de la persuasión racional, desembocando, cuando de esta clase de impugnaciones se trata, en un enfrentamiento de razones entre las dadas por el juez en su estimación y las que se le oponen para censurar esa estimación, como acontece con los planteamientos del recurrente a este respecto.

El anterior desaguisado, adquiere completa connotación, cuando el recurrente da en entremezclar con el indebido error de derecho por falso juicio de convicción, antes señalado, aspectos propios del error de hecho por falso juicio de identidad, lo que le permite afirmar que el juzgador dedujo de algunos testimonios situaciones diversas de las por ellos contempladas, como deducir la responsabilidad del procesado en el homicidio de Benjumin Cano, cuando de ninguna manera los testigos lo están sindicando de tal hecho.

Fuera de la confusión que esto entraña, a consecuencia de la cual termina ignorándose el fundamento real de la alegación del recurrente, en cuanto de manera indiferente hace radicar su inconformidad por los juicios mediante los cuales se establece el mérito probatorio de los medios que sustentan la sentencia y en la distorsión al contenido fáctico de ellos, por el tipo de crítica desarrollada, establécese cierto desenfoque por parte del recurrente. Es que se refiere a las pruebas cuestionadas como si, por medio de ellas, por modo directo, se estuviera acreditando la responsabilidad del sentenciado, cuando del texto de la sentencia impugnada, se advierte que los testimonios criticados por el censor fueron tomados como demostrativos de algunos de los hechos indicadores, indicantes o causales que integran el sólido haz indiciario sobre el cual se halla edificado el fallo. Esto, pues, imponía necesariamente que los reproches a tales medios, se hicieran a partir del estricto carácter que el sentenciador les dio en la sentencia; es decir, como elementos o momentos del proceso de deducción lógica, mediante el cual concluyó la responsabilidad del procesado. No proceder así, como ciertamente no lo hace el recurrente, conduce indefectiblemente a la improsperidad de la censura.

No se advierte, así mismo, por parte del casacionista, la contradicción por manera protuberante que se genera con el cuestionamiento a la prueba psiquiátrica, en los términos en que se propone en la demanda, el cual, dicho sea de paso, corresponde a la imperfección técnica antes destacada de hacerse mediante un argumento híbrido que mezcla aspectos del falso juicio de convicción (error de derecho) y falso juicio de existencia (error de hecho). Esa contradicción deviene del epílogo al que se arriba en la censura con el manejo del dictamen en la sentencia, consistente en pedir que, conforme con ella, se declare que el procesado es inimputable, cuando de acuerdo con los restantes reproches constitutivos del mismo cargo y referido a los testimonios, la conclusión sería la declaratoria de inocencia del procesado, concepto no asimilable al de la inimputabilidad.

Siendo entonces, ésta la característica en el desarrollo de los cargos que el censor hace a la sentencia, resulta innegable su ineptitud y, por ende, su desestimación.

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 M., Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda.

Rafael Cortés Carnica
Secretario

* * *

Error de hecho / Error de derecho

Si bien es cierto que los errores de hecho y de derecho tienen origen común en el campo probatorio, es evidente que entre uno y otro operan marcadas diferencias.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Juan Manuel Torres Fresneda.*
Aprobado Acta número 04.
Bogotá, enero treinta y uno (31) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Vistos

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la defensora de los procesados Alex Alberto Jaramillo Mejía y Jader Iván Chalarca Molina contra la sentencia proferida el 25 de septiembre de 1989 por el Tribunal Superior de Orden Público, que confirmando la de primera instancia les condenó como coautores del delito descrito en el artículo 13 del Decreto 180 de 1988.

Hechos y actuación procesal

1. Entre las 8 y las 9 de la noche del 2 de febrero de 1989, agentes de la Policía Nacional pertenecientes al Centro de Atención Inmediata (CAI) del barrio Moravia de Medellín, interceptaron y capturaron en ese sector a los procesados Alex Alberto Jaramillo Mejía y Jader Iván Chalarca Molina, quienes se desplazaban en una motocicleta Honda, sin documentos que avalaran su tenencia, llevando consigo una granada de fragmentación marcada en su espoleta con la sigla "IM2A".

En el curso de la investigación los agentes captores ratificaron su informe sobre los hechos y los aprehendidos rindieron en injurada sus explicaciones, evacuándose las citas traídas para eventual respaldo de la excusa. A su vez y para aclarar si el artefacto decomisado era de aquellos de uso privativo de las Fuerzas Militares, se designó y posesionó como experto al sargento Mayor Raúl Mora, quien rindió su dictamen con asidero en los datos que sobre la granada obraban en el expediente, pues el elemento, remitido desde un principio al Almacén de Armamento del

Departamento de Policía, no fue puesto a su disposición; con todo, se conceptuó que dadas las características que de la granada aportaba el proceso, ellas coincidían con elemento de restrictivo uso militar.

La situación jurídica provisional de los aprehendidos se definió adecuando su comportamiento frente a la conducta descrita en el artículo 12 del Decreto 180 de 1988, valoración que varió una vez perfeccionada la investigación, para enderezar el fallo de condena frente a la infracción prevista en el artículo 13 del mismo ordenamiento. Surtida la revisión de instancia, confirmó el Tribunal Superior de Orden Público la decisión adversa, mediante sentencia que se somete ahora al recurso extraordinario.

La demanda

Con apoyo en la causal primera de casación, cuerpo segundo, solicita la defensora de los procesados la infirmación del fallo de segunda instancia, para que en su lugar se les favorezca con la sentencia sustitutiva de absolución, pues incurrió el Tribunal en violación indirecta del artículo 13 del Decreto 180 de 1988 por "error de hecho manifiesto en la apreciación probatoria" del dictamen rendido por el perito.

Al sustentar el cargo y refiriendo a los principios de necesidad, legalidad y aseguramiento de la prueba como base de toda sentencia, sostiene que aquélla "...se conservará incólume en todas las etapas procesales permitiendo el examen pericial y dando vigor a los principios de publicidad y contradicción", lo que se habría desconocido en el caso presente, donde pese al decomiso del elemento material "...una presunta granada, que jamás fue puesta a disposición del juzgado y que en el momento de practicar la inspección y examen pericial, no apareció por ninguna parte", el sentenciador "no tuvo oportunidad de conocer, observar, percibir, examinar ese dispositivo, constatando su estructura, su composición, su naturaleza y potencialidad lesiva", de manera que "ese examen tampoco lo pudo hacer el perito designado por el despacho y por ello, no pudo aducirse la prueba al proceso, mediante la experticia".

Agrega que si la prueba pericial está constituida por "el perito, los elementos materiales de la prueba, las técnicas empleadas, el dictamen pericial y la conducencia", la falta de uno cualquiera de ellos desintegra ese medio probatorio, más aún, cuando es precisamente el elemento material el que falta, pues entonces ni aún el juez experimentado puede suplir la labor del perito ya que se trata de sustracción de materia.

Estima, luego, que en este caso ese examen técnico resultaba imprescindible "para determinar su estructura, composición, naturaleza, potencialidad lesiva, etc., diferenciando como lo exigía el hecho investigado, lesividad e inocuidad, instrumento de defensa personal o de uso exclusivo de las Fuerzas Armadas", así que la prueba testimonial ordinaria no podía suplir o "reemplazar el conocimiento especializado en asunto de suyo complejo", perdiendo toda oportunidad tanto el juez, como el experto y con ellos "las partes letradas" dentro del proceso, para sostener que el artefacto "constituía una granada".

Sobre estos argumentos concluye en que el Tribunal incurrió en un manifiesto error de hecho por suposición de la existencia de la prueba pericial al afirmar su presencia en el proceso, no obstante que por imposibilidad física no se pudo practicar, ya "que materialmente no obra en la actuación procesal", con lo cual violó indirectamente el artículo 13 del Decreto 180 de 1988, pues de ese modo "la sentencia se dictó tomando como fundamento, la existencia de la granada, prueba imaginada por el juzgador de segunda instancia. Pondérese bien –prosigue la actora– que en materia de artefactos explosivos, de dispositivos mortíferos, de dinamita, en general de balística, se hace indispensable el conocimiento especializado del perito, conocimiento que no puede se reemplazado por el conocimiento empírico. Pero si falta el elemento material de la prueba, soporte del conocimiento y del examen técnico científico, la prueba se diluye en el vacío."

Concepto del Ministerio Público

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal apoya los fundamentos de la demanda, sugiriendo que se atienda su impugnación y como consecuencia se case el fallo de condena, profiriendo el absolutorio de reemplazo.

Advierte ante todo el funcionario, que si bien a su juicio la actora no precisó el sentido del quebranto de la norma sustancial, "del contexto de la demanda se infiere que se trata de aplicación indebida, y sin que sobre anotar desde ahora que tal exigencia técnica la eliminó el Decreto 1861 de 1989, subrogatorio de algunas disposiciones del mencionado estatuto", para de su parte concluir en que las razones de la actora cobran pleno asidero, dado que si la "doctrina pregona que el objeto material como elemento del tipo es personal o real y éste lo constituye la cosa sobre la cual recae la conducta. Tal objeto debe estar determinado por su cualidad, destinación, relación o número. La cualidad es natural o jurídica y la primera, para el caso que nos ocupa, se traduce en su naturaleza intrínseca que debe ir acompañada de la identidad extrínseca en la necesidad de comprobar la autenticidad de las cosas".

"Cuando no se trata de un objeto material y real común, fácilmente identificable por el común de las gentes o que apenas demande conocimientos empíricos para ello, no hay problema problema de autenticidad –añade–; pero obviamente, en tratándose de artefactos explosivos, tal autenticidad no la puede establecer cualquiera, sino un verdadero perito que cuente con los adecuados conocimientos especializados. De ahí que una prueba pericial puramente simbólica, como la practicada en este proceso, en ausencia de objeto material real, carece de todo valor probatorio y deja por fuera tan fundamental elemento del tipo", añadiendo con *Framarino dei Malatesta* "que la falta de identidad intrínseca y extrínseca de la prueba (autenticidad) se convierte en motivo infirmante de la objetividad de la prueba, en contraposición al que infirma la subjetividad de la misma. Ello no se puede en verdad suplir con testificaciones".

De este análisis concluye la delegada en que no se llega a saber, entonces, "si la supuesta granada de autos era real o ficticia, si se encontraba o no en disposición natural de causar daño (lesividad de la conducta) o era un artefacto inocuo, etc., y con tales dudas no se puede llegar, en sana lógica jurídica, a las terminantes

conclusiones que esboza el Tribunal de Orden Público en su fallo. Aparece manifiesto el error de hecho alegado por la censora, por falso juicio de existencia sobre la concurrencia de auténtica o real prueba pericial que imprescindiblemente debía orientarse a la búsqueda de la prueba original y única para la completa demostración de la tipicidad. Así, pues, se quebrantaron los principios rectores de la prueba y surgió el nexo causal o de incidencia en la parte resolutiva del fallo impugnado, por evidente violación indirecta al aplicarse indebidamente el artículo 13 del Decreto 180 de 1988".

Consideraciones de la Corte

Trae la demanda planteamientos contradictorios y excluyentes que derivarán en su fracaso, pues mientras en la enunciación del cargo se acusa la sentencia por violación indirecta surgida de un error de hecho por falso juicio de existencia, el esfuerzo argumentativo se orienta a la demostración de lo que de resultar cierto constituiría más bien un error de derecho.

En efecto, la formulación propuesta por la impugnante no solamente pretende ignorar con su afirmación del error por falso juicio de existencia la real presencia en autos de una providencia que dispuso la verificación de la prueba pericial, señalando la cuestión que debía ser absuelta, y designando el experto que habría de evacuarla (folio 46 del cuaderno original), persona a quien en seguida se posesionó y recibió la respuesta requerida, sino que en una sustentación orientada de modo definido a cuestionar los principios de necesidad, publicidad, aseguramiento y controversia de ese medio demostrativo, cae la discusión sobre la legalidad misma de la prueba, principio que responde a la normatividad probatoria, y que sólo puede ser reclamado en sede de casación por la vía del error de derecho.

Si bien es cierto que los errores de hecho y de derecho tienen origen común en el campo probatorio, y llevan de consuno a la misma consecuencia, valga decir, la violación de la ley sustancial, es evidente que entre uno y otro operan marcadas diferencias que obligan su proposición de manera excluyente, pues mientras el error de hecho refiere a la prueba como elemento material del proceso dando el juzgador por existente una que falta o por inexistente otra que aparece, el error de derecho estriba en la desarmonía entre el valor legal del medio probatorio y aquel que en su lugar le otorga el juez, y ello implica el que partan de disposes presupuestos, requiriendo la formulación del cargo por error de derecho la existencia y crítica de la prueba, en tanto es la existencia de la prueba la que resta a su vez los presupuestos al planteamiento del error de hecho.

Así pues, si con desconocimiento de estas diferencias como de las exigencias técnicas que de ellas se derivan en la presentación de los cargos, la censora incurre en protuberantes fallas que la Corte no puede entrar a remediar, tanto porque el pretenderlo llevaría a transgredir el principio de limitación que rige el recurso extraordinario, bien porque la corrección, ampliación o modificación de la demanda desconocería que ella constituye la pieza que consigna con exclusividad los términos de la impugnación y por ende la base y alcance del fallo de casación, el cargo no prospera.

Sumado a lo anterior, y sólo para responder a la argumentación de apoyo que presta el Ministerio Público a la censura, cabe añadir que la formulación del predicado error de hecho entraña aún otra falta relevante, si requiriendo la ley el que ese yerro recaiga sobre una prueba que tenga repercusión en las resoluciones de la sentencia, en forma tal que sin su ocurrencia la conclusión del juzgador se hubiese inclinado en sentido diferente al del fallo proferido, las argumentaciones traídas dentro de la sentencia del Tribunal que ahora se acusa constituyen la mejor contradicción a esa exigencia, dado que en sus proposiciones se sostiene que a la realidad del porte de un artefacto explosivo de privativo uso de las Fuerzas Militares se llega no por las conclusiones del experto, sino por la pluralidad y atendibilidad de la prueba testimonial oportuna y legalmente allegada, pues siendo los agentes de la policía que intervinieron en la captura de los procesados, personas idóneas para reconocer y clasificar esa clase de elementos, resultaban testigos particularmente calificados en la identificación del arma, que por su potencialidad de daño, justamente, no llevaron al Juzgado, dejándola en custodia del Almacén de Armamento del Comando del Departamento.

No otra es la conclusión que surge del fragmento que a continuación se transcribe:

"La indicación que se hizo por el perito designado y que el señor Fiscal considera que no puede dársele el nombre de dictamen pericial, nos permite recordar que desde el inicio de la investigación los agentes de la policía en su informe dieron cuenta de las características del objeto que decomisaron y que son las mismas que luego en esta oportunidad se reconocen ante el funcionario. La participación de un perito no es un esquema rígido dentro del proceso penal, el juez acude a él cuando requiere conocimientos especiales y la apreciación del mismo sólo a él corresponde como árbitro en la dirección del proceso y en la producción de la prueba. Es tan elocuente la calidad de aquel artefacto que desde su hallazgo los procesados y sus acompañantes así lo señalaron, lo admitieron ante los agentes, éstos le dan el mismo tratamiento y luego el perito reconoce sus condiciones externas, para que sin duda alguna sirviera, como se ha hecho dentro del proceso y a manera de esa premisa imprescindible, y suficientemente demostrada que anunciamos atrás" (Fls. 13 y ss. cuaderno del Tribunal).

Por lo demás, tampoco puede desestimar la Corte el hecho de que la pericia se hubiese dispuesto, no para la identificación del artefacto incautado, sino exclusivamente para su clasificación, pues nadie hasta allí había puesto en duda la naturaleza del arma ni el peligro que constituía, dado que hasta los dos procesados coincidieron en que se trataba en verdad en una granada, de modo que su explicación a los agentes fue la del porte del arma para su propia defensa ante el riesgo que corrían por el reciente y grave atentado que había sufrido uno de los hermanos de Alex Alberto Jaramillo, sin que la explicación procesal variara al respecto, pues en ella dijeron que en el momento de su aprehensión iban al CAI de Moravia a entregar el artefacto, a sabiendas de su potencialidad destructiva, hallado como había sido por una familiar frente a su residencia.

Si, pues, la existencia y naturaleza del objeto material de la infracción se hallaba suficientemente demostrada, al punto de que el aviso de infracción lo avala el subjefe

de la Sijin del Departamento de Policía Metropolitana de Medellín, cobra fuerza la contingencia del dictamen, pues concluir si "una granada de fragmentación tipo piña" es o no arma de uso privativo de las Fuerzas Militares no era asunto a definir pericialmente, cuando existía una disposición expresa de la ley que en tal sentido lo resuelve, tal como ocurre con el artículo 10 del Decreto 1663 de 1979.

El cargo no prospera.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Penal– oído el concepto del Ministerio Público y en desacuerdo con éste, 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.

Didimo Páez Velandia, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia Martínez,

Rafael Cortés Garnica
Secretario

* * *

FALSEDAD EN DOCUMENTO

No demanda el delito de Falsedad Documental un dolo específico, ni la inclinación de la voluntad a la expresa determinación de vulnerar la fe pública.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Juan Manuel Torres Fresneda.*
Aprobada Acta No. 03.
Bogotá, D.E., enero treinta y uno (31) de mil novecientos noventa y uno (1991).

VISTOS

Conoce la Sala por vía de apelación de la resolución acusatoria proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán en contra de la doctora Fanny Victoria Cuéllar Zemanate, decisión de febrero 15 de 1990 que le atribuye la comisión de un concurso de delitos contra la fe pública cometidos durante su desempeño como Juez Promiscuo Municipal de Páez Belalcázar. Añade la decisión medida de aseguramiento de detención sin excarcelación para la imputada, en tanto cesa procedimiento en favor del también vinculado Daniel Palomino Sánchez.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

1. El 24 de mayo de 1988, la Procuraduría Regional de Popayán verificó visita especial sobre varios de los procesos adelantados por el Juzgado Promiscuo Municipal a cargo de la procesada, atendiendo queja del abogado Jaime García. Al revisar entre ellos el cuaderno de medidas previas en el ejecutivo de menor cuantía instaurado por Jesús Quintero contra Matilde Andela, halló que del legajo hacía parte un memorial presentado por el apoderado de la actora ante el Juzgado de Instrucción Criminal de La Plata (Huila), el 1º de julio de 1987 y aparentemente recibido en el Despacho visitado el siguiente día 10, lo mismo que algunas constancias, informe y autos fechados en los meses de julio, septiembre y octubre del mismo año (1987), firmados por la titular doctora Fanny Victoria Cuéllar Zemanate, mas no por su secretario, documentos que no hacían parte del expediente cuando la Personera Municipal del lugar doctora Ruby Castaño había inspeccionado el asunto por motivos diferentes en el mes de octubre de 1987, según ésta lo confirmara testimonialmente.

2. Recibido el aviso sobre la ocurrencia de los anteriores acontecimientos, el Tribunal Superior de Popayán verificó diligencias preliminares en cuyo curso aportó transcripciones auténticas de las actas de visita verificadas tanto por la Personería como por la Procuraduría, al igual que del proceso ejecutivo inspeccionado por aquéllas. Del mismo modo, escuchó los testimonios del secretario señor Adolfo Mosquera y de la escribiente Mary Yolanda Mera, elementos que halló suficientes para dar apertura a la investigación.

En curso el sumario, se vinculó mediante injurada a la doctora Cuéllar y a su ex Secretario Daniel Palomino Sánchez, agregando las pruebas que condujeron al perfeccionamiento instructivo, para, luego de subsanar algunas irregularidades observadas tras el primer cierre del sumario, producir la decisión motivo ahora de la alzada, cuya revocatoria impetran la acusada y su defensor.

3. El oportuno recaudo demostrativo sobre el cual recae el debate, permite las siguientes consideraciones:

a) El desempeño en propiedad del cargo de juez Promiscuo Municipal de Páez Belalcázar, por parte de la doctora Cuéllar Zemanate quedó acreditado a partir del 15 de septiembre de 1985 y hasta el 27 de mayo de 1988 según prueba documental debidamente allegada;

b) Pese a que la visita realizada por la Personería sobre el proceso ejecutivo en el mes de octubre de 1987 tuvo como objeto establecer si en dicho asunto existía o no título ejecutivo, la relación que sobre la actuación procesal en ella se sentó jamás aludió a la existencia de aquellas actuaciones que sin firma del secretario se hallarían luego por la Procuraduría, y que necesariamente debían ya hacer parte del expediente, dado que sus fechas provenían de tres meses antes a la realización de la inspección;

c) Mediante copia del proceso ejecutivo folio 43 –e inspección verificada sobre el mismo– folio 110, se hizo evidente que haciendo parte formal del expediente aparecían:

1. El memorial suscrito por la parte actora y presentado en La Plata el 1° de julio de 1987, con nota de recibo en el Juzgado de Páez 10 días más tarde, ostentando nota de pase al Despacho sin la firma del secretario Adolfo Mosquera.

2. Auto fechado el 10 de julio que acogiendo el anterior pedimento, decretaba el avalúo de los bienes embargados y secuestrados, designando como perito a Gabriel García Alzate, decisión firmada exclusivamente por la juez.

3. Constancia de remisión del oficio 343 de julio 20 que enteraba al perito sobre su designación carente de la firma del secretario.

4. Constancia, sin firma de la escribiente María Yolanda Mera, sobre entrega del anterior Oficio en la casa del perito designado.

5. Auto con la sola firma de la juez doctora Cuéllar, disponiendo con fecha del 20 de julio la ratificación del informe anterior, sin que aparezca la firma de María Yolanda Mera quien se anuncia en él como secretaria encargada.

6. Diligencia de ratificación de la anterior empleada, sin su firma ni la del Secretario Adolfo Mosquera.

7. Auto de septiembre 18 con la exclusiva firma de la doctora Fanny Victoria Cuéllar, señalando como fecha para la diligencia de avalúo el día 9 de octubre siguiente, y designando a Luis Rivas como nuevo perito.

8. Constancia sin fecha y sin firma de la secretaria Yolanda Mera sobre inasistencia de las partes para la práctica de la diligencia.

9. Constancia de octubre 28 sobre recibo del expediente procedente de la Personería, con la sola antefirma de la secretaria María Yolanda Mera.

10. Nuevo auto de octubre 29 con la sola firma de la juez, prorrogando en cinco días el término para la diligencia y designando nuevo perito cuyo nombre se deja en blanco, y

11. Memorial suscrito por el abogado Hernes Ariel Yule solicitando previo avalúo, el remate del bien embargado, fechado el 29 de octubre e ingresado al Despacho con informe sin rúbrica de Yolanda Mera, quien de allí en adelante autoriza con su firma como secretaria en las actuaciones que subsiguen;

d) Jorge Eladio Medina, empleado del Juzgado 14 de Instrucción Criminal con sede en Belalcázar para el año de 1987, declaró bajo juramento que desde el arribo de la doctora Cuéllar a esa localidad trabó con ella amistad, prestándole repetida colaboración en la tramitación de los asuntos de su Despacho, hasta que enterado su superior, el doctor Roberto Vidal, le prohibió continuar aquel apoyo por estimar que con ello perjudicaba la dedicación a su propio trabajo; si este hecho distanció su trato con la procesada, una observación posterior en que le cuestionaba a la doctora Fanny Victoria la forma como disponía el envío de un expediente al Juzgado de Instrucción terminó por generar su enemistad, pues la funcionaria consideró irrespetuosa su intervención y le acusó formalmente ante la Procuraduría.

Sin embargo, y refiriéndose a los hechos del debate sostuvo el testigo que cuando ese trato era de confianza, con motivo de una visita de la Personería al Juzgado Promiscuo, la acusada le había confiado que dentro del ejecutivo tenía un memorial del doctor Yule al que no se había dado impulso oportuno, por lo que había resuelto retirarlo del expediente para ocultarlo de la Visita, procediendo con posterioridad a elaborar autos y constancias que aún estaban pendientes de firma por la secretaria Yolanda Mera. Remata el testigo asegurando que enteró de esa irregularidad a la empleada de la juez, trasladando posteriormente el hecho a la Procuraduría como al abogado doctor Yule, quien citado a declarar en este proceso confirmó la cita sobre la información recibida de Medina;

e) Para que explicara la falta de sus firmas sobre las actuaciones que se tachan, rindió testimonio el ex Secretario Adolfo Mosquera, explicando que durante su permanencia en el cargo bajo las órdenes de la indagada jamás omitió ese requisito en las actuaciones a su cargo, sosteniendo que para el 10 de julio de 1987 aún prestaba sus servicios en el Juzgado de Páez, pese a lo cual no recordaba haber recibido el memorial del doctor Yule, que de haber llegado por correo, bien pudo quedar a cargo de la juez o de la empleada Yolanda Mera. Para mayor certeza añadió que a su retiro del Juzgado había revisado los distintos expedientes para colocar las firmas que pudieran estar aún pendientes, incluido el que es motivo de controversia, y tras

considerar extraño que hubiesen quedado las actuaciones que sin su rúbrica se han hallado en el ejecutivo, advirtió que una omisión involuntaria se habría limitado quizá a una pero jamás a la pluralidad de actos de que se hace cita en el sumario;

f) Mary Yolanda Mera, quien reemplazara en la Secretaría a Mosquera a su retiro del Juzgado desde el 10 de agosto de 1987, se refirió al trámite del proceso ejecutivo sosteniendo de manera enfática que los autos que sólo llevan la firma de la doctora Cuéllar como las constancias que tanto ella como Mosquera deberían haber suscrito, fueron elaboradas en fecha posterior a la realización de la visita de la Personería y por orden de la procesada, quien había retirado el memorial petitorio del doctor Yule del expediente, antes de entregarlo para su revisión oficial, hecho del cual se había enterado por voz de Jorge Eladio Medina, quien la previno sobre el riesgo que correría si llegaba a firmar actuaciones que no correspondían con el trámite cumplido;

g) Coincidiendo con las explicaciones de estos dos ex secretarios del Juzgado de Páez durante la época en que ocurrían los sucesos, las observaciones de la Personera Municipal doctora Ruby Stella Castaño explican que al revisar junto con la Visitadora de la Procuraduría el proceso ejecutivo donde se citan las irregularidades, percibió que las actuaciones con firmas incompletas aparecían en "papel diferente que se miraba allí como más nuevo, "además de que las diligencias que no habían aparecido en su revisión del mes de octubre, hacían ahora parte del expediente con folios que no coincidían en su numeración";

h) Dijo en su indagatoria la doctora Cuéllar Zemanate que su experiencia como juez la había llevado desde hacía unos cinco años como titular de los Juzgados de Jambaló, Morales y López de Micay antes de posesionarse como titular en Páez Belalcázar. Despacho éste del cual pasaría luego al Juzgado de Patía, donde finalmente se hallaba de titular.

Remitiéndose a la imputación que ameritaba su vinculación procesal, explicó que para el mes de enero de 1988 al reintegrarse de sus vacaciones, el señor Daniel Palomino, Secretario designado por el juez interino doctor Jaime García quien le hizo su reemplazo, la enteró que en el Juzgado reposaba de tiempo atrás y sin tramitación alguna un memorial suscrito por el abogado doctor Yule. Sin mirarlo siquiera, la doctora Cuéllar dispuso la anexión del escrito al proceso respectivo, viniendo a descubrir posteriormente que su orden se había cumplido pero colocando al documento la fecha del recibo y no la de su inserción, sin que hubiese ocurrido jamás y menos maliciosamente, un ocultamiento del escrito.

Impuesta a aclarar la presencia de sus firmas solitarias sobre los autos de trámite que aparecían en el proceso ejecutivo, y las evidencias que indicaban la agregación de esa actuación mucho después de las fechas que llevaban como encabezamiento, contestó que tal habría ocurrido cuando en la inminencia de su traslado al Juzgado de Patía, le había solicitado a sus empleados que le pasaran aquellos asuntos pendientes de firma, para que todas las actuaciones quedasen formalizadas, de modo que sin malicia alguna, aunque quizá sin el cuidado debido, había autorizado aquellas providencias.

La ocasión sirvió para que la doctora Fanny Victoria explicara sus relaciones con Eladio Medina a quien atribuye un marcado interés en perjudicarla, pues pese haber tenido con él amistad en un principio, su trato se había deteriorado desde el mes de agosto de 1987, cuando a raíz del retiro del señor Mosquera de la Secretaría, había rechazado la solicitud de Eladio quien aspiraba a reemplazarlo, atendiendo las previsiones que sobre su deslealtad le había hecho el doctor Vidal, funcionario para quien Medina por entonces trabajaba.

Rechazó en todo caso la procesada la afirmación según la cual de ella provenían instrucciones para la preparación de aquellos autos y constancias, sugiriendo que habría sido su último secretario el señor Palomino quien habría elaborado de buena o mala fe aquellas providencias, pasándoselas al Despacho para firma.

El segundo indagado, señor Daniel Palomino Sánchez, reconoció que su nexo con el Juzgado de Páez había ocurrido durante las vacaciones de la doctora Cuéllar, por designación que para la Secretaría le hiciera el Juez reemplazante doctor Jaime García, circunstancia que serviría para generar discrepancias con la titular, quien de manera temprana le advirtió que estaba dispuesta a reemplazarlo, pues salía de su solidaridad con el doctor García, quien al retirarse acusó a la procesada ante la Procuraduría por algunas irregularidades observadas en el recibo de indagatorias.

Contestando los cargos que le hiciera la doctora Fanny Victoria, rechazó el señor Palomino haber sido quien preparó los autos por ella firmados dentro del ejecutivo y menos la persona que los anexó al expediente, aclarando que ese proceso lo había conocido antes de su posesión en el Juzgado, durante un breve tiempo en que se desempeñó como Personero Municipal, pero sin que hubiese tenido ocasión de intervenir en su impulso durante su permanencia como secretario de la procesada.

Finalmente y refiriéndose a las excusas de la doctora Cuéllar de haber firmado las providencias tardíamente agregadas por simple inadvertencia, sostuvo que no podía creer semejante explicación ya que durante su desempeño de la Secretaría la funcionaria siempre le exigió que antes de ingresar los asuntos a Despacho debía firmarlos previamente, abriendo más bien en búsqueda de otra explicación a lo ocurrido, la posibilidad de que el antiguo empleado señor Mosquera, hubiese olvidado quizá el cumplimiento por su parte de ese requisito. En todo caso, para el indagado era absolutamente inadmisible aquella cita que se le hiciera en el sentido de haber hallado y avisado a la funcionaria la existencia del memorial del doctor Yule para el ejecutivo seguido en contra de Matilde Andela, pues si ciertamente descubrió sin trámite un pedimento del citado abogado, él refería a un proceso bien distinto, el ejecutivo de María Clementina Pardo contra Luis Antonio Parra, donde una solicitud también del doctor Yule llevaba unos dos meses sin respuesta;

i) Las excusas de los indagados obligaron a consultar sobre el comportamiento y el carácter de la doctora Cuéllar, lo mismo que con relación a su trato respecto del testigo Medina cuya enemistad acusa. Con esa mira se conocieron en el proceso respuestas bien dispare, pues mientras su colega el Juez de Instrucción doctor Roberto Vidal presentó a la procesada como persona de vida recta y trato normal y amable tanto con sus allegados como con terceros, siendo excepcional el distanciamiento y luego la enemistad manifiesta con el individuo Eladio Medina –empleado del testigo–, reconocen la Personera Doctora Castaño, el abogado Yule y el ciudadano

Jairo Ernesto Garcia un carácter irascible y fuerte en la indagada, que le ocasionaba precisamente pluralidad de fricciones dentro y fuera del ejercicio de su cargo.

Finalmente, y también para abonar el buen comportamiento anterior de la funcionaria, alusión que comparten en su mayoría los anteriores declarantes, aportó la defensa copia de la Resolución proferida por la Procuraduría dentro de las diligencias adelantadas en su contra por queja del doctor García y que concluyó aceptando los descargos presentados por la imputada.

4. Las razones que distanciaron a la doctora Cuéllar Zemanate y a su defensor de la resolución acusatoria que a la primera afecta en la decisión del Tribunal como autora de los delitos de falsedad ideológica y por ocultación en documento público, pretenden la revocación del auto impugnado, para que en su lugar se favorezca a la imputada con cesación de procedimiento, o cuando menos se decrete la reapertura sumarial.

Uno y otro sustentaron en su oportunidad el recurso de alzada con particular énfasis sobre el aspecto probatorio, sea para criticar el que hubiese el Tribunal tomado en cuenta los testimonios de quienes se acreditaban enemigos y por ende interesados antagonistas de la procesada para dar por sentado el hecho y su responsabilidad, ora para censurar la desatención a las explicaciones presentadas por la doctora Cuéllar como excusa y que conducirían a concluir la ausencia de dolo en su conducta, bien al proponer, señalándolas, las pruebas que a su juicio habían quedado pendientes de práctica, y que orientadas a demostrar la ocurrencia del hecho en circunstancias diversas, determinarían una decisión favorable a la vinculada.

Finalmente, por parte del profesional que vino a representar a la acusada en esta instancia se plantea la ocurrencia de un error por parte del Tribunal en su apreciación jurídica de los hechos, proponiendo la atipicidad de la conducta por ausencia de objeto material, pues a su juicio el memorial del abogado Yule, siendo apenas un documento privado, ni siquiera había sido agregado al expediente como para que se le pretendiera la tutela que la ley ofrece, desestimando el cargo inclusive en la hipótesis del artículo 224 del Código Penal, pues la incuria o negligencia en la agregación y trámite del documento llevaba de nuevo a la misma favorable conclusión. Como segundo argumento se propone la ausencia de dolo por parte de la funcionaria indagada, pues sus actuaciones no se inclinaban al quebranto de la fe pública ni a la búsqueda de un perjuicio o lesión de bienes jurídicos.

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal consigna en cambio en su concepto su íntegra conformidad con la decisión de primer grado, estimando jurídica la cesación de procedimiento con la cual se favoreció a Daniel Palomino en cuanto los hechos averiguados habían ocurrido antes de su desempeño en el juzgado, mientras que desestima los motivos sobre los cuales se sustentó el recurso con relación a la doctora Fanny Cuéllar, sopesando los diferentes medios probatorios allegados para concluir en que la verdad está de parte de quienes le acusan, hallando enteramente improcedentes las aportaciones sugeridas como motivo de reapertura sumarial.

Consideraciones de la Corte:

La resolución acusatoria proferida en contra de la doctora Fanny Victoria Cuéllar Zemanate cumple con las exigencias que para su proferimiento entraña el artículo 470 del Código de Procedimiento Penal, por los delitos que le atribuye la decisión impugnada del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán.

Así ocurre cuando en demérito de los argumentos defensivos que se inclinan por una deficiente aportación o incorrecta apreciación de las pruebas, apoyando y aún sobrepasando las afirmaciones testimoniales de los criticados declarantes, la sola comparación de las actas de visita verificadas por la Personería de Belalcázar primero y la Procuraduría de Popayán más tarde demuestra que a la doctora Stella Castaño, encargada de la primera revisión, no le fue entregado con el expediente del proceso ejecutivo de Jesús Quintero contra Matilde Andela, el memorial en que el abogado demandante solicitaba el avalúo, como tampoco la actuación para su trámite impulsada y que sin firmas de los entonces secretarios se halló con la segunda visita.

Este hecho quedó con tal fuerza acreditado que ni siquiera la procesada lo rechaza, prefiriendo explicarlo como consecuencia de su negligencia o apresuramiento al imponer las firmas, y con el solo propósito dejar formalizados todos los procesos a su cargo al hacer dejación de Juzgado de Páez. Siendo ello así, en nada aprovecharía para su contradicción saber si llegó a elaborar el Oficio 343 para enterar de su nombramiento al primer perito supuestamente designado, menos establecer si la comunicación llegó a sus manos o someter a una pericia los folios del expediente para corroborar la diferencia cronológica de su aportación, como pruebas en que insiste la defensa, pero ni siquiera de recibo la preferencia de la excusa de la indagada frente a las versiones testimoniales allegadas, pues así provengan éstas, en parte, de personas que admiten distanciamiento y hasta enemistad con la doctora Fanny Victoria, es lo cierto que su injurada no halló el apoyo que la haga prevalecer sobre los dichos de quienes acusan.

Si se trata de los testimonios del empleado Eladio Medina y los ex secretarios Adolfo Mosquera, Yolanda Mera y David Palomino, tiénese que aún prescindiendo de sus versiones persistiría la demostración de los hechos, tanto surgida de la prueba documental y la inspección sobre el proceso ejecutivo, como de la confesión de la doctora Cuéllar Zemanate, que de modo invariable admite la agregación de los autos avalados con su sola firma al cuaderno de medidas previas, meses después de la supuesta realización del trámite en ellos contenido. Pero si se consultan, como procede, esos asertos, conociendo por voces de terceros que no eran los subalternos las únicas personas respecto de quienes tenía la funcionaria discrepancias gracias a la reconocida brusquedad de su trato, cabe en cambio resaltar que se trataba de quienes por su vinculación inmediata con la funcionaria y con los hechos, estaban en la mejor oportunidad de percibirlos, sin que resulten en verdad de fondo aquellas contradicciones que los impugnantes citan.

Muy por el contrario, son las versiones que reprocha la defensa las que ofrecen una clara secuencia entre las manifestaciones de quienes se sucedieron en la Secretaría del Juzgado, sin que se hayan descubierto nexos que les liguen hacia un interés proclive compartido, conociéndose de ellas que Mosquera ni siquiera se enteró del recibo del memorial, llegado al Juzgado cuando el declarante se aproximaba al uso de

sus vacaciones seguido de su definitivo retiro por pensión; que en su lugar Yolanda Mera aceptó haber elaborado los autos y constancias que también por orden de su superior luego agregaría al expediente ya concluida en octubre la visita de la Personería, por lo que llegó a omitir su firma como respaldo de hechos que no habían sucedido, y que Daniel Palomino, nombrado cuando la actuación irregular se había surtido, ni siquiera tuvo intervención en el ejecutivo, que en realidad ninguna gestión registra durante su desempeño.

Frente a la concordancia de esa secuencia informativa, el dicho de la indagada desmerece crédito, si fundada la doctora Cuéllar en la afirmación de que la existencia del memorial se le enteró apenas en el mes de enero de 1988 por comunicación de su secretario Palomino Sánchez, sin haber tenido siquiera el escrito a la vista, deja con ella sin oposición la aclaración del coprocesado cuando advierte que siendo cierto el hallazgo de un memorial sin trámite, suscrito por el abogado Yule, no se trataba de la solicitud de avalúo de julio 1° de 1987, sino de escrito destinado a otras diligencias en que el profesional intervenía, haciéndose todavía más inasible y deleznable la excusa de incuria y ligereza de la procesada al autorizar con su firma actuaciones no cumplidas, porque dada su ostensible ilegalidad, ni siquiera las firmó su subalterna Yolanda Mera, pese a su menor ilustración jurídica frente a la capacitación universitaria y la experiencia laboral especializada de la juez.

Si la oportunidad y los medios estaban a disposición de la imputada para la comisión de los hechos en debate, el círculo indiciario se cierra en su contra al radicar sólo en ella el motivo determinante de la acción, como que con ocultar primero el escrito petitorio, y proceder en seguida a la inserción tardía de unas providencias que no correspondían con actuación cumplida, procuraba evitar la doctora Cuéllar Zemanate la virtual operancia de un proceso disciplinario en su contra por la tardanza en el trámite de la solicitud del demandante, clara muestra del malicioso y consciente interés de transgredir la ley que le asistía.

Ese actuar a sabiendas que devela su malicia, desarticula el final alegato defensivo en que cuestionando la intencionalidad de la conducta, se llega hasta sostenerla como inocua, pues no demanda el delito de falsedad documental un dolo específico ni la inclinación de la voluntad a la expresa determinación de vulnerar la fe pública, bastando aquella consciente y voluntaria inclinación a la realización del hecho punible, sin que exija siquiera su consumación la ocurrencia de un efectivo daño material, pues basta la efectiva amenaza al bien jurídico, entendido como la confianza de la colectividad en ciertos medios de prueba, en este caso aquellos que surgen o se autorizan por las actuaciones judiciales.

Ahora bien: como se objeta por el representante de la acusada la naturaleza jurídica del documento inicialmente ocultado, para con ello discutir la existencia de objeto material, conviene destacar para respuesta de su planteamiento, que si bien el signatario del escrito era un particular, se había incorporado a él una primera actuación judicial (certificación del juzgado de La Plata), que daba fe de su presentación personal y fecha del pedimento, pero ante todo, se trataba de un memorial que había ingresado materialmente al Juzgado como su hallazgo posterior, allí lo devela, obligando por ello a los funcionarios su trámite y custodia, sin que se pueda interpretar aquella "mutilación" del expediente o "retiro" del escrito de que hablan los testigos, sino

como la material e irregular segregación del pedimento de los autos donde aparecía, resultando inexplicable el que en lugar de haber dejado sobre éel ese memorial veraces constancias de su tardío hallazgo, procurando la consecuente averiguación disciplinaria contra el subalterno responsable, hubiese optado la procesada por ocultar esa demora a través de la sustracción del documento a la vista de la Personera, violando con ello el artículo 223 del Código Penal, y complementando luego su actuación en concurso de hechos punibles, mediante la creación de providencias que desfigurando la realidad, hacían de ella una presentación distorsionada con infidelidad hacia la prueba documental (artículo 219 del Código Penal).

En suma, pues, la acusación respecto de la procesada doctora Fanny Victoria Cuéllar se confirmará íntegramente, y con ella la medida de aseguramiento de detención preventiva con que el Tribunal la afecta, por ceñirse a la par a las exigencias normativas que la sustentan, sin que, como allí también se dice, asista derecho a la implicada a la libertad provisional. Se hace apenas de rigor el aclarar que la efectividad de la medida de aseguramiento no depende de informe previo que rinda la Dirección de Prisiones sobre el lugar en que ha de ser recluido el funcionario, como requisito de aplicación del artículo 426 del Código de Procedimiento Penal, bastando apenas el enterar a esas dependencias sobre la operancia de aquella previsión normativa, pues nada autoriza el supeditar la suspensión de la funcionaria en su cargo ni la efectividad de la detención, a una respuesta como la que prevé el ordinal cuarto del auto calificatorio que como consecuencia se impone revocar.

La desvinculación definitiva que el auto recurrido trae para el procesado Daniel Palomino encuentra a su vez el suficiente respaldo tanto fáctico como jurídico que frente a las exigencias de la ley demanda la medida, dado que el procesado jamás se halló para la época de ocultamiento del escrito petitorio como para la creación y adjudicación de las providencias ideológicamente falsas que con exclusividad suscribió la doctora Cuéllar Zemanate, vinculado con el Juzgado de Páez Belalcázar, ni participó en modo alguno de aquellas actuaciones, lo que hace concluir en la ratificación de su desvinculación por parte de la Sala.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Penal, oído el concepto del Ministerio Público y de acuerdo con él,

RESUELVE:

CONFIRMAR la decisión calificatoria motivo de la alzada, excepto el ordinal cuarto de la parte resolutiva que en efecto se revoca para que en su lugar se dé cumplimiento inmediato a la medida de aseguramiento de detención en contra de la procesada doctora Fanny Victoria Cuéllar Zemanate, dentro de las condiciones previstas en los artículos 423 y 426 del Código de Procedimiento Penal.

Devuélvase el expediente al Tribunal de procedencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Valencia M., Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dulima Páez Velandia.

Rafael Cortés Garnica,
Secretario

Demanda de casación — Técnica

¡Hay fallas de técnica que hacen imposible desentrañar cuál es el ataque formulado.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Edgar Saavedra Rojas.*
Aprobada Acta número 007 de febrero 6 de 1991.
Bogotá, seis (6) de febrero de mil novecientos noventa y uno (1991)

Vistos

El día primero de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve el Juzgado Treinta Superior de Bogotá, condenó al señor José Nemesio Roa León a la pena principal de quince años de prisión como autor responsable de los delitos de homicidio y lesiones personales, en concurso.

Apelada que fuera esta decisión, el Tribunal Superior de Bogotá profirió fallo de segundo grado el día seis (6) de marzo de mil novecientos noventa, a través del cual confirmó en todas sus partes la sentencia apelada.

Interpuesto oportunamente el recurso extraordinario de casación y luego de admitido por la Corte, se presentó la demanda correspondiente que fue declarada ajustada a las previsiones de ley mediante proveído calendado el veintisiete de septiembre de mil novecientos noventa.

Luego de escuchar la opinión del Procurador Delegado en lo Penal, corresponde a la Sala decidir la impugnación extraordinaria, a lo que procede luego de hacer un recuento de los siguientes

Hechos

El día veintisiete de agosto de mil novecientos ochenta y ocho, en una tienda ubicada en el barrio Jerusalén, al sur de esta ciudad capital, se encontraban tomando cerveza cerca de quince trabajadores de la empresa constructora Finski, quienes además se dedicaban a narrar chistes para su entretención.

Hasta el establecimiento mencionado llegó el señor José Nemesio Roa León, por entonces empleado de la firma Prosantana, quien también se dedicó a ingerir cerveza, pero sin integrarse al grupo de trabajadores mencionados.

Hacia las siete de la noche, y luego de haber sido ultrajado de palabra según lo afirmó el inculpado, salió éste a contestar una llamada telefónica en el aparato mensajero que prestaba servicio al barrio y detrás de él salieron algunos de los empleados de Pinski. Ya fuera del establecimiento, de donde según se afirma Roa León salió diciendo que acabaría con todos los de Pinski, el procesado disparó una escopeta marca Ruger calibre 16 que tenía debajo de su ruana, causando la muerte de Gustavo de Jesús Correa Maldonado.

Posteriormente y portando arma blanca, agredió el mismo inculpado a José René Valero Gutiérrez, a quien produjo heridas y posteriormente la muerte. Los demás obreros del grupo reaccionaron ante la primera agresión a Roa, y algunos armados con botellas rotas lo atacaron y le produjeron una lesión en su mano, pero el mismo procesado infligió lesiones a otros tres obreros, con arma blanca.

Roa León fue desarmado por un vecino del barrio que por allí pasaba y se refugió en su casa de habitación, en donde después fue capturado por la Policía.

Actuación procesal

Las primeras diligencias investigativas fueron practicadas por el Juzgado Noventa y Ocho de Instrucción Criminal Permanente, el cual dictó auto cabeza de proceso el día veintisiete de agosto de mil novecientos ochenta y ocho. La actuación pasó luego al Juzgado Noventa y Cuatro de Instrucción Criminal radicado en la capital, que se encargó de adelantar la etapa sumarial y dentro de ella, luego de escuchado en indagatoria el procesado, dictó en su contra auto de detención el día cinco de septiembre siguiente, como sindicado de los delitos de homicidio y lesiones personales.

Luego de recogida abundante prueba testimonial y pericial, se declaró cerrada la investigación el día veintiuno de octubre de mil novecientos ochenta y ocho, y se procedió a la calificación del mérito del sumario, lo que se hizo con resolución de acusación por los delitos de homicidio y lesiones personales, en proveído que lleva fecha del veinticinco de noviembre de los mismos mes y año.

Pasaron así las diligencias al conocimiento del Juzgado Treinta Superior de Bogotá, que declaró ajustada a la legalidad la etapa sumarial en auto del doce de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho.

Agotadas las diligencias propias del juicio, se dictó la sentencia condenatoria.

La demanda de casación

Un solo cargo se dirigió contra el fallo de segunda instancia, al amparo de la causal primera de casación, al considerar el libelista que se violó la ley sustancial "por infracción directa proveniente de apreciación errónea incurriendo el *ad quem* en

error de derecho, así prescindir de decretar una prueba (sic)". Estimó infringidas las normas 30 y 60 del Código Penal.

En el acápite dedicado a los fundamentos de la causal, el censor comienza por afirmar que se apreciaron erróneamente las pruebas demostrativas del exceso en legítima defensa con que actuó el procesado, a la par que se omitió la práctica de medios de convicción que corroboraran alguna de las afirmaciones del incriminado.

Insistiendo en que se apreciaron erróneamente los medios de convicción, dijo el demandante que el juzgador incurrió en error de hecho por falso juicio de identidad (lo que no denominó así) al haber tergiversado los medios de convicción para hacerlos decir que el procesado fue quien inició y provocó los hechos que concluyeron en los atentados contra la vida y la integridad personal, circunstancia equivocada desde el punto de vista del demandante.

Más adelante argumenta que los falladores interpretaron erróneamente "la sana crítica del testimonio y las cualidades que debe reunir éste", para resaltar que Roa León no inició la agresión, sino que fue perseguido por los contertulios que prestaban sus servicios a la firma Pinski, con lo que en definitiva el incriminado actuó en estado de ira.

Continuó el libelista diciendo que está demostrado en el plenario que su patrocinado emprendió la huida ante la agresión de que fuera víctima, "porque temía por su vida, por su integridad física que sentía gravemente amenazada, de un peligro real e inminente, no ocasionado por su voluntad", pruebas que sin embargo "no fueron tenidas en cuenta por los falladores y además erróneamente interpretadas".

El concepto del Ministerio Público

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal es de la opinión que no se case el fallo. Destacó las imprecisiones técnicas que ostenta la demanda, en la que al amparo de la causal primera se llega a caer en alegaciones de la existencia de motivos de nulidad, a más que ella se presenta confusa.

Dijo el Delegado que "la sola enunciación de la causal invocada demuestra las flaquezas del ataque. Encuadra la modalidad de la violación de la ley sustancial en la vía indirecta, en el sentido de apreciación errónea, por error de derecho. Por principio, este sentido, falso juicio de identidad, corresponde al error de hecho".

Sostiene así mismo el colaborador fiscal que la demanda no debe prosperar si se analiza que, bajo el motivo primero de casación, el libelista censura la sentencia por la omisión de pruebas que se han debido practicar, circunstancia ésta propia de la nulidad por violación de las normas propias del juicio o del derecho a la defensa, para terminar resaltando cómo surge una contradicción más en el libelo al invocarse como normas sustanciales infringidas el contenido de los artículos 30 y 60 del Código Penal, las cuales consagran figuras incompatibles entre sí.

Consideraciones de la Sala

Ciertamente que son muchas las fallas técnicas de la demanda, las que hacen inviable el ataque en ella formulado. El primer yerro, ya de por sí suficiente para el

rechazo de las pretensiones del impugnante, consiste en la invocación que hace de la causal primera, como fundamento de una censura que nada tiene que ver con ella, pues la omisión en la práctica de las pruebas no puede entenderse jamás como violación indirecta de la ley sustancial sino como posible motivo de anulación del proceso, pues evidentemente no se lesiona con este motivo la ley que se aplicó para resolver el caso, sino que se trataría de uno de los llamados vicios in procedendo, *a través de los cuales se puede menoscabar la estructura misma de la actuación procesal.*

A más de lo anterior, debe resaltarse cómo el demandante en el planteamiento de su censura afirma que se produjo violación indirecta de la ley por error de derecho, pese a lo cual en los fundamentos de la causal acude a mezclar antitécnicamente argumentos atinentes al motivo alegado, con otros referentes a falsos juicios de existencia sobre el material probatorio, planteamientos que impiden establecer con precisión cuál es, en definitiva, el cargo formulado contra la sentencia.

Mayor perplejidad surge cuando en el escrito, que pretende responder a las exigencias técnicas de una demanda de casación sin lograrlo, se afirma que algunas de las pruebas "no fueron tenidas en cuenta por los falladores y además erróneamente interpretadas" (subrayó la Sala), pues sin advertirlo el defensor acude a dos argumentaciones excluyentes, al aseverar que los medios de convicción fueron ignorados y sobre ellos mismos sostener que fueron evaluados equivocadamente. No responde este argumento a lógica alguna, pues cada uno de tales vicios achacados a la sentencia hace imposible la existencia del otro. Sólo se puede incurrir en interpretación errónea de una prueba cuando ella ha sido estimada por el sentenciador; si la misma fue desconocida, esto es, no fue tenida en cuenta en el fallo, imposible resulta que recaiga sobre ella un falso juicio de convicción.

Razón le asiste al Delegado cuando reseña éstas y otras protuberantes fallas de técnica, las cuales hacen imposible que la Sala logre siquiera desentrañar cuál es el ataque formulado, más si se tiene en cuenta que además, bajo la misma causal y sin sustento argumentativo de ninguna naturaleza, se llega a afirmar la existencia de vicios in procedendo.

Debe hacerse notar, además, que el demandante al parecer confunde la justificante de la legítima defensa con la del estado de necesidad, pues si bien su argumento inicial es la no aplicación del contenido del artículo 30 del Código Penal en cuanto se desconoció por los juzgadores la existencia de un exceso en la legítima defensa, en su demostración el libelista se refiere no a dicha figura como causal de justificación, sino al estado de necesidad, afirmando que la conducta del procesado se torna jurídica en la medida en que su vida estaba "gravemente amenazada, de un peligro real e inminente, no ocasionado por su voluntad", planteamiento en el que acude a la fórmula del numeral 5° del artículo 29 del Código Penal (Estado de Necesidad).

Una demanda con tales imprecisiones y contradicciones, no responde siquiera a las exigencias de un alegato de instancia y hace imprósperа la censura.

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.

Dídimo Páez Velandia, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengos, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael Cortés Garnica
Secretario

* * *

DEMANDA DE CASACIÓN — Requisitos

Con la impugnación en casación se pretende demostrar la ilegalidad del fallo.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel.*
Aprobada Acta número 007 de febrero 6 de 1991.
Bogotá, D.E., siete (7) de febrero de mil novecientos noventa y uno (1991).

VISTOS

Se resolverá sobre la admisibilidad de la demanda de casación presentada por el defensor del procesado Eleázar Martínez Serrano, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, mediante la cual confirmó la dictada por el Juzgado Cuarto Superior de la misma ciudad, imponiendo al enjuiciado medida de seguridad de internamiento en establecimiento psiquiátrico de carácter oficial, durante un término mínimo de dos (2) años, como autor de homicidio.

I. LA DEMANDA

El defensor invoca la causal primera de casación y formula un cargo de violación directa de la ley sustancial por interpretación errónea del artículo 94 del Código Penal.

La sustentación parte de la afirmación de que la enfermedad sufrida por Eleázar Martínez es "una epilepsia granial con una alteración mental permanente que no desaparece y que sólo puede llegar a controlarse a traves (sic) de medicamentos"; por lo tanto es absurdo que se condene a una persona a que se restablezca psíquicamente cuando padece este tipo de enfermedad.

Y agrega: "No debe exigirsele (sic) o condenarsele (sic) a una persona permanecer en un establecimiento siquiatrico (sic) cuando éste a ciencia cierta no le puede ofrecer una cura total y ya le ha dado todo lo que se encontraba a su alcance como lo

es el control de la enfermedad que padece, atraves (sic) de drogas recetadas para el caso".

Admite que la norma cuestionada no está condenando a las personas a cadena perpetua, porque el juez tiene el control permanente de la situación por los informes que se le presentan, teniendo la facultad de levantar la medida, pero sometido al artículo 94 en el sentido de que no puede ser antes de dos años y sobre la base de que la persona se encuentre psíquicamente restablecida.

Pide que se humanice la interpretación de la norma y cita la opinión de un autor al respecto, la cual comparte plenamente.

Finalmente, insiste en que "se haga una interpretación diferente de la exegética del artículo 94 del C. P. con el fin de que ésta sea una interpretación mas (sic) acorde con la realidad y evitar una injusticia, como lo seria (sic) una condena de cadena perpetua, para una persona que no tiene conciencia ni culpa alguna en su actuar y que no podrá encontrar la cura, que tanto desea para su mal, sólo se le dará tratamiento para controlar su enfermedad, con el fin de que no le cause mayores males a sus congeneres (sic) y de pronto así mismo, porque aunque la ciencia haya avanzado mucho, no lo ha hecho lo suficiente como para hallar la cura requerida".

Consideraciones de la Sala

El demandante acusa la sentencia por violación directa de la ley, debido a interpretación errónea del artículo 94 del Código Penal, pero incurre en las siguientes fallas:

a) Considera que el artículo fue interpretado erróneamente, pero no precisa en qué parte de la sentencia ni en qué consistió el error, simplemente pide que cuando se le vaya a interpretar, se haga de una manera diferente de la exegética;

b) Impugna una supuesta interpretación que no contiene la sentencia, ya que el Tribunal simplemente confirmó la imposición de la medida de seguridad prevista en la ley para casos como el del procesado, y manifestó su acuerdo con la interpretación teleológica recomendada por el defensor, advirtiendo sobre el momento oportuno para hacerlo textualmente dice:

"No resulta cierto que la medida de seguridad para los inimputables incursos en el artículo 94 del Código Penal y aun del 95 idem, *sea irredimible porque el legislador, previendo que la garantía jurídica pudiera desdibujarse, instituyó el artículo 99* Ibidem *autorizando al juzgador para sustituir la medida de seguridad por otra más adecuada con la personalidad del sujeto y la eficacia de la medida; pero nótese cómo (sic) esta atribución sólo puede tomarse* durante la ejecución de la medida, *lo que significa que el Consejo del Instituto donde se halle internado el procesado a juicio de los médicos y lo observado por dicho Consejo en cuanto al comportamiento del inimputable podrán solicitar al juez la aplicación del artículo 99 citado, pues si el afectado no ofrece para ese entonces un peligro social y se observa que puede adaptarse al medio en que vivía, nada impide que se le dé la interpretación teleológica y social que aboga la defensa";*

c) El censor admite que el artículo en mención no está condenando a las personas a cadena perpetua, porque el juez tiene el control de la situación, para luego afirmar que con la petición que hace pretende evitar una condena a cadena perpetua, lo que no deja ninguna duda de que está demandando un hecho futuro e incierto, consistente en la posibilidad que llegado el momento el juez niegue la suspensión de la medida de seguridad hasta que el inimputable no esté curado totalmente, inquietud ajena a este extraordinario recurso;

d) Con la impugnación en casación se pretende demostrar la ilegalidad del fallo, razón por la cual es indispensable establecer una relación directa entre el error cometido y la decisión, de tal manera que si éste no hubiera existido la determinación habría sido otra. Este requisito no se puede cumplir si la demanda no precisa la existencia de un error trascendental, como en este caso, en el que se limita a unos comentarios propios de la instancia, tal vez útiles para motivar la solicitud de suspender la medida cuando llegue la oportunidad, pero no aptos para fundamentar el recurso interpuesto;

e) Consecuente con las irregularidades anotadas, el demandante no formula petición concreta que modifique la sentencia, ni sugiere cuál podría ser el fallo de reemplazo.

Las observaciones anteriores son suficientes para concluir que la demanda se debe rechazar in limine, *por no reunir los requisitos previstos en los numerales 3 y 4 del artículo 224 del C. de P.P.*

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

Resuelve:

Rechazar la demanda de casación presentada por el defensor del procesado Eleázar Martínez Serrano y declarar desierto el recurso interpuesto.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Dídimo Páez Velandia, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael Cortés Garnica
Secretario

* * *

TESTIMONIO – Identificación / INEXISTENCIA

La exhibición de la cédula de ciudadanía del testigo no es requisito esencial del testimonio y la falta de identificación, en esa forma, no torna inexistente la declaración.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Guillermo Duque Ruiz.*
Aprobada Acta número 07 de febrero 6/91.
Bogotá, D.E., febrero doce (12) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Conoce la Sala del recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 14 de diciembre de 1989, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali condenó a Henry Jaramillo Vánlez a diez (10) años de prisión por el delito de homicidio.

ANTECEDENTES

Los hechos materia del proceso los resume fielmente la Delegada de la siguiente manera:

"El día 10 de febrero de 1988, el Juzgado Cuarto de Instrucción Criminal Permanente de Cali practicó diligencia de levantamiento del cadáver de Jesús Efrén Vastos, quien falleciera como consecuencia de heridas múltiples causadas por proyectiles de arma de fuego. Del homicidio resultó sindicado Henry Jaramillo Vánlez, con base en el testimonio de Marisel Sáenz Hoyos, quien relató los hechos por haberlos presenciado, ya que se encontraba en compañía del occiso en el momento de su ocurrencia".

Las primeras diligencias fueron practicadas por el Juzgado en mención, pasando luego el expediente al Juzgado Segundo de Instrucción Criminal Radicado en Cali, que, una vez capturado el sindicado Jaramillo Vánlez, dictó en su contra auto de detención y luego calificó el sumario con resolución de acusación por el delito de homicidio simple previsto en el artículo 323 del Código Penal, auto que confirmó el

Tribunal mediante el suyo de 25 de abril de 1989 (fls. 187 y ss.), salvando el voto la Magistrada Fabiola Borrero de Campo, por estimar que el testimonio único de cargo, el rendido por Marisel Sáenz Hoyos, no merecía credibilidad suficiente para sustentar una acusación.

El Juzgado Segundo Superior de Cali, luego de ejercer el control de legalidad del proceso, llevó adelante la causa y el 14 de octubre de 1989 profirió sentencia por medio de la cual condenó al acusado a la pena principal de 10 años de prisión, a las accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas y suspensión de la patria potestad, por el delito de homicidio. Igualmente lo condenó a pagar 30 gramos oro por perjuicios materiales y un equivalente a 20 gramos oro por concepto de los de orden moral, negando la condena de ejecución condicional (fls. 288 y ss.).

Apelado el fallo por el defensor, el Tribunal lo confirmó con la modificación de fijar en $5.060.599,00 el monto de los perjuicios materiales, decisión ésta de segunda instancia contra la cual interpuso recurso extraordinario de casación el representante judicial de Jaramillo Vánlez.

La demanda, concepto de la delegada y consideraciones de la Corte

1. Invoca el actor el cuerpo segundo del numeral primero del artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, sobre la base de que el Tribunal incurrió en error de derecho al tener en cuenta el testimonio de Marisel Sáenz Hoyos, "no obstante que sin haber sido identificada en legal forma mediante la exhibición de su cédula de ciudadanía laminada, tal como lo exige la Ley 39 de 1961, artículo 1°, modificada por la Ley 27 de octubre 26 de 1977, le ha dado credibilidad", y agrega que ha debido aplicarse, "por integración" (art. 12 del C. de P P.) el artículo 227 del Código de Procedimiento Civil, el cual trae como requisito indispensable el de identificación del testigo.

Sostiene que en tales condiciones, y a tenor del artículo 310 del Código de Procedimiento Penal, ese testimonio es inexistente, por lo cual estima que "el Tribunal sentenciador violó el artículo 323 del Código Penal, que sanciona el delito de homicidio, por aplicación indebida, pues equivocadamente le dio valor probatorio al testimonio de Marisel Sáenz Hoyos, de acuerdo con lo alegado y demostrado en el proceso, ya que no existe prueba que permita la aplicación del citado artículo. Al otorgar el Tribunal valor probatorio pleno a esa actuación procesal irregularmente producida y allegada al plenario por omisión de las formalidades esenciales prescritas en las normas vigentes, se presentó error de derecho que debe ser enmendado por esa superioridad".

Pide, pues, que se case el fallo y se dicte el absolutorio de reemplazo.

2. El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal empieza diciendo que aquí no se debe acudir al principio de integración, porque el Código de Procedimiento Penal en su artículo 295 regula lo concerniente a la recepción del testimonio, y allí no aparece "como esencial la identificación nominal del testigo", y glosa que entre la tradicional distinción que se hace de identidad nominal e identidad física, "prima

esta última, de manera que si existe certeza sobre la existencia del testigo, su habilidad para declarar y la concordancia con la persona que está dando declaración, deja de ser esencial el requisito formal de la identificación mediante documento legal", y finaliza la Delegada:

"No tendría sentido paralizar o festinar investigaciones penales en las que la práctica ha señalado que se requiere inmediatez en el recaudo probatorio, cuando se conoce a un testigo presencial, se le conduce ante el funcionario competente y se le recibe declaración, pero luego se predica su inexistencia por el hecho de no portar en el momento su cédula de ciudadanía. Cumple su deber el juez que recauda inmediatamente la prueba, sin dilaciones, sin dar ocasión a que el testigo se pierda o sea influido por factores externos a su directa percepción.

"Desde el punto de vista sustancial, el proceso examinado se desprende inequívocamente la existencia de la testigo Marisel Sáenz Hoyos, ésta demostrando su presencia en el lugar de los hechos y es patente que se trata de la misma persona que el mismo día en que ocurrieron dio su versión ante el funcionario instructor, aspectos que el demandante no discute ni cuestiona. Contra la evidencia de estas circunstancias, no son válidas las alegaciones del recurrente, de manera que no erige el error de derecho pretendido".

Solicita, así, la no casación del fallo.

3. En verdad, *para la Sala es claro que el hecho de que en la declaración que rindió la testigo Marisel Sáenz Hoyos el mismo día de los hechos en el Juzgado Cuarto de Instrucción Criminal Permanente de Cali (fls. 6 y ss.), no figure ella identificada mediante la exhibición de su cédula de ciudadanía, es una circunstancia que ni le quita ni le resta validez a tal medio probatorio que sirvió de fundamento a la condena.*

Pero es que ni siquiera se observa que tal situación (que pretende el casacionista revestir con aptitud suficiente para quebrar el fallo) se haya debido a negligencia del funcionario instructor; lo que simplemente ocurrió fue que la testigo Sáenz Hoyos dijo expresamente no portar en ese momento la cédula y no recordar su número.

No dice en ninguna parte el Código de Procedimiento Penal que el testigo deba ser identificado con su cédula de ciudadanía, ni menos que deba serlo exclusivamente con ese documento, y, por consiguiente, tampoco establece por parte alguna que si no se identifica de esa forma al testigo, la declaración de éste se torne inexistente, como lo sugiere el censor. La inexistencia tiene que estar concreta y explícitamente reglada para cada caso, y su procedencia o improcedencia resulta de un cotejo de la actuación respectiva con los requisitos de su esencia: "Cuando no se observen las formalidades esenciales para la validez de un acto procesal, el funcionario lo desestimará", dice el artículo 310 del Código de Procedimiento Penal al tratar sobre la "inexistencia del acto procesal".

De otro lado, como lo observa la Delegada, el Código de Procedimiento Penal regula este punto en forma autónoma y completa, sin que por lo mismo sea dable recurrir al principio de "integración" previsto en el artículo 12 del Código de Procedimiento Penal. El propio objetivo de la averiguación penal impide que en aspectos de tanta trascendencia como la recolección de pruebas, se aplique el Código de

Procedimiento Civil. No cabe ni pensar que un juez penal no pueda escuchar a un testigo necesario a la investigación por el solo hecho de que no tenga éste cédula de ciudadanía, o no la porte en el momento de rendir su testimonio. No; el juez dispone de muchos otros medios para hacer viable la identificación (física, real) del testigo. En este caso, por ejemplo, no hay duda de la identidad de la testigo Marisel Sáenz, tópico respecto del cual se lee en el acta que recoge su declaración:

"Mis nombres y apellidos concretos son Marisel Sáenz Hoyos, natural de Cali-Valle, tengo 19 años de edad, pues nací el 24 de diciembre del año de 1968, soltera, soy estudiante del colegio 'Saavedra Galindo' de esta ciudad, tengo cédula de ciudadanía pero de momento no la porto, ni tengo presente el número, resido en la calle 19 No. 13A-11 del barrio 'Sucre', alfabeta y sin generales de ley para declarar en este asunto" (fl. 6).

En síntesis, como la exhibición de la cédula de ciudadanía del testigo no es requisito esencial del testimonio, el aquí rendido por Marisel Sáenz Hoyos *conserva por ese aspecto toda su validez, condiciones en las cuales es obvio que el cargo propuesto no está llamado a salir adelante.*

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.

Dúlimo Páez Velandia, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Lemel Olivar Bonilla, (conjuez).

Rafael Cortés Garnica
Secretario

* * *

Prevaricato / Abuso de función pública

Hay prevaricato y no abuso de función pública, cuando la providencia emitida sea manifiestamente ilegal aunque haya habido extralimitación de funciones.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Dídimo Páez Velandia.*
Aprobada Acta número 09.
Bogotá D.E., febrero trece (13) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Vistos

Desata la Corte la apelación interpuesta contra la providencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena por medio de la cual no se accedió a decretar una nulidad pedida.

Antecedentes inmediatos

El doctor Julio Alberto Padaui Meola, ex juez 5º de Instrucción Criminal de Magangué fue llamado a responder en juicio por un concurso de delitos de prevaricato activo, prevaricato omisivo y abuso de autoridad por los siguientes hechos:

a) Haber dictado providencia autocomisionándose para trasladarse a un lugar diferente de su jurisdicción; iniciar investigación y destruir un estupefaciente incautado;

b) Haber dictado auto ordenando libertad incondicional de los dos procesados comprometidos en el hecho sin que existiera mérito para ello;

c) Haber omitido denunciar irregularidades cometidas por miembros de la Armada Nacional en el operativo, y

d) No haber ordenado el decomiso de las embarcaciones donde se transportaba el estupefaciente decomisado.

Varios años después, se solicita nulidad por errónea calificación. Concretamente, por considerar que el prevaricato por acción consistente en haber asumido una

investigación que no le correspondía, no es prevaricato sino delito de abuso de funciones referido en el artículo 162 del C.P. El Tribunal niega la nulidad y como es recurrida la decisión en apelación, concede el recurso.

ALEGACIONES DE LAS PARTES

Unicamente alegó en la instancia el señor Procurador Segundo Delegado quien es partidario de la confirmación del proveído impugnado, pues a juzgar por la legislación vigente para el momento de los hechos, el Director de Instrucción Criminal de Bolívar era quien podía comisionar a un juez que estuviese adelantando el sumario, pero en el caso presente ni siquiera había proceso cuando el juez se comisionó a sí mismo, lo cual es decisión manifiestamente contraria a la ley y no abuso de función pública, por cuanto este delito se da al ejecutar un acto atribuido a otro que pueda llevarlo a cabo legalmente; y el Director de Instrucción, en ese caso, no podía dar la comisión pues no se estaba adelantando ninguna investigación.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

El punto de discrepancia, objeto de impugnación, es si la imputación consistente en autocomisionarse para asumir una competencia que por razones territoriales no le pertenecía, constituye el delito de abuso de función pública tipificado en el artículo 162 del C.P. o el de Prevaricato por acción referido en el 149 ibidem.

En el servicio público constituye regla fundamental el principio de solamente poder hacer lo permitido por la ley; para saber qué es lo que permite la ley ha de acudirse necesariamente a la competencia. La Constitución, en su artículo 63, exige que el crearse un cargo oficial debe asignársele funciones detalladas, y en el artículo 20, responsabiliza al funcionario no sólo por quebrantamiento de la Carta y de las leyes, sino específicamente 'por extralimitación de funciones'.

El legislador ha desarrollado estos principios penalmente en varias disposiciones o tipos penales, uno de ellos es el denominado 'abuso de función pública' (art. 162 C.P.) que se da cuando un funcionario público prevalido de su cargo, con conocimiento y voluntad asume una función que la ley dio o asignó a otro. Es un precepto que garantiza las competencias diversas que se imponen por la división de funciones en la administración pública, evitando con ello el desorden y la irresponsabilidad.

Modernamente, las leyes procesales de orden penal para mayor efectividad del derecho material en procura de pronta y cumplida justicia consagran las denominadas 'prórrogas de jurisdicción', permitiendo al juez penal tomar decisiones que por su propia naturaleza pertenecen a otras jurisdicciones, como serían por ejemplo, aquellas encaminadas al restablecimiento del derecho a la cancelación de registros que hayan tenido como base un título falso, etc.

En relación con el factor territorial de competencia, ha creado oficinas administrativas nacionales y seccionales (Direcciones de Instrucción Criminal) con miras a morigerar el principio rígidamente señalado en la Constitución. Puede, entonces, el Director Nacional comisionar a un juez a cualquier lugar del país para que inicie y perfeccione una investigación; o el Seccional, a uno de los jueces de su jurisdicción que

estén investigando un caso y que requieran desplazarse a territorio de diferente jurisdicción. Son excepciones a la regla de que en cada Distrito Judicial existen sus jueces naturales. El juez que trasciende los límites territoriales de su jurisdicción sin este requisito, abusa de la función pública ciertamente; pero, si para llegar a ello produce un acto manifiestamente contrario a la ley, el delito cometido no será ya el de abuso de función pública, sino el de prevaricato por acción (artículo 149 C.P.), porque, como dice el profesor Reyes Echandía, en este caso 'el criterio diferenciador no puede ser el de la competencia, sino el de la oposición manifiesta con la ley'. En efecto, un empleado oficial puede cumplir funciones que no le correspondan, pero dentro de un marco formalmente legal. La falta de competencia, puede ser en cambio uno de los factores que integren la 'ilegalidad' del acto para los efectos del prevaricato (Derecho Penal, parte especial, Tomo I, 1987, póstuma, pág. 147, Universidad Externado de Colombia); o sea, que hay prevaricato y no abuso de función pública cuando de suyo la providencia emitida sea manifiestamente ilegal aunque haya habido extralimitación funcional. Es un concurso aparente que se soluciona por la vía del prevaricato en consideración a su mayor riqueza descriptiva. Con este alcance se pronunció la Sala en providencias de junio 13 y octubre 19 de 1989 con ponencia del Magistrado Saavedra Rojas.

En el caso a consideración de la Corte, el Juez 5° de Instrucción Criminal de Magangué de entonces, produjo un acto que en forma objetiva es manifiestamente contrario a la ley, pues ésta no permitía ni lo permite hoy que el propio Juez se autocomisione para salir a investigar fuera de su jurisdicción. La calificación, desde este punto de vista, es entonces correcta, imponiéndose la confirmación del proveído recurrido.

Se llama la atención al Tribunal y a las partes para que se verifique la audiencia oportunamente, pues pareciera que la proposición de tanto incidente buscara la prescripción de la acción interrumpida con el llamamiento a juicio.

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

RESUELVE:

CONFIRMAR la providencia apelada.

Regrese la actuación al Tribunal de origen.

Cópiese y cúmplase.

Dídimo Páez Velandia, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael Cortés Garnica
Secretario

* * *

Querella — Caducidad / Invasión de tierras o edificios / Delito permanente

En los delitos de carácter permanente, como el definido en el artículo 367 del C.P., la consumación persiste en el tiempo mientras dure la acción típica.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Doctor *Guillermo Duque Ruiz.*
Aprobada Acta número 09.
Bogotá, D.E., trece (13) de febrero de mil novecientos noventa y uno (1991).

Decide la Sala el recurso de revisión interpuesto contra la sentencia ejecutoriada de 22 de diciembre de 1989, mediante la cual el Juzgado Cuarenta Penal Municipal de Bogotá condenó a Alfonso Oñate Oñate a la pena de prisión de 16 meses por el delito de invasión de tierras o edificios, previsto en el artículo 367 del Código Penal.

Antecedentes

El 27 de marzo de 1976 la entidad "Amparo de Niños" arrendó al señor Alfonso Oñate Oñate el lote número 121, ubicado en la calle 15 No. 40-79, urbanización "Avenida del Centenario", de la ciudad de Bogotá.

Uno o dos años después, Oñate Oñate "invadió" el lote contiguo (No. 120), el cual adaptó para parqueadero del restaurante "Los Panamericanos", que funcionaba en el lote 121.

El 6 de abril de 1988, mediante apoderado, la señora Cecilia Montoya de Zubiría, representante legal del "Amparo de Niños" (entidad también propietaria del lote 120), denunció penalmente al señor Oñate Oñate "por el delito descrito en el artículo 367 del Código Penal, que éste denomina 'Invasión de tierras o edificios' ".

El Juzgado 40 Penal Municipal de Bogotá adelantó el respectivo proceso y por sentencia que recurre en revisión el apoderado de Oñate Oñate, condenó a éste a la

pena principal de 16 meses de prisión y multa de diez mil pesos, a las accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas y suspensión de la patria potestad, al pago de 50 millones de pesos por concepto de perjuicios, y dispuso "el restablecimiento del derecho" sobre el lote objeto de la invasión, a favor del Amparo de Niños (fls. 316 y ss.).

La demanda

Con apoyo en la causal segunda de revisión del artículo 231 del Código de Procedimiento Penal, afirma el actor que cuando la querella se formuló había caducado, pues en el proceso se demostró que Oñate Oñate ocupó el lote 120 como mínimo desde el 4 de septiembre de 1979, cuando por escrito un funcionario del "Amparo de Niños" le reclamó por los trabajos de adaptación que estaba haciendo en dicho predio ajeno. Precisa el demandante:

"Como fundamento único de hecho y causal invocada, se insiste en la imposibilidad de iniciar o proseguir el proceso, por existir *caducidad* de la querella por haber transcurrido más de 6 meses desde la comisión del hecho punible investigado, sin presentarse la querella ante autoridad competente.

"Y ante esa situación el Juzgado 40 Penal Municipal de Bogotá ha confundido la *prescripción* y la *caducidad*, y le aplicó a esta última los requisitos que el Código Penal trae para la *prescripción*, como quiera que esta figura sí diferencia claramente el momento desde el cual comienza a contarse, bien sea delitos instantáneos o delitos de conducta permanente (artículo 83 C.P.).

"Como el C.P.P. que trae la *caducidad* inserta en su Título I, Capítulo I, artículo 24, denominándola *caducidad de la querella*, es taxativo y suficientemente claro cuando concede al interesado el término de seis (6) meses para que dé aviso a la autoridad competente de la comisión de un hecho punible, ya que se inspira en la filosofía que ese término de seis meses es más que suficiente para dar el mencionado aviso *criminis*, ya que transcurrido, es perentorio, es definitivo, y el Estado considera o presume que no le asiste interés actual al particular que en 180 días desde que ocurrió el hecho, no ha concurrido a presentar la querella" (destacado del original).

Pide, pues, que se revise el proceso y se dicte auto de cesación de procedimiento.

Alegatos

En su alegato el actor reitera que "la comisión del hecho punible investigado, ocurrió hace más de diez años", y que "la ley no trae norma expresa que diferencie o establezca momentos para contarse la caducidad, diferentes a la comisión del hecho punible, quebrantando el ordenamiento jurídico y causando agravio al procesado cuando fusionó el artículo 83 del C. P. con el 24 del C. de P.P.".

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal no alegó.

SE CONSIDERA

El actor no discute que el delito de invasión previsto en el artículo 367 del Código Penal sea de carácter permanente. Su disenso estriba en que el artículo 24 del Código de Procedimiento Penal, a diferencia del 83 del Código Penal, no dice que la caducidad "empezará a contarse, para los hechos punibles instantáneos, desde el día de la consumación, y desde la perpetración del último acto, en los tentados o permanentes", como sí lo hace esta última norma en torno a la prescripción de la acción penal.

Ese razonamiento del impugnante es errado. En efecto, dice así el artículo 24 citado:

"Caducidad de la querella. La querella debe presentarse dentro del término de seis (6) meses, contados a partir de la comisión del hecho punible, salvo disposición en contrario".

En los delitos de carácter permanente, como el definido en el artículo 367 por el cual se condenó a Oñate Oñate, la consumación persiste en el tiempo mientras dure la acción típica, que en este caso es la invasión del predio, la cual mantenía Oñate Oñate, en el momento de presentarse en su contra la querella.

Entonces, si el término de caducidad de ella, se cuenta "a partir de la comisión del hecho punible", y esta "comisión", por ser permanente, persistía para abril de 1988, cuando se presentó la querella, resulta claro que ésta no había caducado. Bien hubiera podido el legislador utilizar en el artículo 83 del Código Penal la misma fórmula del 24 del Código de Procedimiento Penal sin que se presentara dificultad alguna para contar el término de prescripción, que, de todos modos, partiría "de la comisión" del hecho punible.

En sentencia de revisión del 31 de mayo de 1990 (Magistrado Ponente doctor Valencia Martínez) dijo esta Sala:

"En este punto y con relación a la alegada caducidad de la querella, importa precisar –cuanto al delito denunciado– si reviste el carácter de instantáneo o permanente, aspecto relevante acerca del momento en que debe empezar a contarse el término correspondiente para la presentación de la querella".

Por su parte, el artículo 20 del Código Penal contempla "el tiempo del hecho punible", así: "El hecho punible se considera realizado en el momento de la acción o de la omisión, aun cuando sea otro el del resultado": la acción de invadir la estaba llevando a cabo el condenado Oñate Oñate cuando en su contra fue presentada la querella, de donde se colige que ésta no había caducado.

La causal de revisión no prospera.

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:

NEGAR la revisión impetrada por el apoderado del sentenciado Alfonso Oñate Oñate.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Dídimo Páez Velandia, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael Cortés Garnica
Secretario

* * *

REVISIÓN – Demanda

Resulta inadmisible la demanda de Revisión, por manifiesta ineptitud, cuando aparece fundamentada en hechos y circunstancias que fueron materia de debate y decisión en las instancias.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Carreño Luengas.*
Aprobada Acta número 009 de febrero 13 de 1991.
Bogotá, febrero catorce (14) de mil novecientos noventa y uno (1991).

VISTOS

Procede la Corte a calificar la demanda de revisión presentada por el apoderado del sentenciado Efraín García Mahecha, previos los siguientes antecedentes y consideraciones:

ANTECEDENTES

1. Efraín García Mahecha, condenado por el Juzgado Treinta Penal del Circuito de Bogotá, mediante sentencia que hizo tránsito a cosa juzgada, a la pena principal de ocho meses de prisión y multa de un mil pesos como responsable del delito de abuso de confianza por uso indebido de que trata el artículo 358, inciso segundo, del Código Penal; solicita por intermedio de apoderado especial, la revisión de dicho proceso acogiéndose a la causal tercera del artículo 231 del C. de P.P., por cuanto después de la condenación surgieron pruebas no conocidas al tiempo de los debates, que establecen su inocencia.

2. Como tales, acompañó el recurrente fotocopias inauténticas de un cheque del Banco de Colombia, Sucursal de San Victorino, de esta ciudad, girado a favor de Sandra Daniels por la suma de diez mil pesos y un documento suscrito por ésta y el procesado Efraín García Mahecha en el que Sandra Daniels aparece dando en "alquiler" a Efraín el automóvil Dodge Dart de las características anotadas en autos, por la suma indicada representada en cheque girado a favor de su esposo Jorge

Eduardo Pinzón, lo mismo que tres declaraciones rendidas ante el Notario 40 del Círculo de Bogotá dando fe de la celebración de dicho convenio; pruebas con las cuales pretende demostrar "que el uso del vehículo no fue abusivo sino conforme a derecho emanado de un contrato de arrendamiento del mismo".

3. Emerge del expediente que el sábado 26 de mayo de 1984 Efraín García Malhecha se presentó a la casa de Sandra Lucrecia Daniels Guzmán manifestando que el esposo de ésta Jorge Eduardo Pinzón Díaz (recluido en una clínica de la ciudad lo había autorizado para retirar el automóvil Dodge Dart, modelo 1970, de placas EK-4612 con el fin de llevarlo a reparar la caja de cambios. Sin embargo, al día siguiente salió con rumbo a la población de El Colegio sufriendo aparatoso accidente con graves daños al automotor, pericialmente avaluados en la suma de dos millones doscientos mil pesos, que se negó a cancelar.

4. Oído en indagatoria el sindicado Efraín García Malhecha explicó que el vehículo le fue dado en alquiler o arrendamiento por Sandra Lucrecia Daniels mediante el pago de la suma de diez mil pesos en cheque del Banco de Colombia a favor de Jorge Eduardo Pinzón Díaz; contrato que formalizaron en documento suscrito por ambos y cuyo original guardó la arrendadora.

Pero llamada a declarar Sandra Lucrecia negó categóricamente dicho convenio expresando que la entrega del carro al acusado se hizo en razón de las serias y creíbles manifestaciones hechas por éste en el sentido de haber sido autorizado por su esposo para retirarlo con el fin de mandarlo reparar; autorización que rechazó por mendaz Jorge Eduardo Pinzón Díaz, quien aceptó haberle cambiado un cheque a su denunciado Efraín García Malhecha por la suma de diez mil pesos.

5. La investigación penal giró en torno de las anteriores manifestaciones planteándose por los sujetos procesales las más disímiles hipótesis en cuanto a la adecuación típica de la conducta endilgada la que para unos encajaba en el hurto de uso o en el hurto agravado por la confianza depositada en el agente, mientras que para otros era constitutiva de una estafa o de un abuso de confianza por uso indebido.

Correspondió al Tribunal Superior de Bogotá, dirimir la cuestión planteada inclinándose por esta última hipótesis delictiva como fluye de este pasaje de su providencia calificatoria de 15 de diciembre de 1989:

"Así las cosas, considera la Sala, que los hechos investigados se subsumen en el *abuso de confianza por uso indebido*, como en forma acertada fueron adecuados por el Juez de Conocimiento. Ciertamente de las pruebas se colige que el vehículo fue entregado al incriminado con la obligación de restituirlo luego de llevarlo a arreglar el daño mecánico que presentaba, sin embargo, no lo hizo, sino que lo deterioró como consecuencia del accidente que sufrió y causó en esta forma graves perjuicios económicos a su propietario.

"Se dio por parte del acusado un empleo del automotor, contrario a lo debido, en beneficio propio y con el consiguiente perjuicio de quien lo había entregado en mera tenencia".

6. Uno de los temas más discutidos durante el proceso fue precisamente el relacionado con la tenencia del vehículo por parte del sindicado, pues al paso que éste

adujo haberlo recibido en "alquiler" de Sandra Lucrecia Daniels mediante convenio suscrito por ellos, de lo cual da fe el testigo Orlando Bastos Palomino, citado por Efraín, Sandra Lucrecia negó dicha ocurrencia manifestando haber sido inducida en error o engaño por Efraín.

Valoradas por los juzgadores las pruebas recaudadas, se descartó la versión suministrada por el procesado acogiéndose, en cambio, la ofrecida por Sandra Lucrecia en razón de encontrarse respaldada con el dicho de su esposo y de la testigo Mabel Cardona Arboleda, quien acompañó al sindicado a la población de El Colegio, y sobre esa base fáctica se calificó la conducta imputada y se produjo la sentencia de condena.

Consideraciones de la Corte

Si por hecho nuevo ha de entenderse –según reiterada doctrina de la Corte– "aquél acontecimiento fáctico vinculado al delito que fue objeto de la investigación procesal, pero que no se conoció en ninguna de las etapas de la actuación judicial de manera que no pudo ser controvertido" (Sentencia de revisión 1° de diciembre de 1983, M.P. doctor Alfonso Reyes Echandía); síguese que el que se pretende hacer valer como tal por el recurrente no tiene dicho carácter por haber sido planteado por el sindicado en sus descargos y haber sido objeto de amplio debate en las instancias.

No constituye hecho nuevo determinante de la inocencia o irresponsabilidad de un condenado por abuso de confianza por uso indebido la pretensión de haber mediado contrato de arrendamiento de la cosa mueble objeto de mal uso, cuando este aspecto probatorio fue ampliamente controvertido en el proceso negándose su ocurrencia para aceptarse, en cambio, que el procesado recibió de su dueño la tenencia del automóvil con la obligación de devolverlo haciendo uso indebido del mismo en perjuicio de su patrimonio económico.

Los documentos privados inauténticos y las declaraciones extraprocesales acompañadas como pruebas "nuevas" en orden a demostrar lo que fue materia de indagación en el proceso mediante las explicaciones vertidas por el sindicado, la declaración del testigo Orlando Bastos Palomino *y la diligencia de confrontación* entre Efraín García Mahecha y Sandra Lucrecia Daniels*; no merecen tal calificativo pese a no ser conocidas en los debates porque resultan jurídicamente irrelevantes a los fines de este extraordinario medio de impugnación toda vez que el hecho que se busca acreditar con tales pruebas: existencia de vínculo contractual sobre la cosa objeto de mal uso, aparece relacionado con otros medios de convicción.*

Todo hace suponer que la solicitud de revisión busca revivir una controversia sobre hechos conocidos y debatidos durante el proceso, a los que el recurrente les da un enfoque diferente; o respecto a medios probatorios equivocadamente apreciados por los juzgadores; planteamientos que resultan francamente inadmisibles tratándose de este extraordinario recurso.

De modo pues que cuando la demanda de revisión, como en el presente caso, aparece fundamentada en hechos o circunstancias que fueron materia de debate y decisión en las instancias, resulta inadmisible por manifiesta ineptitud.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal, RECHAZA la demanda de revisión presentada por el apoderado del sentenciado Efraín García Mahecha.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Dídimo Páez Velandia, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael Cortés Garnica
Secretario

* * *

Demanda de Parte Civil – Perjuicios / Sentencia

En cuanto a la concordancia de la sentencia penal con la demanda de indemnización de perjuicios, nada tiene regulado expresamente el Código de Procedimiento Penal.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Edgar Saavedra Rojas.*
Aprobada Acta número 009 de febrero 13 de 1991.
Bogotá, febrero quince (15) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Vistos

Resolverá la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, sobre la admisibilidad del recurso extraordinario interpuesto por el apoderado de la parte civil en este asunto y oportunamente concedido por el Tribunal Superior de Bogotá.

Actuación procesal.

El apoderado de la parte civil en este asunto interpuso en tiempo el recurso extraordinario de casación contra la sentencia de segunda instancia pronunciada por el Tribunal Superior de Bogotá, el día cinco de octubre de mil novecientos noventa y por medio de la cual se condenó a Edgar Enrique Novoa Montenegro a pena privativa de la libertad como responsable del delito de *abuso de circunstancias de inferioridad* e impuso al mismo la obligación de pagar por concepto de indemnización de perjuicios la suma de un millón cuatrocientos veinte mil doscientos un peso con 60/100 ($1.420.201.60) y treinta (30) gramos oro.

Afirmó, el impugnante, al momento de la interposición del recurso, que como quiera que "la Parte Civil ha venido probando y reclamando perjuicios por una suma superior a los veinte millones de pesos y solamente se ha reconocido por el funcionario *a quo* millón y medio, el recurso extraordinario es procedente, si tenemos en cuenta que la pretensión reclamada no ha sido satisfecha en la forma que se ha venido deprecando en el plenario".

En auto del nueve de noviembre del año próximo pasado, el Tribunal Superior de Bogotá, concedió la impugnación propuesta, haciendo la precisión de que "la cuantía de la pretensión es superior a los diez millones de pesos".

Consideraciones de la Sala:

El artículo 12 del Código de Procedimiento Penal consagra el principio de integración, *según el cual "en aquellas materias que no se hallen* expresamente reguladas en este código, *o en leyes especiales, son aplicables las disposiciones del Código de Procedimiento Civil,* siempre que no se opongan a la naturaleza del Procedimiento Penal" *(destaca la Sala), de donde fácilmente puede establecerse que tanto los asuntos procesales que tienen que ver estrictamente con el hecho punible, como los aspectos civiles que se susciten dentro de la actuación a causa de la pretensión indemnizatoria, deben regirse por las disposiciones del ordenamiento procesal civil si no están expresamente regulados y si su esencia –allí privatista– no se opone a la condición de derecho pública que informa las actuaciones penales.*

Ahora bien, en el Decreto 050 de 1987, como en los demás estatutos procedimentales que le antecedieron, el legislador consagró la posibilidad de que el perjudicado con la infracción se constituyese en parte civil y si bien se reguló una parte de la actividad procesal que puede desplegar el titular de la acción, muchos otros de sus aspectos se remitieron a lo establecido en el ordenamiento procesal civil, bien en forma expresa como sucede en el artículo 57, o bien por el principio de integración ya citado.

En cuanto a la concordancia de la sentencia penal con la demanda de indemnización de perjuicios, nada tiene regulado expresamente el Código de Procedimiento Penal, razón por la cual menester resulta examinar si lo reglado en la legislación civil resulta aplicable en este ámbito. Sea lo primero anotar que las normas vigentes permiten al perjudicado con el hecho punible reclamar la indemnización del daño que se le haya causado, a través de un proceso civil de responsabilidad o dentro del mismo proceso penal. Si opta por aquella vía, estará sometido al reclamante a todas las regulaciones pertinentes; si por el contrario, acude a ser parte en el juicio en que se debate la responsabilidad penal, serán las normas de éste las que de preferencia se apliquen, sin perder de vista que su acción no por esto adquiere el carácter de pública, o que las disposiciones que en virtud del principio de integración se traigan de otras legislaciones, cambien su naturaleza de normas de derecho privado.

Quiere decir lo anterior que, en punto a la congruencia de la sentencia con la demanda, debe imperar, aun en el proceso penal, la disposición del Código de Procedimiento Civil, contemplada en el inciso 2° del artículo 305, recientemente reformado por el Decreto 2282 de 1989, según el cual "no podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada en ésta".

Ciertamente, cuando el perjudicado con la infracción se constituya en parte civil dentro del proceso penal debe, al igual que si lo intentara en proceso civil separado, presentar un libelo en el cual ha de consignar datos referentes a la identificación de las partes (demandante y demandado), los hechos base de los perjuicios y la cuantía en que estima los mismos, entre otros datos. Esta estimación, que tiene especial trascendencia

en el aspecto penal puesto que incluso puede ser base suficiente para la condenación, fija los límites de la pretensión que si bien no atan al juez en la medida en que puede resultar rebatida por los medios de convicción allegados al proceso, sí limitan la capacidad de la parte en cuanto a sus aspiraciones indemnizatorias, al igual que sucede en el trámite de los juicios civiles de responsabilidad.

Así, si sucediere el caso en el cual, luego de presentada la demanda de parte civil, surgen hechos o pruebas que modifiquen las bases reclamadas de la indemnización, el actor civil ha de acudir al mecanismo de la adición de la demanda, si ello fuere posible, a fin de aumentar lo pedido para protegerse contra las eventualidades de la necesaria aplicación del principio de congruencia citado.

Aplicadas estas consideraciones al caso específico de estudio, se tiene que el demandante fijó el monto de sus pretensiones por perjuicios materiales en la suma de seis millones de pesos ($6.000.000.00) y por perjuicios morales el equivalente a un mil (1.000) gramos oro, señalando de esta forma una cuantía total que no superaría los trece millones de pesos ($13.000.000.00), atendida la circunstancia de que a la fecha el gramo de oro no alcanza la barrera de los siete mil pesos.

Ahora bien, si en la sentencia se condenó al encausado a pagar la suma de un millón cuatrocientos veinte mil doscientos pesos con 60/100 ($1.420.201.60) y un total de treinta (30) gramos oro, su diferencia con las pretensiones de la parte civil, se deducen en cuatro millones quinientos setenta y nueve mil setecientos noventa y ocho pesos con 40/100 ($4.579.798.40) en lo que hace a perjuicios materiales, y novecientos setenta (970) gramos oro, equivalentes al cambio de hoy a suma cercana a los seis millones ochocientos mil pesos ($6.800.000.00), atendida la circunstancia de que al siete de febrero, según informe telefónico del Banco de la República, el gramo de oro está cotizado en seis mil novecientos setenta y un pesos con 37/100 ($6.971.37).

De esta forma, el interés para recurrir estaría fijado en suma inferior a los once millones cuatrocientos mil pesos ($11.400.000.00), cuantía ésta inferior a la que la ley procesal civil exige a la fecha para efectos de la casación en materia civil, según el contenido de los artículos 2 y 3 del Decreto 522 de 1988 que para el año de mil novecientos noventa fijan la cuantía del interés para recurrir en casación en catorce millones de pesos ($14.000.000.00).

Debe anotarse, además, que el representante de la parte civil no adicionó su demanda en la forma prevista en el artículo 89 del Código de Procedimiento Civil, pues lejos de dar cumplimiento a las exigencias formales de un libelo indemnizatorio, en la diligencia de audiencia pública se limitó a alegar sobre su propia estimación de los perjuicios y sin dar oportunidad al juez o a la contraparte de ordenar o solicitar pruebas al respecto, tratando así de preconstituir fundamentos para el recurso extraordinario de casación, en contravención a lo que las leyes procesales le aconsejaban.

Así las cosas y siendo que de conformidad con el artículo 220 del Código de Procedimiento Penal cuando el recurso tenga por objeto únicamente la indemnización de perjuicios deberá tener como fundamento la cuantía para recurrir establecida en las normas que regulan la casación civil, y en el caso presente no se satisface tal presupuesto, deberá la Corte declarar la inadmisibilidad 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:

DECLARAR que el recurso de casación interpuesto por la parte civil en este asunto es improcedente, y por tanto decretar su INADMISIBILIDAD.

En firme este auto, regrese el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Didimo Páez Velandia, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael Cortés Carrisca
Secretario

* * *

Prevaricato / Tipicidad

Un estudio claro y juicioso de la disposición legal, sobre sólidas bases jurídicas, respondiendo a una clara lógica y al propósito universal de justicia y equidad, es el mojón que marca la frontera entre una sana interpretación y un acomodaticio torticero.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Enrique Valencia M.*
Aprobada Acta número 009 de febrero 13 de 1991.
Bogotá, dieciocho (18) de febrero de mil novecientos noventa y uno (1991).

Vistos

Resuelve la Corte acerca de la viabilidad de disponer o no la apertura de investigación penal contra los doctores Fernando Olaya Lucena y Antonio María Prada, magistrados del Tribunal Superior de Ibagué, Sala Penal, por haber proferido una cesación de procedimiento en favor de Julio Valderrama Zambrano, sindicado de hurto.

Hechos

Los acontecimientos que dieron origen a la decisión cuestionada se refieren al no pago de los aportes que Julio Valderrama Zambrano, dueño de Industrias Juvalzam, tenía la obligación de hacer al ISS de Ibagué, pese a descontar las sumas correspondientes a sus empleados. No obstante que el Juzgado Treinta y Tres (33) de Instrucción Criminal encontró fundamento para proferir resolución de acusación en contra de Valderrama, la Sala del Tribunal Superior de Ibagué, que conoció de la apelación, no se mostró de acuerdo. Por mayoría dispuso la cesación de procedimiento, arguyendo la atipicidad del hecho. El magistrado disidente, doctor David Rafael Castelbondo, salvó su voto por considerar que se estructuraba el punible de hurto. Tal decisión llevó al representante de la Parte Civil a formular una denuncia de carácter penal a fin de que esta Corporación establezca si la citada providencia se encuentra ceñida a la ley.

ACTUACIÓN PROCESAL

Con el texto de la queja, el denunciante aporta fotocopias de los fallos de instancia y del salvamento de voto, así como también de un listado de los trabajadores afectados con el incumplimiento de Valderrama, lo mismo que del auto que resolvió su situación jurídica y de una inspección judicial practicada en la sede de industrias Julvazam.

Se escucharon las versiones de los funcionarios acusados. En lo que se refiere al doctor Olaya, asegura "... que en ese caso no existió hurto ni cualquier otra ilicitud que fuera imputable al procesado..." y que las jurisprudencias en las que se respaldó el doctor Castelbondo para apartarse del criterio mayoritario, no se adecuaban al caso en cuestión y por eso no se tuvieron en cuenta en la decisión. A su turno, el doctor Prada se limita a corroborar las explicaciones de su colega, haciendo otro tanto el magistrado Castelbondo, quien expone, además, las tesis que le sirvieron de fundamento para apartarse del pensamiento de sus colegas de Sala.

De otra parte, se trajeron a los autos copias auténticas de los actos de posesión como magistrados de la Sala Penal del Tribunal Superior de Ibagué, de los funcionarios implicados, así como de las actas de Sala Plena de esta colegiatura, en las que se acordó el nombramiento respectivo.

LA CORTE

1. Según el artículo 149 del Código Penal, el delito de prevaricato se tipifica cuando la resolución proferida por el funcionario, sea manifiestamente *contraria a la ley. Ello significa que no basta la simple discordancia entre el pensamiento del intérprete y lo expresado en la norma. Aquí cabe resaltar que siendo el derecho una ciencia sujeta a la natural evolución de los tiempos, forzoso es que una disposición legal ha de participar de ella, en igual medida. Posturas filosóficas, el momento histórico que se esté viviendo o el mismo caso en estudio que le sirve para concretarse, hacen posible que su estructura y alcances, sufran la medida y acomodamiento respectivos.*

Así, pues, forzoso es que, al cometerse su estudio, resulten plurales e incluso contrarios desentrañamientos de su espíritu. Sin embargo, todos ellos habrán de tener un elemento común: un estudio claro y juicioso cuyo fundamento se levante sobre sólidas bases jurídicas, respondiendo a una sana lógica y, además, al propósito universal de justicia y equidad que gobierna la aplicación de las normas. Tal el mojón que marca la frontera entre una sana interpretación y un acomodamiento torticero a los propios intereses.

2. Los magistrados acusados no traspusieron este linde. Al realizar el proceso de adecuación típica consideraron que la conducta investigada no se adecuaba al punible de hurto. Para arribar a esta conclusión examinaron los alcances de "apoderar", verbo rector del tipo en cuestión precisando a la par el carácter de ajeno que debe poseer el bien materia del ilícito.

De consiguiente, explican, es obvio que "hasta tanto el bien mueble (dinero en este caso) no entrara en la esfera patrimonial de los trabajadores y se convirtiera así en

ajeno, estaba a disposición del patrono". A renglón seguido aclaran: "El dinero correspondiente al pago de las cuotas patronales, nunca entró físicamente a hacer parte del haber patrimonial de los trabajadores puesto que su destino jamás era ese, sino los fondos del ISS".

Más adelante al señalar al ISS como el verdadero destinatario de los dineros y no el peculio de los empleados, advierten que la falta de consentimiento de las supuestas víctimas, elemento esencial del hurto, tampoco se estructuran, pues los trabajadores dieron su "... asenso para que se realizaran los descuentos...", desechando de paso un posible hurto agravado por la confianza puesto que los dineros, repiten, jamás entraron al haber patrimonial de las presuntas víctimas. Finalmente, descartan un posible abuso de confianza, pues el manejo de los dineros por parte del patrono, no dependió en ningún momento de la entrega que pudiesen haberle hecho sus trabajadores, recalcando "... que nunca existió un acto que dejara trastucir la delegación de tenencia. . que generara obligación de restituir...".

3. Aunque puede ser discutible el razonamiento, de todas maneras en él se observa un cuidadoso análisis tanto del tipo cuya aplicación se disetue como de los hechos presuntamente criminosos. No hay una interpretación forzada. Las disquisiciones siguen la senda jurídica, examinado el verbo rector correspondiente, sus posibles alcances, el carácter que, a su juicio, tienen los dineros que no fueron girados al ente estatal y el por qué, faltando el elemento ajenidad, la conducta endilgada a Valderrama *es atípica pues nadie puede hurtarse a sí mismo.*

Para hacer más completo su estudio, los magistrados mayoritarios exploraron otras posibilidades de adecuación típica. Así, se plantearon el encuadrar la conducta en un hurto agravado por la confianza o, quizás, en un abuso de confianza. De nuevo, el elemento ajenidad *jugó un papel fundamental para negar dichas hipótesis. El análisis cumplió su objetivo al examinar en la totalidad el problema y, con aceptable criterio jurídico, elaborar una conclusión que se ajusta a una interpretación razonable de los hechos procesales y de las normas en que se pretendieron adecuar.*

5. Así las cosas, basten las anteriores consideraciones para concluir que las conductas examinadas no trascienden al campo penal, lo que predica la necesidad de dictar auto inhibitorio en favor de los magistrados denunciados.

En consecuencia, la Sala de Decisión Penal de la Corte Suprema de Justicia,

Resuelve:

Abstenerse de abrir investigación penal en contra de los doctores Hernando Olaya Lucena y Antonio María Prada Góngora, magistrados de la Sala Penal del Tribunal Superior de Ibagué, en lo referente a la denuncia penal instaurada en su contra por el doctor Leonardo Solanilla Patiño.

En firme esta decisión, archívese el expediente.

Notifíquese y cúmplase.

Dídimo Páez Velandia, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael Cortés Garnica
Secretario

* * *

Cambio de radicación

La medida excepcional que autoriza a la Sala de Casación Penal para disponer que los procesados puedan ser juzgados en otro Distrito, sólo puede ser tomada de acuerdo con el artículo 78 del C. de P.P.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Carreño Luengas.*
Aprobada Acta número 011 de febrero 20 de 1991.
Bogotá, D.E., febrero veinte (20) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Vistos

El señor Francisco Eladio Ocampo o Harold Lube Ocampo, solicita el cambio de radicación del proceso que por el delito de homicidio se le adelanta en el Distrito Judicial de Neiva. Pide el memorialista que el proceso sea radicado en Popayán o en Cali.

Se considera:

El artículo 83 del C. de P.P., autoriza a la Sala de Casación Penal para disponer que los procesados puedan ser juzgados en otro Distrito, medida excepcional que sólo puede ser tomada de acuerdo con el artículo 78 de la misma obra, "... cuando en el territorio donde se esté adelantando el juzgamiento existan circunstancias que puedan afectar el orden público, la imparcialidad o independencia de la administración de justicia, las garantías procesales, la publicidad del juzgamiento o la seguridad del procesado".

Ninguno de estos motivos que en determinado momento pueden afectar la recta administración de justicia es alegado por el procesado para impetrar el cambio de radicación.

Expresa el procesado. ..., que se le juzga en Neiva en varios procesos acumulados y que algunas de las conductas ilícitas que se le imputan fueron consumadas en Popayán y en Cali. Que por vivir sus familiares, en esas ciudades tendría menos inconvenientes económicos y de tiempo para atender a sus necesidades y que

relativamente es más económico para el Estado remitir a uno de los procesados a Popayán o a Cali, que traer a los otros dos acusados a Neiva.

Se observa a primera vista, que estas simples razones de conveniencia, no pueden en modo alguno, servir de soporte a un cambio de radicación.

La imparcialidad de los jueces, la recta administración de justicia no pueden menoscabarse por las razones que aduce el peticionario.

Téngase en cuenta además, que la Corte Suprema de Justicia en auto del doce de febrero de 1990, dispuso el cambio de radicación del proceso que contra Francisco Eladio Ocampo, se adelantaba en el Distrito de Cali, al Distrito Judicial de Neiva. Obedeció esta decisión al hecho de que el enjuiciado había dado muerte en el Penal de Villanueva a un compañero de reclusión, razón por la cual se temía por su seguridad.

Hólgico sería que la Corporación devolviera a Ocampo Manrique al lugar de donde se le retiró con sobrado fundamento por razones de seguridad.

Estas breves consideraciones, llevan a la Corte a negar el cambio de radicación impetrado.

Por lo anterior, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, NIEGA al procesado Francisco Eladio Ocampo el cambio de radicación del proceso que por homicidio se adelanta en la ciudad de Neiva.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Dídimo Páez Velandia, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael Cortés Garnica
Secretario

* * *

Defensor / Procesado

Para los casos en que rige el actual ordenamiento procesal, en ningún evento se puede oír en versión al imputado sin presencia de su defensor.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Guillermo Duque Ruiz.*
Aprobada Acta número 11.
Bogotá, D.E., febrero veinte (20) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Resuelve la Sala si existe o no mérito para iniciar proceso respecto de la doctora Aura Alicia Delgado López, ex Magistrada del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, acusada de prevaricato.

Antecedentes

En denuncia formulada el 11 de septiembre último, el abogado Luis Antonio Arcos Díaz hace cargos a la susodicha ex Magistrada, a la ex Juez Primera Civil del Circuito de Pasto, doctora Lola Delgado López, a los empleados de este juzgado y a varios abogados.

Manifiesta el quejoso que él apoderó a su esposa en un proceso de pertenencia en el mencionado Juzgado Primero, pero que el demandado y su abogado procedieron a enajenar el inmueble materia del litigio, callando la existencia del mismo, por lo cual "cometieron falsedad y estafa".

Reclama también que la juez haya decretado la perención del proceso, y reitera que la en ese entonces magistrada de la Sala Penal doctora Aura Alicia Delgado López, "incurre en prevaricato cuando nombra como Juez Primera Civil del Circuito a su prima hermana Lola Delgado López, apartándose de la ley".

Y agrega que se cometió delito de falsedad al "mutilarse" el referido proceso de pertenencia.

Se ratificó la denuncia, se acreditó la calidad de magistrada de la acusada, quien rindió versión, en la cual negó cualquier parentesco con la señorita Lola Elisa

Benavides López (nombre verdadero de la egresada a quien se designó interinamente como juez) y posteriormente aportó copias de registros civiles y de partidas bautismales que acreditan esa ausencia de parentesco.

SE CONSIDERA:

Desprendese claramente de las diligencias practicadas en la etapa de indagación preliminar, y a las cuales se acaba de hacer referencia, que la ex Magistrada Delgado López no ha cometido hecho punible alguno: no es cierto que haya "prevaricado" al intervenir (como postulante, además –fl. 19–), en el nombramiento de Lola Elisa Benavides López, con quien no la une vínculo de parentesco de ninguna clase, y a quien, según su versión (fls. 13 y siguientes), sólo vino a conocer cuando ésta y otra compañera hablaron con los Magistrados para que las encargaran o designaran interinamente como jueces, con el fin de "completar la judicatura" y así poder graduarse de abogadas.

Tampoco se vislumbra que, con ocasión de sus funciones o de su cargo de magistrada, la doctora tenga algo que ver con los "delitos" que se habrían cometido en el proceso civil de pertenencia, según aseveraciones del denunciante.

De allí que en relación con la ex magistrada se proferirá auto de inhibición, a tenor del artículo 18 del Decreto 1861 de 1989, que modificó el 352 del Código de Procedimiento Penal.

Pero como se hacen cargos de prevaricato y otros delitos contra la mencionada ex juez Lola Elisa Benavides López (y contra varias personas más), se deberán expedir copias de la denuncia, de su ratificación y de este auto con destino a la Presidencia de la Sala Penal del Tribunal de Pasto.

2. La imputada doctora Delgado López reitera la solicitud de que la Corte le expida copias de la denuncia contra ella formulada y de la providencia que aquí se dicte. Por ser procedente, una vez en firme este auto se hará dicha compulsa.

3. *En ejercicio del magisterio que le es propio, la Sala debe señalar que el Juzgado Segundo de Instrucción Criminal Ambulante de Pasto, aceptó la petición de la acusada doctora Aura Alicia Delgado López de que se le escuchara en versión sin apoderado, dada su condición de abogada: "renuncio a ese derecho y considero que puedo asumir así mismo mi propia defensa y representación", manifestó (fl. 13).*

Pero no; el artículo 344 del Código de Procedimiento Penal es muy claro y explícito al señalar que "sólo podrá recibirse versión al imputado sin asistencia de su defensor, en los mismos casos en que la ley lo permita para la diligencia de indagatoria". Esos "casos" no existen en el nuevo Código de Procedimiento Penal, el cual no reprodujo el artículo 393 del anterior (Decreto 409/71), que trata como excepciones a la prohibición de indagar sin apoderado dos casos: a) urgencia de recibir la indagatoria, con el fin de practicar un careo entre el procesado y otra persona que estuviere en peligro de muerte; y, b) cuando el procesado estuviere en peligro de muerte, y "sea necesario interrogarlo para el descubrimiento de la verdad que se investiga".

No lo es, pues, que el imputado o procesado sea abogado.

Es más: el artículo 165 del actual estatuto (Decreto 050/87), sanciona, sin excepciones, con inexistencia, "para todos los efectos procesales, la diligencia practicada con la asistencia e intervención del procesado sin la de su defensor", y agrega:

"Cuando esté en peligro de muerte el imputado y sea indispensable realizar diligencia con su intervención, el juez puede omitir la comunicación a su defensor y nombrar de oficio a cualquier persona" (aquí se reproduce en sustancia la mencionada "excepción –b–" del derogado artículo 393).

Lo anterior significa que, para casos como el presente, en que rige el nuevo ordenamiento, en ningún evento se puede oír en versión al imputado sin presencia de su defensor; y en estas condiciones hay que tener como no escrita o inaplicable (porque la remisión legal que hace no existe) la "salvedad" prevista en el citado artículo 344 en cuanto a la versión del imputado sin asistencia de su defensor.

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

RESUELVE:

1. ABSTENERSE de iniciar sumario respecto de la doctora Aura Alicia Delgado López, ex Magistrada del Tribunal Superior de Pasto, en relación con los hechos denunciados por el doctor Luis Antonio Arcos Díaz y que fueron objeto de esta averiguación preliminar.

2. Con el fin de que se examinen los cargos formulados a la ex Juez Lola Elisa Benavides López, y a otras personas, por la Secretaría de la Sala y con destino a la Presidencia de la Sala Penal del Tribunal Superior de Pasto, expídanse copias de la denuncia formulada por el doctor Arcos Díaz, de su ratificación y del presente auto.

3. En firme este proveído, por la Secretaría de la Sala expídanse copias de las mismas piezas y entréguense a la acusada doctora Aura Alicia Delgado López.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Dídimo Páez Velandia, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael Cortés Carrica
Secretario

Delitos contra el patrimonio económico / Pena – Graduación

No es procedente incrementar la sanción del respectivo tipo por razón de la circunstancia del artículo 372 del C.P., con carácter fijo en la tercera parte del mínimo.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Dídimo Páez Velandia.*
Aprobada Acta número 11.
Bogotá, febrero veinte (20) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Vistos

El Juzgado Quinto Penal del Circuito de Bucaramanga, mediante fallo de cinco de agosto de mil novecientos ochenta y nueve, condenó a Gerardo Flórez Cardozo, Freddy Ernesto Quintero Rangel y Eduardo Forero Santos, como autores del delito de hurto, los dos primeros, y el tercero como autor del delito de receptación.

Recurrida esta decisión, el Tribunal Superior le impartió confirmación, introduciéndole modificaciones. En relación con el recurrente en casación, Forero Santos, en el sentido de aclarar que la responsabilidad a él deducida es por el delito de hurto, en su condición de determinador; que la pena correspondiente es la de veinticuatro meses y veinte días de prisión y que no es del caso reconocer en su favor la suspensión condicional de la ejecución de la condena. Por este motivo, revoca el otorgamiento que de tal subrogado le hubiere hecho el juzgado y dispone librar orden de captura en su contra.

Inconforme el defensor, en oportunidad, interpuso recurso extraordinario de casación, el cual debe ser decidido por la Corte.

Hechos

Los sintetiza el Tribunal en los siguientes términos:

"El día 13 de julio de 1987 cuando el gerente del Banco Industrial Colombiano de Aguachica, Eduardo Forero Santos, regresaba de Cartagena en su vehículo

Renault 18, colores amarillo y negro, modelo 85, y con número de motor 000021155, sufrió un grave accidente quedando el automotor prácticamente destrozado. Forero Santos recibió por el seguro la suma de un millón de pesos ($1.000.000.00), dinero que al no ser suficiente para su reparación y además por los gastos clínicos y médicos que tuvo que atender para su familia, entró en contacto con un mecánico de la citada población, Freddy Ernesto Quintero Rangel, a quien conocía por haber laborado su esposa en el Banco, acordando de esa manera conseguir un vehículo hurtado en esta ciudad de similares características con el fin de trasladarle la identificación y algunas piezas mecánicas del vehículo accidentado al obtenido ilícitamente, arreglando de esa manera la situación para que no se presentara ningún problema.

"Así las cosas, Freddy Ernesto Quintero Rangel se comunicó con Gerardo Flórez Cardozo, mecánico de esta ciudad, a quien le encomendó la consecución de un automóvil Renault 18, modelo 83, de colores amarillo y negro, pactando un precio de quinientos mil pesos ($500.000.00).

"Conforme a estos hechos, el día 2 de mayo, aproximadamente a las 7 de la noche, Libardo Alfonso Torres, vecino incluso de Flórez Cardozo en la Urbanización Bucarica, fue despojado del vehículo de su propiedad de Placas IC-8708 de similares características a las del vehículo accidentado, en el momento en que procedía a aparcarse en los sitios indicados en la mencionada urbanización, por tres individuos armados, quienes adujeron pertenecer al Departamento Administrativo de Seguridad. El vehículo fue trasladado por Flórez Cardozo y Carlos Yesid Ortiz Saavedra esa madrugada a la población de Aguachica, en donde lo entregaron a Quintero Rangel y a Forero Santos a cambio de quinientos mil pesos ($500.000.00).

"Tiempo después, por un informe confidencial, el Departamento Administrativo de Seguridad obtuvo la declaración de Ortiz Saavedra y de esa manera se logró la recuperación del automóvil hurtado en esta ciudad en manos de Forero Santos, al efecto gerente del Banco Industrial Colombiano de Aguachica y el cascarón del vehículo accidentado abandonado en una finca de la citada población."

Actuación procesal

1. En desarrollo de actividades de Policía Judicial, fueron aprehendidos y puestos a disposición del Juzgado Veinte de Instrucción Criminal de Bucaramanga, Gerardo Flórez Cardozo, Freddy Ernesto Quintero Rangel y Eduardo Forero Santos, como indiciados de haber participado en el hurto del vehículo de propiedad de Libardo Alfonso Torres Roa.

2. Abierta la correspondiente investigación, fueron vinculados, mediante indagatoria los capturados a que se hizo mención anteriormente, a quienes, además, les fue resuelta la situación jurídica profiriéndose, en su contra, detención preventiva por el delito de hurto.

3. Por medio del interlocutorio fechado el treinta y uno de marzo de mil novecientos ochenta y nueve, se calificó el mérito del sumario. En él, se profiere resolución acusatoria por el delito de hurto calificado y agravado contra los procesados Eduardo Forero Santos, Freddy Ernesto Quintero Rangel y Gerardo Flórez

Cardozo. Recurrido este pronunciamiento, se le impartió confirmación por el Tribunal.

4. Rituada la causa y celebrada la audiencia pública, el Juzgado del Circuito dictó la respectiva sentencia de primera instancia. En ella, se condena a Gerardo Flórez Cardozo, como responsable del delito de hurto calificado a la pena de cuarenta meses de prisión. A Freddy Ernesto Quintero Rangel, como autor de hurto, a la pena de dieciocho meses, y a Eduardo Forero Santos, como autor de receptación, sentido en el cual es variada la calificación del hecho dada en el calificatorio, a la pena de ocho meses de prisión. Así mismo, se dispone conceder a Freddy Ernesto Quintero Rangel y a Eduardo Forero Santos el subrogado de la condena de ejecución condicional.

5. Al desatar la alzada contra el fallo de primer grado que viene de reseñarse, el Tribunal Superior le impartió confirmación, aunque con las siguientes modificaciones:

a) En el sentido de imponer a Freddy Quintero Rangel, en su calidad de agente determinador de hurto, la pena de veinticuatro meses, veinte días, de prisión;

b) Imponer a Eduardo Forero Santos, la pena de veinticuatro meses, veinte días, de prisión, como determinador de hurto y no como realización de receptación, según lo había dispuesto el *a quo*, y

c) Negando el otorgamiento del subrogado penal de la condena de ejecución condicional por ser, los sentenciados, merecedores de tratamiento penitenciario. Por este motivo, se dispone la revocación de dicho beneficio, concedido en primera instancia, y la expedición de las respectivas órdenes de captura por parte del juez.

6. El defensor del sentenciado Forero Santos, inconforme con el pronunciamiento del Tribunal, interpuso recurso extraordinación de casación.

La demanda

El recurrente, con apoyo en la causal primera de casación, formula contra la sentencia dos cargos por violación directa de la ley sustancial. El primero de ellos, motivado en errónea interpretación del artículo 372, ordinal 1° del Código Penal, al momento de ser graduada la pena impuesta a Eduardo Forero Santos por lo cual, estima, le fue fijado un *quantum* mayor al que le correspondía conforme a la ley para el hecho imputado.

El segundo reparo, aparece fundado en la falta de aplicación del artículo 68 del Código, toda vez que, en criterio del censor, fue negado al recurrente la ejecución condicional de la condena, a pesar de concurrir los requisitos que para su otorgamiento exige la disposición omitida.

En demostración de la interpretación errónea denunciada, el casacionista aduce que el Tribunal dio un alcance no coincidente con su contenido al artículo 372, ordinal 1°, del Código Penal, al deducir el incremento allí establecido sobre la pena imponible, resultante de conjugar la prevista para el hecho en su modelo fundamental, artículo 349 del C.P., aumentada en una sexta parte por la concurrencia de la

circunstancia de agravación contemplada en el ordinal 6º del artículo 351 *ibidem*, cuando, sostiene, la circunstancia de mayor punibilidad consagrada en el artículo 372, sólo procede para los "delitos descritos" en los tipos del título correspondiente a los hechos atentatorios contra el patrimonio económico; es decir, sobre la pena asignada al delito en la ley y no sobre la concretamente imponible, como se establece de su tenor literal y ha sido precisado por la jurisprudencia de la Corte.

Conforme con esto, es del criterio que la pena correspondiente a Forero Santos, de acuerdo con una recta interpretación de las disposiciones que disciplinan el caso, sería la de 18 meses y 20 días de prisión, sentido en el que solicita se case el fallo recurrido.

En relación con la falta de aplicación del artículo 68 del Código Penal, materia del segundo cargo a la sentencia, luego de destacar cómo el Tribunal no hace mayores razonamientos que sustente su negativa en el otorgamiento del beneficio, alude a la concurrencia, dentro del proceso, de cada uno de los presupuestos demandados en la disposición para su reconocimiento. En este sentido impetra, así mismo, la casación parcial de la sentencia impugnada.

Concepto del Ministerio Público

En criterio del Procurador Segundo Delegado en lo penal, el primero de los cargos propuestos por el demandante debe prosperar.

A este respecto, estima acertado el planteamiento del recurrente y evidenciado el error de interpretación por parte del Tribunal en la dosificación que de la pena hizo al sentenciar a Eduardo Forero Santos. Con transcripción de la disposición correspondiente, demuestra cómo los incrementos establecidos por el artículo 372 del Código Penal, sólo pueden operar en relación con los delitos o tipos básicos, por lo cual, ellos no pueden ser aplicados sobre cómputos preestablecidos. Con fundamento en esto, coadyuva la demanda en este aspecto, pero no los guarismos a imponer como consecuencia de la casación del fallo, los cuales, estima, deben corresponder a 22 meses y 20 días.

Contrariamente, solicita desestimar el segundo de los ataques a la sentencia. Es de la opinión que, en su formulación, el impugnante desconoce la realidad del fallo, pues desde antes que se considerara la procedencia o no del subrogado, por la posición misma del sentenciador, en torno a la participación del procesado en el hecho, ya cabía el convencimiento pleno de su negativa. Por eso, prosigue, la escueta referencia a la improcedencia del beneficio, en razón a la modalidad del punible, su gravedad y la personalidad de los procesados, en la que cree ver el censor una inmotivada decisión de no otorgamiento del subrogado, obedece a la lógica con que se construyó la sentencia, en la cual se entendió innecesario reiterar los motivos ya tenidos en cuenta para valorar el comportamiento juzgado como grave en extremo.

Alegato de la parte civil

Durante el término de traslado a los no recurrentes, el apoderado de la parte civil hizo presentación de memorial en el que se pronuncia en relación con el recurso. Al

respecto, hace suyos los planteamientos consignados por el Procurador Delegado en su concepto.

Consideraciones de la Corte

Primer cargo

Asiste razón al casacionista en su acusación a la sentencia, al aducir, dentro del marco de la violación directa de la ley sustancial alegada, que el artículo 372 del Código Penal ha sido erróneamente interpretado, para, a partir de esa interpretación, incrementar la pena impuesta a Eduardo Forero Santos, sobre la base de un cómputo establecido luego de conjugar las disposiciones de los artículos 349 y 351.6 ibidem, cuando una recta interpretación del precepto impone que ese incremento opere sobre la pena prevista para las diferentes hipótesis de la infracción, entendiendo por tales, como tuvo ocasión de precisarlo la Corte en sentencia de 15 de septiembre de 1987 –casación 1426–, "los diversos tipos penales, básicos, especiales o subordinados contenidos en todos los capítulos del Título XIV del Libro 2º del C.P. en cuanto describen determinados comportamientos como contrarios a la ley y les señala una pena".

Los términos del artículo 372 que se estima violado por el censor, no dan lugar a otorgarles alcance diferente. Si él dispone que "las penas para los delitos descritos en los capítulos anteriores, se aumentarán de una tercera parte a la mitad", entre otras, cuando concurran circunstancias como la que se presenta en este caso, consistente en la realización del hecho sobre cosa cuyo valor es superior a cien mil pesos, no cabe duda de que la lógica de funcionamiento del sistema es la de que el incremento establecido por esta disposición, se aplique, de manera independiente, sobre la pena prevista para el hurto simple, hurto calificado, abuso de confianza, estafa, o cualquier otro atentado contra el patrimonio económico, pero, en ningún caso, como lo entendió el Tribunal, sobre un cómputo preestablecido, fruto de la conjugación de diferentes factores.

Este criterio, fijado legislativamente, y en virtud del cual el incremento punitivo previsto por la disposición erróneamente interpretada no opera sobre la "pena imponible", sino sobre la fijada en el respectivo tipo, demandaba del sentenciador de segunda instancia haber tomado como punto de partida la pena básica del hurto simple –artículo 349– y a partir de ella, con prescindencia de las demás circunstancias de agravación de carácter específico que concurrieren, haber deducido el incremento por la cuantía del objeto hurtado a que hace referencia la circunstancia de mayor punibilidad del artículo 372, ya mencionada.

No obstante, en su conclusión de que la pena a cumplir por Forero Santos es la de 24 meses y 20 días de prisión, se puede observar que sobre los 18 meses y 20 días, resultantes de la conjugación de los 16 meses de que partió en aplicación del artículo 349 del C.P. y los incrementos por la concurrencia del agravante 351.6 ibidem, *dedujo la tercera parte que, como aumento punitivo, correspondía por la circunstancia del artículo 372.*

En este sentido, la interpretación errónea de la ley en que se apoya la impugnación resulta evidenciada. Con fundamento en ello, habrá de casarse la sentencia, para proceder, consecuentemente, a hacer una nueva tasación de la pena tomando en

cuenta los criterios aquí expuestos y en cuyo desconocimiento radica el error. Esto es, haciendo el incremento previsto en el artículo 372 en función a la pena señalada en el 349 del Código Penal, fijando así, de manera definitiva, el quantum *a aplicar a Eduardo Forero Santos.*

Lo anterior no significa, como creen entenderlo el casacionista y el Ministerio Público, que incrementar la sanción del respectivo tipo por razón de la circunstancia del artículo 372, deba serlo con carácter fijo en la tercera parte del mínimo. Al decir de la disposición, en los términos antes transcritos, que la pena por concepto de las circunstancias allí previstas se aumentarán "de una tercera parte a la mitad", dio al sentenciador margen para que, en ejercicio de la discrecionalidad judicial y de acuerdo con los criterios que la rigen, se mueva dentro del parámetro indicado al momento de aplicar un tal agravante.

Por esto mismo, resultaría contradictorio en este evento que habiéndose partido para fijar la pena impuesta a Eduardo Forero Santos, no del mínimo previsto en el tipo básico de hurto de 12 meses, sino de 16, en razón a la gravedad del hecho, al dar aplicación al artículo 372, esa gravedad no sea considerada. En este sentido, entiéndese que, por razón del agravante indicado, es del caso imponer al sentenciado en mención incremento punitivo correspondiente a 5 meses de prisión, con fundamento en la cuantía del objeto hurtado.

De acuerdo con esto, concluyese, entonces, que la pena definitiva que a Forero Santos corresponde es la de 23 meses y 20 días de prisión, lo cual implica la reducción de la impuesta –24 meses y 20 días–, como consecuencia de la casación del fallo, en un mes.

En virtud a que Freddy Ernesto Quintero Rangel ha sido condenado a pena igual a la impuesta a Ernesto Forero Santos, en la sentencia impugnada, con los mismos criterios de graduación y como agente determinador, no obstante no tener la calidad de recurrente, a él deben hacerse extensivas las consecuencias de esta decisión, como lo dispone el artículo 242 del C. de P.P. Por lo mismo, habrá de reducírsele la pena de 24 meses y 20 días de prisión, en un mes; vale decir que a él corresponde purgar también la de 23 meses y 20 días.

Segundo cargo

En relación con este segundo ataque a la sentencia, el cual se hace consistir en que no fue aplicado el artículo 68 del Código Penal para conceder a Eduardo Forero Santos el subrogado de la condena de ejecución condicional, a pesar de reunirse los requisitos para ello, limitándose el sentenciador a sostener que dada la modalidad del punible, su gravedad y la personalidad del procesado, fácil era deducir la necesidad de su tratamiento penitenciario, lo cual, en criterio del censor, constituye inmotivación del fallo y contrariedad a la realidad procesal, es lo cierto que, como lo destaca el Procurador, no pasa de ser el personal planteamiento de quien sustenta la inconformidad enfrentado al del Tribunal.

Del examen del fallo recurrido se establece que el Tribunal, al concluir la improcedencia del subrogado y disponer la revocatoria de la concesión que de él hiciera el juzgado de primera instancia, en la calificada como inmotivada fórmula

por el casacionista, sencillamente estaba sintetizando la gravedad que el hecho reviste y a la cual ya se había referido de manera amplia al fijar la responsabilidad de Forero como agente determinador y no como autor de receptación, de acuerdo con los términos del fallo de primer grado.

Este argumento del Tribunal evidencia la gravedad del hecho, la misma en que sustenta la negativa de conceder el subrogado penal. Y allí aparece recogida, con toda objetividad, la realidad del proceso, pues ciertamente no deja de conturbar el ánimo de quien frente a los desperfectos mecánicos por su automóvil, a consecuencia de accidente, y ante lo insuficiente del monto recibido por indemnización del seguro, acuerde con otros que, antes de reparar el vehículo, sea preferible trasladar los troqueles de identidad y otras piezas a uno que podían adquirir de procedencia ilícita, como así se hizo.

En este orden de ideas, la inmotivación alegada por el recurrente obedece más la manera descontextualizada como aprecia la sentencia para desarrollar la censura que a una falta de pronunciamiento, porque al margen de esa apreciación, insístese, el fallo revela cómo el juzgador fija, en juicio valorativo acorde con el contenido del proceso, la gravedad del hecho que lo conduce a concluir la necesidad del tratamiento penitenciario de los sentenciados, razón por la cual dispuso la revocación del subrogado concedido en primera instancia.

Esto mismo hace carente de fundamento el reproche de que el así proceder el Tribunal, contrarió la realidad procesal. Inobjetables resultan los términos del juicio contenido en la sentencia sobre este punto, si se les confronta con el proceso, por lo que no pueden ser catalogados sino como avenidos a los alcances que, para el efecto, se establecen del texto legal cuya inaplicación se acusa y a los cuales ya se ha referido la jurisprudencia, precisamente en el pronunciamiento que cita el propio casacionista en la demanda y reactualiza el propio Procurador en su concepto, fielmente observado por el Tribunal al negar el beneficio discutido.

El cargo no prospera.

No hace la Corte referencia específica a los alegatos de la Parte Civil, presentados durante el trámite de este recurso extraordinario de casación, no sólo porque ellos en lo esencial reproducen los planteamientos del Ministerio Público, sino porque ésta carece de interés jurídico y económico para discutir los puntos materia del recurso, en cuanto ellos no guardan relación con los términos en que fue fallada la acción indemnizatoria, ni el derecho de su titular.

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:

CASAR PARCIALMENTE la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga de 9 de octubre de 1989, por medio de la cual se condenó a Eduardo Forero Santos a la

pena principal de veinticuatro (24) meses y veinte (20) días de prisión como agente determinador del delito de hurto.

Segundo:

Como consecuencia de lo anterior, IMPÓNESE a Eduardo Forero Santos la pena principal de veintitrés (23) meses y veinte (20) días de prisión.

Tercero:

Hacer extensivas las consecuencias de esta decisión a la persona de Freddy Ernesto Quintero Rangel cuya pena principal es de veintitrés (23) meses y veinte (20) días de prisión.

Cuarto:

DECLARAR que en todos los demás aspectos rige la sentencia impugnada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Dídimo Páez Velandia, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Correño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael I. Cortés Gárnica
Secretario

Demanda de casación

Es ineludible el anticipado rechazo de la pretensión, cuando hay en la propuesta de las diferentes solicitudes una evidente contradicción que las destraye e impide un pronunciamiento.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Doctor *Juan Manuel Torres Fresneda.*
Aprobada según Acta número 09.
Bogotá, D.E., febrero veinte (20) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Vistos

Por auto de septiembre 12 del año próximo pasado declaró la Sala admisible el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado Pedro Antonio Caravito Carreño. Presentada la demanda respectiva, procede la Corte a su calificación.

La demanda

Ostenta la demanda de casación motivo de análisis plurales vicios, que frente a las exigencias formales del artículo 224 del C. de P.P. derivarán en su rechazo, pues además de carecer de aquella claridad y precisión que exige la norma procesal, entraña indebidamente la proposición de varias causales dentro de un mismo capítulo cuyo éxito propone de manera subsidiaria o alternativa, dejando a la Corte la posibilidad de escoger aquella que entre las varias e inconciliables hipótesis traídas, halle de recibo.

Es así como enunciando una violación de normas de "derecho sustancial", en único capítulo alude a las de los artículos 5º, 21, 35, 38, 40-3, 80 y 323 del Código Penal, haciendo una inconsistente alusión al debate probatorio, sin llegar a ubicar de manera precisa, ni a indicarlo, si se atiene a errores de hecho o de derecho, desarrollando consecutivamente las siguientes críticas:

a) El Tribunal falló tomando en cuenta "la responsabilidad objetiva" del procesado para fulminar en su contra la condena, "ya que conforme a la necropsia, la

muerte no se produjo como consecuencia de la herida, sino como consecuencia de la infección", rompiéndose la relación causal entre acción y resultado, lo que impediría el fallo de condena;

b) Sostuvo la sentencia que el procesado no se dio cuenta de la reacción del ofendido y por eso no se le podía reconocer la legítima defensa, razonamientos que debieron llevarle a inferir la inimputabilidad del procesado, pese a lo cual aplicó penas y no medidas de seguridad;

c) Según las versiones de los testigos Fermín Estupiñán y Pedro Vargas, el occiso hizo ademanes que podían interpretarse como de agresión contra Garavito, de manera que hallándose éste en capacidad de percibirlos e interpretarlos como constitutivos de peligro inminente para su vida, actuó inculpablemente, según lo previsto en el artículo 40-3 del Código Penal, conclusión desestimada por el Tribunal;

d) La misma equivocada interpretación de la necropsia llevó al Tribunal a sostener que las lesiones producidas a la víctima fueron las causantes de su deceso, cuando se prueba que el óbito se produjo por una infección renal, de manera que ha debido calificarse el delito como "homicidio preterintencional, ya que en la actual Código Penal no existe el homicidio concausal que sería el que se estructuraría (sic)".

Consideraciones de la Sala

Además de que omite el actor precisar el concepto de la violación que invoca y señalar la clase de error que origina, absteniéndose de realizar la labor de comparación entre el contenido de la prueba y los razonamientos de la sentencia para desentrañar el supuesto error que aduce, se ocupa la demanda de reformular una simple alegación de instancia para concluir en la inadmisible propuesta para que la Corte escoja entre las varias posibilidades de solución que ofrece, a quella que a voluntad se estime aplicable, lo que conduce al indebido desconocimiento de los principios de limitación y neutralidad del juez que rigen el recurso extraordinario, motivos bastantes para hacer ineludible el anticipado rechazo de la pretensión: hay en la propuesta de las diferentes solicitudes una evidente contradicción que las destruye e impide de cualquier modo un pronunciamiento en esta sede.

No otra cosa sucede cuando de modo simultáneo se funda el posible error en la prueba pericial de necropsia, primero para sostener que no medió relación causal entre agresión y resultado, conllevando a la posibilidad de un fallo absolutorio, luego para proponer que esa misma razón y circunstancias estaban implicando la errónea calificación de los hechos, que en verdad apuntarían a un homicidio preterintencional, y no voluntario, pues el hecho único de la ruptura de la relación causal no podría ser al mismo tiempo razón de absolución por irresponsabilidad, y de condena por una infracción distinta de la contenida en la acusación, implicando soluciones diversas e irreconciliables dentro de una misma causal y cargo.

Otro tanto sucede al sostener que el procesado actuó inculpablemente por un error de prohibición, cuya solución en derecho no podría diferir de la sentencia absolutoria, mientras que a renglón seguido se proclama simplemente su inimputabilidad propo-

niendo que se impongan medidas de seguridad y no sanciones, pues éstas jamás procederían para quien al actuar dentro de un estado de conciencia, cree razonablemente aunque con errada interpretación de las circunstancias, que estaba autorizado a actuar en defensa de su vida.

"Si es en la demanda de casación donde se apoya el recurso y se fundamenta su decisión. Es decir, que abre la puerta para que la Corte pueda penetrar al proceso y al fondo de la impugnación, y proporciona los elementos esenciales de las sentencia que habrá de proferirse finalmente –ha dicho ésta Sala en repetidas ocasiones, siendo la cita del fallo del 23 de abril de 1985 con ponencia del Magistrado doctor Fabio Calderón Botero–. Esto significa que la demanda señala el marco jurídico dentro del cual se va a debatir la censura limitando la jurisdicción de la Corte y restringiendo sus poderes de enmienda. Si tal es el cometido de la demanda de casación, resulta apenas obvio concluir que la Corte no puede corregirla ni puede de su propio motivo ampliar ni contraer el ámbito de la impugnación porque se perdería el punto de gravedad o de equilibrio que por antonomasia corresponde a la función juzgadora en sede de casación."

El libelo traído a nombre del procesado señor Caravito Carreño en este asunto, desconoce de manera grave e insalvable aquellas exigencias formales y de elemental lógica que permitirían adentrarse en el estudio de fondo de sus pretensiones, constituyéndose esas protuberantes fallas en motivo suficiente para proveer su rechazo en la forma que se anuncia.

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

RESUELVE:

RECHAZAR *IN LIMINE* la demanda de casación presentada a nombre del procesado Pedro Antonio Caravito Carreño contra la sentencia de agosto 1° de agosto de 1990, proferida en su contra por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo.

DECLÁRASE DESIERTO el recurso extraordinario de casación contra dicho fallo interpuesto.

Notifíquese y cúmplase.

Dídimo Páez Velandia, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael Cortés Garnica
Secretario

* * *

VIOLACIÓN INDIRECTA

Le está prohibido a la Corte sustituir, completar o cuestionar la valoración que las instancias hayan realizado del caudal probatorio.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Gustavo Gómez Velásquez.*
Aprobada Acta número 11.
Bogotá, D.E., febrero veinte (20) de mil novecientos noventa y uno (1991).

VISTOS

Procede la Corte a decidir el recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado Raúl Ambrosio Rivera Sierra contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de fecha 14 de febrero de 1990, confirmatoria de la primera instancia que lo condenó a la pena privativa de la libertad de dieciocho (18) meses de prisión como autor responsable del delito de falsedad en documento privado.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Los sintetizó la Delegada de la siguiente manera:

"Hacia el mes de febrero de 1985 entre los señores Jaime Eduardo Mora Baquero y Raúl Ambrosio Rivera Sierra, se celebró un convenio originado en presuntas actuaciones irregulares de un hijo del primero de los nombrados, el que dio origen a la expedición de varias letras de cambio en las cuales Mora Baquero se obligó a pagar mensualmente determinada suma de dinero.

"El convenio se elaboró en dos oportunidades, y se crearon dos series de títulos valores, en la segunda de las cuales en acto posterior a la elaboración se incluyó como codeudora solidaria a la sociedad Plastimora Ltda., y se colocaron fechas de vencimiento retroactivas a 1983; con estas últimas letras, por intermedio de apoderado el señor Rivera instauró acción ejecutiva ante el Juzgado 40 Civil Municipal de Bogotá.

"Por los hechos descritos, el deudor Mora Baquero formuló denuncia penal, con base en la cual el Juzgado 26 Superior abrió investigación y comisionó a un juez

de instrucción para la práctica de pruebas. Ya en vigencia del actual Código de Procedimiento Penal, el Juzgado 37 de Instrucción Criminal formuló resolución acusatoria en contra de Rivera Sierra por el delito de falsedad en documento privado.

"Adelantada la etapa de la causa, durante la cual se practicaron algunas pruebas, se produjo sentencia condenatoria por parte del Juez 11 Penal del Circuito, imponiendo pena de 18 meses de prisión, interdicción de derechos y funciones públicas por igual período y condena al pago de perjuicios en abstracto.

"El Tribunal Superior de Bogotá, mediante proveído del 14 de febrero de 1990 confirmó integralmente el fallo de primera instancia, sentencia que motiva el recurso sobre cuya demanda debo ahora conceptuar la delegada."

La demanda

El señor apoderado del procesado recurrente, aduce la causal primera de casación prevista en el artículo 226 del Código de Procedimiento Penal por considerar que "la sentencia acusada es violatoria, por vía indirecta de la ley sustancial, en virtud de ostensible y manifiesto error de hecho en el análisis de las pruebas aportadas al proceso; lo que determinó la aplicación indebida de normas de derecho sustancial", como lo son los artículos 26, 27, 28 y 221 del Código Penal.

Para la demostración del único cargo contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, el actor presenta en tres grupos los errores que considera incurrió el juzgador de segunda instancia, así:

a) "*De la indebida apreciación de las pruebas de cargo, de elementos de convicción que no son*".

Dice el casacionista que el Tribunal, en el fallo impugnado, apreció indebidamente como pruebas de cargo contra su representado, el documento remitido por la Cámara de Comercio donde se corrobora que la firma Plastimora S. A. se constituyó por medio de escritura No. 896 otorgada en la Notaría 14 de Bogotá el 16 de abril de 1985, al afirmar que Rivera Sierra mintió en cuanto al hecho de haberse obligado también la empresa Plastimora Ltda., pues la investigación demostró que dicha empresa se constituyó en el mes de abril de 1985.

Afirma la defensa que "la prueba en cuanto tal no tiene tacha pero no puede utilizarse *per se* como prueba de cargo para inferir de allí la inconsistencia del dicho del sindicado, no existe nexo lógico alguno entre la prueba del momento de constitución de la sociedad y la versión del indagado, para afirmar entonces que su dicho sea falso, jamás se dijo, ningún medio de prueba ha hecho pensar siquiera en que las letras hubieren sido firmadas en 1983; la versión del declarante, la versión del indagado y todas las pruebas aportadas apuntan a afirmar que las letras fueron firmadas en octubre de 1985. Si fueron firmadas para tal fecha –así lo dice el sindicado Rivera Sierra–, no puede inferirse que el miente por el hecho de que la sociedad haya sido constituida en abril de ese año, por el contrario, demuestra que ya para la época en que exigió a Mora Barreto (sic) la garantía de parte de la sociedad ésta existía, y ratifica que lo que sucedió fue que se convino la colocación de las fechas atrasadas en forma condicional –en caso de incumplimiento– como lo ha venido manifestando insistentemente el indagado."

Critica igualmente al Tribunal sentenciador por haber considerado el dictamen del Instituto de Medicina Legal, producido con ocasión del estudio de los títulos valores citados, como indicio de indebida justificación en el dicho del sindicado, no obstante que éste ha reconocido que la leyenda correspondiente a y/o Plastimora Ltda., fue un agregado posterior con el consentimiento del denunciante.

Para controvertir las afirmaciones del Tribunal en el fallo impugnado apunta el actor que "cuestión diferente es determinar cuándo se hizo, si se percataron inmediatamente de que faltaba dicho nombre, si estaba presente Jaime Mora Baquero o no, si éste firmó con precedencia a la colocación de esta frase o en forma posterior, en definitiva, si efectivamente el señor Mora Baquero quiso obligar desde un principio a la sociedad Plastimora Ltda., mediante la aceptación del título en nombre de la persona jurídica (pues si esto sucedió, la eventual incorporación en el texto –anterior o posterior– del nombre de la persona a quien se dirige la orden condicional propia de la letra de cambio, cuando ella ya se ha comprometido, es un hecho absolutamente inocuo); nada de esto puede probarse con el dictamen grafotécnico que se limita a informar la diversidad de tiempo en que se realizó una y otra anotación, pero no puede fijar las épocas ni la participación que hayan tenido las partes en tal edición".

Respecto de la diligencia de inspección judicial que se realizó en el Juzgado 40 Civil Municipal de esta ciudad donde se constató que en el libro radicador sólo aparece como demandado Jaime Mora Baquero, afirma el actor que "esta prueba no conduce a demostrar nada, ¿acaso cuando se demanda a veinte o treinta personas debe aparecer en el libro índice del juzgado el nombre de los treinta so pena de inferir una responsabilidad penal en el demandante? La inconsistencia de esta pretendida prueba salta a la vista."

Finalmente se refiere a la denuncia penal y sus ampliaciones para afirmar que "la sentencia parte de una grave equivocación y es dar por demostrado que al momento del cobro de la primera letra ya se había colocado fecha a las otras, cuando se ha dicho claramente que se colocaría fecha atrasada en caso de incumplimiento en el pago de alguno de estos títulos de más, tal como sucedió."

"Es el propio sindicado quien –reiteró hasta el cansancio– ha aseverado que la fecha de las tres letras subsiguientes quedaron en blanco y que fueron llenadas con fechas atrasadas, entonces, no repugna con la lógica que hayan sido llenadas con fechas precedentes existiendo una letra con fecha de noviembre de 1985, por la sencillísima razón de que ese era el convenio."

b) *La indebida apreciación de pruebas de descargo*

Considera el actor que el Tribunal Superior de Bogotá apreció indebidamente los testimonios de Florentino Martínez, Edgar Antonio Larrota y Rigoberto Urnaña, así como la indagatoria de Raúl Rivera Sierra. Transcribe los apartes más sobresalientes de sus versiones para concluir que ninguna contradicción aparece en ellas. Y si el Tribunal Superior en su sentencia afirma que "habría resultado sorprendente que las personas insistentemente citadas por el procesado hubiesen comparecido a declarar en sentido contrario a las explicaciones de éste", dicho argumento no merece refutación alguna "pues simple y llanamente no tiende a controvertir la veracidad del

dicho de los testigos, es una simple afirmación del Tribunal sin consecuencia alguna en el campo probatorio".

Por último anota que se desechó indebidamente el indicio de la existencia de un vínculo obligatorio por parte de la sociedad ejecutada, que se deriva de un hecho indicador tan claro como lo es el reconocimiento expreso que hace el denunciante Jaime Eduardo Mora Baquero sobre la imposición que él hizo del sello de la sociedad Plastimor en las letras de cambio, lo que habría permitido deducir que sí estaba obligada cambiariamente la sociedad "Plastimora" este indicio es desechado por cuanto Mora Baquero firmó los títulos valores entendiendo obligar a Plastimora Ltda., tal como lo puntualizó en el literal c) del numeral 1.1 de la demanda. La diferencia entre las firmas Plastimor y Plastimora es simplemente formal.

En cuanto a la afirmación que se hace en el fallo recurrido de "especialmente porque las letras las suscribió en la parte correspondiente a Jaime Mora Baquero como persona natural así hubiese llevado a cabo el hecho simple de sobreponer a su firma la leyenda del sello que lo acredita como representante de 'Plastimor' y lo que hizo el procesado fue adicionar el nombre de 'Plastimora Ltda', considera la defensa que esta argumentación parte a su vez del yerro gravísimo y ostensible... al pensar que el señor Jaime Mora Baquero firmó sólo como persona natural, cuando en la totalidad de letras de cambio aparece firmando en una doble calidad, es decir, como persona natural y como representante de la persona jurídica que decía comprometer en el documento obrante a fl. 6 nos remitimos por tanto a lo aclarado en el numeral (no lo consignó) del acápite de pruebas valoradamente en forma indebida".

c) *De la falta de apreciación de pruebas que demuestran la inocencia del sindicado Rivera Sierra.*

Considera el actor que el Tribunal Superior de Bogotá en su fallo no tuvo en cuenta pruebas fundamentales que demuestran la inocencia de su representado como lo son las que aparecen a folios 5 y 6 del cuaderno 1 las que demuestran fehacientemente la existencia de los dos convenios, uno del 22 y el otro del 30 de octubre de 1985.

"Estos contienen la descripción de todo lo tenido en cuenta para la emisión de cada uno de los dos juegos de cuarenta y cinco letras y se constata fehacientemente que Jaime Mora Baquero expresó en el último de los dos negocios su voluntad de... obligar a la sociedad Plastimora Ltda."

Demanda, en consecuencia, la absolución de su representado por considerar haber demostrado la aplicación indebida de los artículos 26, 27, 28 y 221 del Código Penal, por infracción de las normas de procedimiento que regulan la indagatoria del procesado (artículos 376 y ss.); la prueba documental (artículos 279 a 284); testimonial (artículos 285 a 295), indiciaria (artículos 262, 264 y 265) y la prueba pericial (artículo 266).

Consideraciones de la Corte y de la delegada

El censor presenta un solo cargo contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá que lo divide en tres capítulos. Dice que se violó indirectamente la ley sustancial

por errores de hecho manifiestos y ostensibles, pero los mezcla al querer demostrar la acusación, es decir, aquellos por falso juicio de identidad y los originados con la falta de apreciación de algunas pruebas, para predicar la violación de los artículos 26, 27, 28 y 221 del Código Penal, o sea, las normas relativas al "concurso de hechos punibles"; la regulación en la punibilidad y el límite de la pena aplicable en el concurso, luego de demandar la absolución total de su representado.

No puede resultar exitoso un recurso de esta índole, cuando se acude exclusivamente a la diferente apreciación que hace el recurrente sobre pruebas testimoniales e indiciarias, para desestimar el criterio expuesto por el Juzgador de instancia en su fallo, pues éste viene precedido de la doble presunción de legalidad y acierto.

Además, reiteradamente ha dicho esta Sala que cuando el recurrente funda su reproche en la causal primera de casación, por errores de hecho manifiestos, es necesario que demuestre su existencia, bien por la indebida apreciación de determinada prueba o porque el sentenciador ignoró su existencia o, al contrario, supuso la existencia de alguna que realmente no existe en el proceso o distorsionó su contenido al punto de presentarla contrariando su verdadero alcance.

Dentro de las anteriores premisas puede la Corte casar el fallo de segundo grado y dictar el que en derecho corresponda, mas le está prohibido, como reiteradamente lo ha sostenido la Sala y ahora lo destaca la Delegada Tercera en lo Penal, sustituir, completar o cuestionar la valoración que las instancias hayan realizado del caudal probatorio, pues el recurso de casación por su carácter de extraordinario exige ciertos rigorismos que lo diferencian de los de instancia.

Corresponde al casacionista la precisión del cargo, pues la Corte no puede convertirse en un tribunal de tercera instancia. El error debe ser ostensible y manifiesto, de fácil verificación en los autos, pues sólo así puede la Sala, demostrada su existencia, proferir el fallo de reemplazo.

Comparte la Corte el criterio de la delegada cuando consigna que "la demanda tal como está planteada carece de vocación de prosperidad, precisamente por falta de concreción y porque no logra demostrar error de ninguna naturaleza. En efecto, tratar de hacer una crítica exhaustiva de todas las pruebas, para señalar, con base en criterios opuestos a los que tuvo en cuenta el Tribunal, aparentes errores de apreciación, es vano intento de revivir etapas procesales ya superadas y definitivamente concluidas. El solo esfuerzo hecho por el recurrente para tratar de demostrar múltiples errores, recaídos sobre casi todas las pruebas recogidas a través del proceso, indica precisamente, lo contrario a lo evidente y manifiesto, notas esencialmente necesarias en materia de casación".

"De otra parte, la mayoría de los argumentos esgrimidos por el casacionista, no se refieren a errores de hecho en la apreciación de las pruebas, las que fueron debidamente valoradas, sino a las inferencias o deducciones que hizo el Tribunal de acuerdo con las reglas de apreciación conjunta orientada por la sana crítica (art. 253 C. de P.P.) campo vedado a la Corte cuando actúa como Tribunal de Casación..."

No obstante lo anotado por la Delegada, considerada la Sala que el casacionista guardó silencio respecto de pruebas fundamentales que apuntan inequívocamente a la

responsabilidad penal del procesado y que, en el evento de aparecer alguno de los errores invocados, tendría la Corte que desecharlos por cuanto otras pruebas mantendrían incólume el fallo recurrido.

En efecto, a folio 17 del cuaderno original No. 1, figura fotocopia del documento privado suscrito entre el sindicado y el señor Mora Baquero que fuera reconocido por el primero en su indagatoria. Tal pieza procesal indica que el día 22 de octubre de 1985, días posteriores al primer arreglo, se dejó expresa constancia de que las letras de cambio se libraban en blanco en cuanto a su fecha, para ser canceladas mes a mes y a partir del 10 de noviembre de 1985, pero en caso de incumplimiento en el pago de tres de ellas, Rivera Sierra estaba autorizado para ponerles la fecha a las restantes para poder exigir su pago en forma inmediata y con intereses al tres (3) por ciento, desde la fecha de su exigibilidad hasta el pago efectivo de las mismas.

No se puede pasar por alto que el día 21 de noviembre de 1985, es decir, cuando aún no había transcurrido un mes desde la fecha del compromiso, Rivera Sierra ya había llenado las letras de cambio y las entregaba a su apoderada para iniciar el correspondiente juicio ejecutivo. En esta última fecha aparece demanda ante el Juzgado Civil Municipal contra Baquero sin que éste tuviese obligación de pagar la segunda letra y las restantes, acción que demandó tanto el pago de los títulos valores como intereses no debidos al tres (3) por ciento desde el mes de noviembre de 1983, es decir, dos años atrás. De allí que el Juzgado 40 Civil Municipal mediante auto de fecha diciembre 5 de 1985 libró orden de pago por vía ejecutiva por la suma de cuatro millones trescientos mil (43 letras) y los intereses de esa suma desde que se hicieron exigibles los títulos valores (letras de cambio), o sea, desde el mes de noviembre de 1983 (dos años atrás de haberlas librado Mora Baquero), hasta que se verificara su pago (folio 22 actuación civil).

Finalmente, Rivera Sierra en su injurada manifiesta que las letras de cambio fueron entregadas a sus abogados en blanco y que éstos las llenaron según sus instrucciones. Sin embargo, su apoderada en declaración bajo juramento asevera que el procesado entregó las letras llenas y que ella se limitó a iniciar la acción ejecutiva que le fuera encomendada

Existe, pues, indicio grave de responsabilidad en cabeza del acusado y de modo alguno presentes los errores alegados por la defensa, lo cual, hace imprósperа la demanda, tal como lo solicita el Ministerio Público.

En mérito de los expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley NO CASA, el fallo recurrido de fecha, origen y naturaleza precitados.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Dídimo Páez Velandia, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael Cortés Garnica
Secretario

* * *

Peculado / Concusión

Cuando el funcionario se apropia del valor de las cauciones prendarias que ha recibido directamente, incurre en el tipo penal de Peculado y no en el de Concusión.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Didimo Páez Velandia.*
Aprobada Acta número 07-11-6/91.
Bogotá, D. E., febrero veinticinco (25) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Vistos:

Desata la Corte el recurso de apelación interpuesto por el procesado Eduardo Gaviria Bautista, ex Juez 3° Penal Municipal de Bucaramanga y su defensor contra la sentencia del Tribunal Superior de ese Distrito Judicial que lo condenó por los delitos de Peculado, Falsedad y Prevaricato, una vez rituada la instancia.

Los hechos investigados:

En agosto de 1984 correspondió al Juzgado 3° Penal Municipal de Bucaramanga, a cargo entonces del doctor Eduardo Gaviria Bautista, el proceso por lesiones personales que venía siendo adelantado por una Inspección de Policía contra Orlando Suárez Mendoza. Correspondía al Juzgado recibir caución prendaria por $22.596.00 para que Suárez pudiese seguir gozando de la libertad provisional otorgada. El 31 de agosto c. Juez recibió el dinero de la caución sin que al día hábil siguiente ni después hiciese la consignación respectiva; el dinero fue entregado junto con un memorial donde se hacía constar el hecho, cuya copia fue firmada por el ex funcionario, escrito original que no fue allegado al proceso. Días después por sugerencia del Juez, quien dio como excusa de la no consignación haber sido víctima de un hurto, se solicitó sustituir la caución prendaria por una juratoria a lo cual accedió el Juzgado, pudiendo así continuar gozando de la libertad el procesado.

Actuación procesal

Puestos en conocimiento de la autoridad los hechos referidos, se adelantó la investigación sumarial correspondiente que fue calificada con resolución acusatoria

por un concurso material de delitos de Peculado por apropiación, Falsedad por ocultamiento y Prevaricato por acción. Adelantada la causa se dictó sentencia condenatoria a 5 años de prisión e interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso. Dicho proveído es recurrido en apelación por el procesado y su defensor.

ALEGACIONES DE LAS PARTES

En oportunidad procesal alegaron en la instancia el señor Procurador Segundo Delegado y el procesado.

El colaborador fiscal en un detenido estudio del caudal probatorio encuentra que tanto el aspecto material como la responsabilidad del inculpado están debidamente acreditados en el proceso para proferir un fallo de condena. Demanda de la Corte confirmación de la sentencia con la modificación atinente al delito de Peculado por apropiación, pues en su sentir se dio el de Concusión en concurso con los demás deducidos.

El razonamiento pertinente del Ministerio Público es el siguiente:

"En lo concerniente al delito de *peculado*, imputado por el Honorable Tribunal Superior de Bucaramanga, esta Delegada considera que esa particular estructura típica (peculado por apropiación, artículo 133 C.C.P.) *no* corresponde a la adecuación del evento fáctico que nos ha ocupado, por las siguientes razones jurídicas:

"Para que exista el delito de *peculado* es necesario que el funcionario público se *apropie*, haga uso indebido o de aplicación oficial diferente a bienes del Estado o de particulares '...cuya administración o custodia se le haya confiado por *razón de sus funciones*...'. Lo anterior significa que no basta con que el funcionario establezca un nexo de *orden material* o causal con los bienes que caen bajo su órbita de vigilancia para que se estructure típicamente el delito. Por el contrario, se exige una estricta relación y dependencia *funcional* entre los bienes y el empleado oficial. Lo anterior significa que la ley (o reglamento) debe fijar como *funciones* específicas del cargo la de *administrar* o *custodiar* tales bienes. De esta forma, si el empleado se apropia de unos bienes sobre los cuales mantiene una mera relación de hecho o material surgida del ejercicio del cargo (*no de la función*), no se estructura el hecho punible contra la administración pública.

"De la interpretación de dicha norma, como es bien sabido, han surgido dos tesis extremas: la llamada concepción *amplia*, la cual sostiene que con la simple relación material sobre los bienes se estructura el punible, así dicha custodia o administración no haya sido adscrita en forma inequívoca por la ley, y de otra parte, la denominada teoría *restringida*, de acuerdo con la cual la función de administrar o custodiar surge en forma explícita de las previsiones legales o reglamentarias, sin que pueda extenderse a las simples relaciones de hecho. Para sustentarla, entre otros argumentos se invoca el artículo 63 de la Constitución Nacional, el cual señala que en Colombia no habrá ningún empleo 'que no tenga funciones detalladas en la ley o reglamento'; es decir, que sólo una relación funcional estricta permite estructurar el tipo penal invocado.

"Así lo ha sostenido mayoritariamente la doctrina tanto foránea como nacional (Cfr. Puig Peña, Federico, Derecho Penal, parte especial, T. III, Barcelona, 1960, pp. 87 y ss.; Soler, Sebastián, Derecho Penal Argentino T.V., B.A. 1951; Pérez, Luis Carlos, Tratado... T.III. Temis, 1968, pp. 180; Cancino, Antonio José, El Peculado, Temis, 1983, pp. 78 y ss., entre otros).

"La Honorable Corte Suprema de Justicia, últimamente ha deslindado los criterios teóricos expuestos, reconociendo la tesis restringida, pero precisando el alcance del concepto de *administración* el cual supone que la relación funcional debe derivar de la ley (o reglamento) en forma que podríamos llamar 'inmediata' o 'mediata' (Cfr. Franco, Uriel, El Peculado, Temis, 1987, p. 77).

"Dijo la Honorable Corte, en casación de seis de diciembre de 1982, en uno de sus apartes sustanciales: .

"En estos casos la vinculación previa del individuo a la administración pública, asume una señalada importancia en cuanto, si ella le permite al sujeto activo tener en su esfera de disponibilidad determinados bienes que, de otra manera, hubieran escapado a su acción, esa relación lo hace responsable, a título oficial, por la suerte de los mismos y si se lo apropia, los usa indebidamente, o les da aplicación oficial diferente de la que les corresponde, incurre en peculado como si la ley los hubiera puesto expresamente a su cargo o lo hiciera, en forma explícita, responsable de su suerte" (M.P., Dr. Luis Enrique Aldana Rozo).

"Pero a más del anterior elemento, existe otro de notable importancia para la configuración típica del punible en cuestión; se trata de que los bienes deben *ingresar* a la esfera de custodia o administración estatal en forma *lícita*; así lo exige la descripción típica al disponer que la prohibición real sobre los bienes '*...cuya custodia o administración se le haya confiado por razón de sus funciones...*'.

"La Honorable Corte lo ha reiterado así:

"'...Es incuestionable que también los funcionarios o empleados públicos pueden ser sujetos activos de esta infracción contra el patrimonio. La semejanza de las dos figuras de delito han hecho afirmar que el peculado, en su genérica configuración no es más que una apropiación indebida cometida por un funcionario público. En la una como en el otro, y de acuerdo con el verbo actor de la conducta ejecutiva que es el de la apropiación, existe el presupuesto de la posesión o tenencia, ora material, o ya alinderada a través de la disponibilidad jurídica del objeto material sobre el cual recae la conducta que consuma la infracción tenencia o posesión que en ambas hipótesis, *debe ser legítima, porque si se ha obtenido a través de un medio ilegítimo, como la sustracción, el fraude, la violencia*, etc., entonces *la figura delictiva que se presenta no será la que implica una apropiación del bien, sino la que corresponda a la modalidad ejecutiva de la conducta descrita en el verbo...*' (C.S.J. Sala Penal, casación de tres de agosto de 1976, M.P. Dr. Jesús Bernal Pinzón) (destacado fuera de texto).

"De ahí que la misma Corporación ha sostenido que en este supuesto típico el empleado oficial se apropia –si a ello corresponde la conducta-- directamente los bienes sin necesidad de fraude alguno, es decir, que ella no requiere exhibir el

engaño o la violencia para hacerse entregar los caudales o efectos. Por esta razón se ha dicho que el peculado es un *delito unilateral*.

" 'Por otro aspecto, algunas infracciones son de realización unilateral, en el sentido de que toda la conducta ejecutiva se realiza sin colaboración ajena diversa a la de los cómplices, y en las cuales el sujeto toma los bienes u objetos, tal como sucede en el hurto, robo, el abuso de confianza, el peculado, etc., mientras que otras *estructuralmente* son *bilaterales* en cuanto suponen la cooperación o colaboración del ofendido. En estos casos el agente del delito, no toma, no se apodera, no sustrae ni se apropia de un bien, sino que lo hace *entregar*, mediante engaño o el ejercicio de la violencia física o moral, en lo que claramente puede advertirse el consentimiento del ofendido para el desplazamiento del bien, aunque ese consentimiento sea viciado y por consiguiente inválido' (C.S.J., Sala Penal, casación agosto seis de 1975, M.P., Dr. Federico Estrada Vélez) (destacado fuera del texto).

"Pues bien, pareciera que el Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga no reparó en este último elemento estructurador indispensable para la configuración típica del peculado (por apropiación, en nuestro caso), ya que son claros los hechos en señalar que el dinero equivalente a la caución fue entregado al Juez por *instrucciones* de éste; es decir, que la apropiación sí se produjo, pero previa a la *inducción* que desplegó el funcionario para que se le hiciera la entrega voluntaria de dicho dinero. Esto significa que la apropiación contó con la participación espontánea del sindicado y su abogado defensor para la entrega del dinero, lo cual no concuerda con la exigencia típica que caracteriza la *unilateralidad* de este delito, en cuanto a la apropiación se refiere, como ya se pudo demostrar. Luego entonces, en el caso que nos ocupa, existió una *bilateralidad* en cuanto al despliegue de la conducta, ya que la misma contó con el concurso voluntario del sindicado y su abogado defensor para la entrega del dinero de la caución prendaria procesalmente impuesta.

"Por lo tanto, bajo los supuestos fácticos conocidos al proceso, dicho funcionario lo que hizo fue *inducir* para que se le entregara el dinero (convalido por su condición de juez, y con el definido ánimo de apropiárselo), lo cual supone que dichos caudales ingresaron *ilícitamente* a su órbita de administración.

"De acuerdo con las precisiones indicadas en el acápite anterior, la Delegada considera que, de acuerdo con los presupuestos fácticos delineados en el proceso, la conducta desplegada por el Juez configura la estructura típica del delito de *concusión*; veamos por qué:

"En efecto, el artículo 140 del Código Penal preceptúa, al texto:

" 'El empleado oficial que abusando de su cargo o de sus funciones, constriña o *induzca* a alguien a *dar* o prometer al mismo empleado o a un tercero, dinero o cualquiera otra utilidad *indebidos*, o los solicite, incurrirá...' (destacado fuera de texto).

"Como se puede ver, el Juez, abusando de sus funciones, *indujo* al abogado defensor y al sindicado para que le entregaran a él la suma de dinero equivalente a la caución prendaria impuesta ($22.596.00, fl. 337), entrega que se produjo en forma

voluntaria y espontánea por parte de aquéllos. Además existió el manifiesto propósito de apropiarse de dichos caudales.

"Inducir es 'instigar, persuadir o mover a uno' según la definición de la Academia, y que la doctrina penalística ha aceptado sin mayor reserva para interpretar este tipo penal, lo cual significa que el Juez 'movió' al abogado y a su defendido a que le entregaran el dinero de la caución, quienes creyéndolo prudente, por el error en que los hizo incurrir en engaño, así lo hicieron.

"Es evidente, como se resalta en las declaraciones de José William Sánchez, del abogado Miguel Montero Martínez y de su defendido Orlando Suárez Mendoza, que ellos temían por la libertad del último de los nombrados ante el apremio para entregar la caución prendaria, debido a que ésta era su condicionante, surgiendo así el elemento del delito introducido por Farinaccio del llamado '*metus publicas potestatis*'.

"Además, se resalta, para clarificar la conducta que concuerda con el término usado en la descripción típica, que el funcionario actuó *abusando del cargo*, pues éste no tenía funcionalmente ninguna capacidad para tramitar o recepcionar la caución impuesta; no hubo abuso de la función (pues no la tenía), sino del cargo.

"Finalmente se advierte con facilidad que el dinero obtenido y apropiado por el Juez era *indebido*, pues dicho enriquecimiento no tenía causa alguna. Se resalta del mismo modo, la manifiesta intención del funcionario para apropiarse del dinero, como se desprende con claridad no sólo de esa específica conducta, sino del contexto de los hechos surgidos de todo el proceso finalístico de la acción punible, como luego se verá. Por otra parte, la modalidad de la conducta desplegada por el Juez, permite definir la existencia de la llamada concusión 'implícita'.

"La Honorable Corte ha dicho:

"'La concusión –que en un principio se confundió con el cohecho– es la exacción ilegal que hace un funcionario o empleado, consiste en un abuso de autoridad que suscita en la víctima un temor o también un error que la determina a dar o prometer algo que no debe. Por tanto, son elementos esenciales de este delito: el abuso de poder –que es el medio– y la entrega o la simple promesa de dineros o de cualquiera otra utilidad, que es el fin... 'Pero el abuso de autoridad constituido por la exigencia arbitraria no sólo es aquel que entraña la concreta ejecución de una amenaza injusta, sino toda otra manifestación del funcionario o empleado público que influye en la voluntad de la víctima para inducirla a prometer o entregar lo que se le pide sin causa legal. En este último evento, basta el temor genérico que la autoridad suscita en el ánimo de quien acepta la exigencia injusta. De allí que haya una concusión explícita constituida por el empleo de medios claramente coactivos que vencen el consentimiento del sujeto pasivo del delito; y otra concusión implícita que consigue igual resultado, pero mediante un exceso de autoridad que va latente y oculto en la demanda del funcionario. En el primer caso, se amenaza abiertamente con un acto de poder, en el segundo se obtiene la dádiva en forma sutil y fina, debida al habilidoso abuso de funciones que se ponen en el juego' (Auto, 25 de mayo de 1948, G.J. números 2066-2067, pp. 100 y ss.).

"En conclusión, esta Delegada considera que estamos en presencia procesal de un delito de *concusión* y no de *peculado por apropiación*, como lo sostuvo el Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga; sobre este supuesto jurídico se sugiere a la Honorable Sala se sirva modificar la imputación efectuada en la sentencia apelada, de conformidad a lo expuesto."

Por su parte, el sentenciado pide sea revocada la sentencia y en su lugar se absuelva, pues dice ser inocente de las imputaciones que se le formularon. Cree ser víctima de una venganza del abogado quien comprometido en un proceso penal resolvió acusarlo de un hecho que supuestamente ocurrió 4 años antes, lo cual resta credibilidad a la denuncia y al dicho de los testigos que lo avalan.

Descalifica así mismo la prueba pericial que le atribuye como suyos la firma y sello que aparecen en la copia del escrito presentado con la caución por haber tenido como patrón muestras escriturarias tomadas en la investigación disciplinaria sin presencia de apoderado lo que hace inexistente la diligencia.

En cuanto al Prevaricato por la sustitución de caución, dice no ocurrió ya que se limitó a cumplir la ley procesal vigente que lo permitía.

Consideraciones de la Corte

1ª La imputación hecha por el abogado denunciante al Juez procesado, como acertadamente lo destacan el Tribunal y la Delegada, se encuentra demostrada en grado de certeza. En efecto, el Juez sí recibió el dinero como caución para la libertad del sumariado en un proceso de su conocimiento, pues tal circunstancia aparece consignada en el documento cuya copia al carbón obra en autos en la cual aparece una firma y un sello del Juzgado como constancia de recibo (fl. 337).

Para verificar la coincidencia grafológica de la firma allí consignada con la del Juez, presunto signatario, se envió el documento con las muestras tomadas a la División de Laboratorios e Identificación del DAS en donde el experto concluye "en principio y solamente en principio" había correspondencia monoestructural con la escritura del procesado, sugiriendo para un mejor análisis remitir abundante "material patrón lo más coetáneo posible con las grafías motivo de duda" (fl. 25).

Con base en dicha sugerencia, se remitió material indubitado del procesado en mayor cantidad y del sello del Juzgado; el DAS, mediante pericia correspondiente, concluyó que la firma dubitada fue colocada por el Juez procesado y el sello que allí aparece es el utilizado oficialmente por el Juzgado (fl. 322).

No es, sin embargo, solamente la prueba técnica la demostrativa del hecho. También dan cuenta de él los testimonios del abogado Montero Martínez, de su defendido Suárez y el de Jorge William Sánchez los que afirman que por "instrucciones" del Juez el dinero en efectivo de la caución a él se le entregó, quien firmó la copia del escrito que daba cuenta del hecho; Sánchez dice que ese escrito fue elaborado en su propia máquina. Además, el abogado sostiene que debido a la amistad que tenía con el Juez éste le manifestó que el dinero se lo habían hurtado del despacho y que, como no quería que trascendiera el hecho, estaba dispuesto a cambiar la caución prendaria por una juratoria, como efectivamente ocurrió.

La circunstancia de llevar fecha agosto 30 el memorial de solicitud y el auto que ordena la recepción de los testimonios, lo que se aduce para sacar avante la defensa fundada en la no recepción del dinero el día 31, no tiene poder de convicción toda vez que, según inspección judicial, la fecha de recibo del memorial no está respaldada por firma alguna y, además, si el auto con el cual asume la competencia, que es su primera actuación en el proceso, tiene fecha agosto 31, necesariamente la solicitud de sustitución de caución fue en fecha posterior como lo afirma el abogado Montero Martínez.

En igual sentido ha de afirmarse que por haberse denunciado el hecho solamente cuatro años después de ocurrido, no necesariamente es cuestionable la imputación, pues lo cierto es que para ese entonces existía, como lo reconoce el testigo, una buena amistad entre Juez y abogado y en tales circunstancias es perfectamente explicable que sólo cuando esa amistad vino a menos por razones de ejercicio profesional, pues el procesado para ese entonces ya no era Juez y sí litigante, se diera a conocer lo ocurrido; lo importante es que lo denunciado ha sido comprobado y aún conserva el Estado su poder represivo.

2ª La condición de Juez y el desempeño del cargo para la época de lo acontecido, requisito indispensable para la estructuración de los hechos punibles por los cuales se ha condenado, se encuentran demostrados con medios de prueba legalmente aportados, por lo que debe ocuparse la Corte seguidamente de dichas infracciones, dejando de lado la calificación en referencia.

El peculado por apropiación: *En los términos del artículo 133 del C.P., la apropiación que hace el empleado oficial en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de particulares, cuya administración o custodia tenga por razón de sus funciones, es necesariamente "peculado por apropiación".*

Los dineros que recibió el procesado, haya o no partido de él la iniciativa de entrega, le fueron dados en su condición de Juez y como caución prendaria dispuesta por auto vigente en un proceso de su competencia. Tenía, entonces, desde el momento de recibirlos, el deber de custodia y la disponibilidad de los mismos en derecho sólo a él le correspondía. La entrega no fue el resultado de un constreñimiento, o la exigencia simple de ellos, en el evento de aceptar la iniciativa del funcionario, no era acto indebido o arbitrario, sino ley del proceso. Por manera que tal conducta no puede ser tipificadora de Concusión, como desafortunadamente lo sostiene la Delegada.

La irregular costumbre que aún impera por desgracia en algunos Juzgados de provincia de recibir las cauciones prendarias directamente por el Juez no desfigura el tipo penal de Peculado cuando el funcionario se apropia de ellas. Así lo ha sostenido la Corte en varias oportunidades. Por ejemplo, en sentencia de mayo 30 de 1990 con ponencia de quien aquí funge como tal, la Corte dijo: "Recibir las cauciones directamente por el Juez que las impone es una práctica que no sólo desatiende el mandato legal que disponía hacerlas en el Banco Popular o en su defecto en las Oficinas de la Caja de Crédito Agrario, sino que constituye alto riesgo para quien asume la custodia de esos dineros bien por acción de los amigos de lo ajeno, ora como seductora tentación para quien los guarda... Ello, entonces, es revelador de un claro propósito de usar indebidamente esos caudales que en forma innecesaria y contra norma expresa recibió, comportamiento que aun cuando recae sobre dinero, ciertamente tipifica un Peculado

por apropiación, como acertadamente lo destaca la Delegada y lo tiene determinado la jurisprudencia. En efecto, en enero 27 de 1987, con ponencia del Magistrado Gómez Velásquez, sostuvo la Corte "...El Juez, cualquier Juez, sabe que los dineros no pueden ingresar sino a entidades expresamente indicadas por la ley y que el esfuerzo por desconocer esta obligación, constantemente infructuoso, resulta todavía más improcedente e inadmisible cuando la pretensión busca conseguir una autorización del ordenamiento jurídico para disponer caprichosamente del dinero recibido a título de gestión oficial...".

"Cuando la ley exige que las cauciones se presten ante las entidades crediticias correspondientes, implícitamente quiere que el funcionario judicial no las reciba y menos aún, pueda tener la disponibilidad amparándose en el carácter fungible del dinero y el deber que impone al depositario de tal bien el artículo 2246 del C.C.; aquí, no puede ser depositario el Juez, y si por alguna excepcional circunstancia recibe el valor de una caución, asume la responsabilidad de guarda o custodio del mismo, no la de depositario. Eso fue lo afirmado por la Corte en la providencia en cita, al precisar la improcedencia de la norma de derecho privado en esta relación de derecho penal examinada, cuando agregó: ... De ahí que no pueda aplicarse una serie de conceptos, de carácter privado, a una relación eminentemente pública, regida por otras disposiciones de diferente contenido, desarrollo y alcance. El obligado se ve compelido a cumplir con la entrega de un dinero, que no 'deposita' aunque verifique una consignación bancaria a órdenes del Despacho Judicial, o por mandato de éste para un tercero, a fin de uno y otro, según los términos de la decisión que la causa, lo afecten. El Juez, en este caso, nada recibe en depósito ni puede disponer en provecho suyo ese dinero. La ley le veda toda intervención al respecto. De donde mal puede aplicarse un precepto con notoria connotación de relación privada, en la cual el punto de partida lo constituye la posibilidad de 'emplearlo' para personal provecho o de un tercero ligado al depositario. Tan cierta resulta esta consideración, que si se llega a admitir la eventualidad de este 'empleo', no puede ni siquiera hablarse de uso indebido sino de un obrar conforme a derecho, pues se está haciendo con base en mandatos de la ley, en el campo civil, que auspician esta conducta...".

La falsedad por ocultamiento de documento público: También está comprobado que el escrito en donde se anuncia la entrega del valor de la caución lo recibió el Juez en calidad de tal para que obrara en el proceso demostrativamente de un hecho de relevancia jurídica, como que se trataba de dar cuenta de la satisfacción de una obligación procesal; la copia al carbón del mismo que obra en autos así lo demuestra y su ingreso al proceso se acreditó con la firma del Juez y el sello de Juzgado sobre lo cual hay certeza judicial, como acaba de demostrarse. No obstante ser dicho escrito un documento suscrito por un particular, su carácter de documento público es incuestionable por su incorporación jurídica a un proceso que es documento público por su propia naturaleza, incorporación que se da desde el momento de su presentación al empleado público. La inspección judicial a dicho proceso demuestra que el Juez no lo agregó como era su deber, tipificándose ciertamente el hecho punible descrito en el artículo 3° de la Ley 43 de 1982, modificatorio del artículo 223 del C.P.

Respecto a la descalificación que de la prueba pericial que acredita la entrega del original del documento, planteada por el procesado, no genera la inexistencia

alegada por cuanto las muestras escriturarias fueron recepcionadas legalmente en la investigación disciplinaria y su traslado al proceso penal se cumplió en la forma señalada en el artículo 256 del C. de P.P., pudiendo procesado o defensor conocerla y cuestionarla oportunamente. El efecto probatorio posterior que la pericia produjo en relación con dichas muestras, reafirman la legalidad del procedimiento y la ninguna vulneración al derecho de defensa, pues la misma objetó el dictamen sólo que con posterioridad desistió.

El Prevaricato por acción: La imputación formulada en el pliego de cargos bajo la calificación de Prevaricato se hace consistir en haber sustituido la caución prendaria por una juratoria, pues ello solamente lo permite la ley en el evento en que se demuestre la carencia de recursos. Esta circunstancia, acreditada con prueba testimonial, aparece en el proceso por lo que el procesado sostiene no haber tenido ocurrencia este hecho punible ya que su actuación fue conforme a derecho.

Razón tendría el recurrente si la premisa en la cual funda su deducción fuese cierta; sin embargo, la verdad procesal es diferente. Si Suárez prestó la caución prendaria que se le fijó, como quedó demostrado, sustituir a instancia del Juez esa caución por una juratoria solamente porque no se quería que trascendiera el supuesto hurto, no le quita lo manifiestamente contrario a la Ley de dicha decisión, pues ciertamente no podían reunirse los requisitos para esa sustitución cuando ya había sido prestada la caución prendaria. El hecho constituye, entonces, un ardid encaminado a ocultar el apoderamiento indebido de los dineros entregados pero que conserva, como lo sostuvo el Tribunal, autonomía delictual por cuanto lo uno (el apoderamiento) no dependía necesariamente de lo otro (la decisión prevaricadora).

Reunidas las exigencias legales para condenar se imponía la sentencia proferida por lo que habrá de confirmarse con la adición siguiente: Según el criterio legal de dosificación, el mínimo es el de tres (3) años que señala el delito más grave, la falsedad por destrucción de documento público, aumentada en un año por las circunstancias de gravación punitiva deducidas del artículo 66 del C.P., y un año más por el concurso material de delitos, quedando como pena privativa de la libertad la de 5 años de prisión.

Ha de tenerse en cuenta que si bien la circunstancia de agravación punitiva del numeral 11 del artículo 66 del C.P., implica la consideración de la calidad de Juez, aspecto que cualifica la triple conducta deducida, la Corte ha considerado que ello no afecta el *non bis in idem* por cuanto: "... 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 (ord. 11 del artículo 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" (Sentencia de noviembre 21/90. M.P. Dr. Guillermo Duque Ruiz).

Olvidó el Tribunal que según el artículo 27 del C.P., son acumulables las penas en el evento del concurso y el Peculado tiene como pena principal además de multa, la interdicción de derechos y funciones públicas. Deberá, entonces, adicionarse el fallo en el sentido de imponer al condenado multa de $10.000.00 a favor del Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia con destino a defensoría pública (art. 446 del C. de P.P.) e interdicción de derechos y funciones públicas por un término igual al de la pena privativa de la libertad.

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

RESUELVE:

CONFIRMAR el fallo apelado con la adición consistente en imponer al condenado, además de la pena de prisión señalada, multa de $10.000.00 a favor del Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia con destino a defensoría pública (art. 446 del C. de P.P.) e interdicción de derechos y funciones públicas por un término igual al de la pena privativa de la libertad.

En firme, devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Dídimo Páez Velandia, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M. (parcialmente salvó su voto).

Rafael I. Cortés Carrica
Secretario

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

La circunstancia de agravación punitiva que trae la sentencia –ordinal 11 del artículo 66 del C.P.– no fue deducida en el calificatorio y sí en el fallo. En similares ocasiones he expuesto mi concepto de que al procederse así se viola el derecho de defensa. Me basta, entonces, para sostener mi criterio disidente, recordar lo que a propósito del asunto he dicho:

"...1. Jamás se ha puesto en debate que el acto 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. 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..."

Con todo respeto,

Jorge Enrique Valencia M.

Fecha *ut supra*.

* * *

Excarcelación / Narcotráfico / Jurisdicción de orden público

El artículo 4º del Decreto 1203 de 1987 que prohíbe la excarcelación de quienes se hallen sindicados o condenados por algunas conductas previstas en la Ley 30 de 1986, se halla vigente, porque el Decreto 2790 de 1990 no derogó ese mandato.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Edgar Saavedra Rojas.*
Aprobada Acta número 13.
Bogotá, D.E., veintiséis (26) de febrero de mil novecientos noventa y uno (1991).

Vistos

El procesado Luis Ernesto Piedrahíta, solicita el beneficio de libertad provisional al considerar que el Gobierno Nacional con la expedición del Decreto número 2790 de 1990, derogó los Decretos 1202 y 468 de 1987 que prohíben el beneficio de excarcelación a quienes infrinjan la Ley 30 de 1986 o Estatuto Nacional de Estupefacientes.

Consideraciones de la Corte

El Juzgado 5º Especializado de Cali inició la correspondiente investigación penal con base en la diligencia de allanamiento practicada por la Juez 3ª Especializada de esa ciudad y con fecha 24 de junio de 1989, decretó medida de aseguramiento consistente en detención preventiva contra las acusadas Luz Nayibe Castro e Indela Quiñónez Portocarrero. A su vez, ordenó remitir las diligencias al reparto de los Juzgados Penales del Circuito, por competencia, ya que la cantidad de estupefacientes incautada (1.160 gramos) no le permitía seguir adelantando la investigación y calificar su mérito.

El Juzgado Tercero Penal del Circuito de Cali, avocó el conocimiento de la investigación y luego de oír en indagatoria a Luis Ernesto Piedrahíta, le dictó medida

de aseguramiento de detención preventiva la que se hizo efectiva el 5 de diciembre de 1989, luego de habérsele citado a audiencia pública. Mediante sentencia de fecha 17 de mayo de 1990, se le absolvió de los cargos por tráfico de estupefacientes y se le negó el beneficio de libertad hasta tanto no fuera confirmada la decisión tomada. El Tribunal Superior de Cali en fallo de fecha 31 de julio siguiente, revocó la absolución y en su lugar lo condenó a la pena privativa de la libertad de cuatro (4) años de prisión.

A Luis Ernesto Piedrahita se le ha negado reiteradamente el beneficio de libertad provisional por expresa prohibición del artículo 4º del Decreto 1203 de 1987, el cual se halla vigente, pues, la norma invocada por el memorialista (Decreto 2790 de 1990) no derogó tal mandato.

El Gobierno Nacional con base en el artículo 121 de la Constitución Nacional expidió el decreto citado que contiene el "Estatuto para la Defensa de la Justicia", mediante el cual se modifican algunas competencias, se organiza la jurisdicción de orden público y se establecen procedimientos.

En el artículo 11 fija la competencia para conocer de procesos por las conductas previstas en los artículos 32 y 33 de la Ley 30 de 1986, a los Juzgados Penales y Promiscuos del Circuito, cuando la cantidad de estupefacientes, como lo es en el presente caso, es de dos mil (2.000) gramos o menos de cocaína o sustancia a base de ella, y el procedimiento en esos eventos, será el previsto en el Código de Procedimiento Penal, esto es, el ordinario, o el abreviado de estar presentes los requisitos del artículo 474 ibidem, a partir del 16 de enero del presente año, exclusivamente en los asuntos en los cuales no se haya dictado auto de citación para audiencia pública. *En los que ya se hubiese proferido, se continuará con el procedimiento especial bajo el cual se tramita el asunto.*

En tales condiciones y como quiera que contra Luis Ernesto Piedrahita, no solamente se le había citado a audiencia pública, sino dictado fallo condenatorio, ninguna favorabilidad puede alegarse ya que, las normas que prohíben la excarcelación de quienes se hallen sindicados o condenados por las conductas reseñadas, deben aplicarse tanto en la jurisdicción de orden público como en la ordinaria.

Finalmente, dada la sanción que se le impuso en el fallo de segundo grado y el tiempo efectivo en reclusión (desde el 5 de diciembre de 1989) el peticionario no acredita el factor cuantitativo de la pena a que se refiere el artículo 72 del Código Penal, razón por la cual, habrá de negársele la excarcelación pedida.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, NIEGA al procesado Luis Alberto Piedrahita, el beneficio de libertad provisional.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Dídimo Páez Velandia, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael Cortés Garnica
Secretario

* * *

IMPEDIMENTO — Etapas procesales

La intervención de los funcionarios en asuntos relativos a los conflictos de competencia, impedimentos, recusaciones, cambio de radicación, etc., en la etapa instructiva, no les impide conocer del proceso en el juicio.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel.*
Aprobada Acta número 014, febrero 27 de 1991.
Bogotá, D.E., marzo primero (1º) de mil novecientos noventa y uno (1991).

VISTOS

Procede la Sala de Casación Penal a resolver de plano el impedimento manifestado por el doctor Jairo Remolina Cáceres, Magistrado del Tribunal Superior de Bucaramanga, fundado en lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 535 del Código de Procedimiento Penal, por haber conocido con anterioridad de las apelaciones que se surtieron en la etapa de investigación.

ANTECEDENTES

1o. Al Juzgado 12 de Instrucción Criminal de Bucaramanga, le correspondió adelantar un proceso contra Carlos Ortega Rivero y otros, por los delitos de peculado y falsedad, en el que se interpuso el recurso de apelación contra las providencias que resolvieron la situación jurídica y después contra la calificación del sumario.

De otra parte, en la investigación se suscitó un conflicto de competencia negativa, el cual fue dirimido por el Tribunal.

2o. El examen de la actuación relacionada con la impugnación de la medida de aseguramiento y la colisión, le correspondió a Salas de decisión de las cuales no hizo parte quien se ha declarado impedido. Respecto al recurso interpuesto contra la resolución de acusación, de él se desistió y fue aceptado por el Tribunal con la intervención del Magistrado Remolina Cáceres.

La Sala que no accedió a la propuesta de impedimento consideró "... No ocurre lo mismo en relación con el honorable Magistrado doctor Jairo Remolina Cáceres. Autorizó el reparto como Presidente de la Sala (flo. 2 cdno. 2 segunda inst.) e integró la Sala de decisión que aceptó el desistimiento de la apelación interpuesta contra la resolución de acusación (flos. 19 a 20 cdno. 6) sin haber intervenido en actuación de fondo relacionada con los procesados o con la esencia de los hechos ni comprometido su criterio en manera alguna, razón por la cual compartiendo el pensamiento expuesto por la honorable Corte en auto del 19 de septiembre de 1990 con ponencia del Magistrado doctor Jorge E. Valencia Martínez, considera esta Sala que la causal alegada por el doctor Remolina Cáceres no es aceptable, su impedimento no está fundado, pues no opera en su caso el artículo 535 del C. de P.P., corresponde entonces al Magistrado Jairo Remolina Cáceres ser el conductor del proceso en referencia".

Consideraciones de la Sala:

En verdad, como atinadamente lo consigna el Tribunal de origen en su pronunciamiento, no se ha presentado causal legal de separación del conocimiento por parte del Magistrado doctor Remolina Cáceres.

Su actividad en la etapa sumarial se limitó a efectuar cuestiones de trámite, como presidir el reparto del proceso, y aceptar el desistimiento de un recurso, de modo que la idea que inspira al artículo 535 del C. de P.P. no sufre ninguna lesión con la intervención del doctor Remolina en esta oportunidad, pues su criterio sobre el problema de fondo no ha sido expuesto. Por esta razón, la Corte ha sostenido que la intervención de los funcionarios en aquellos asuntos relativos a los conflictos de competencia, impedimentos, recusaciones, cambio de radicación, etc., en la etapa instructiva, no les impide conocer del proceso en el juicio.

En la jurisprudencia citada por el Tribunal, cuyo criterio ha sido reiterado por esta Corporación, se dijo:

"En otras palabras y como ya en pretéritas oportunidades lo ha señalado esta Corte, conforme el texto de la norma aludida, la intervención de un Magistrado, en la etapa de instrucción y en actuación de fondo como son aquellas mediante las cuales y en diversos instantes se decide sobre la situación jurídica de una persona que se encuentre sub judice, *le impide conocer del proceso en el período de la causa, exclusión ésta que no opera cuando la Sala ha adoptado –en fase sumaria o instructiva decisiones relativas al trámite del expediente como el determinar qué juez es el competente para cumplir el diligenciamiento de aquél".*

El motivo de impedimento planteado por el Magistrado Remolina Cáceres no puede aceptarse, por ello la Corporación lo declara infundado.

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

Resuelve:

Declarar infundado el impedimento manifestado por el doctor Jairo Remolina Cáceres, Magistrado del Tribunal Superior de Bucaramanga.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Dídimo Páez Velandia, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Edgar Suavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael Cortés Carmica
Secretario

* * *

Resolución de Acusación / Sumario – Instrucción

La resolución de acusación no es un simple acto de instrucción, se trata de una pieza de vital importancia para la posterior prosecución del juicio.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Edgar Saavedra Rojas.*
Aprobada Acta número 011, febrero 20 de 1989.
Bogotá, primero (1º) de marzo de mil novecientos noventa y uno (1991).

Vistos

Por sentencia del veinte de abril de mil novecientos noventa, que incrementó la pena que se impusiera a los procesados en primera instancia, el Tribunal Superior de Tunja condenó a los señores Miguel Angel Alvarez Gómez y Baudilio de Jesús Muñoz Mesa a las penas principales de veinticuatro y dieciocho meses de prisión, respectivamente, como coautores del delito de falsedad en documento público.

El fallo de primer grado había sido pronunciado por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de la misma ciudad el día veinticinco de julio de mil novecientos ochenta y nueve.

El apoderado del sentenciado Alvarez Gómez interpuso oportunamente el recurso extraordinario de casación que fue admitido por la Corte en auto del veintidós de junio del año próximo pasado. Presentada la demanda, declarada la misma ajustada a los requisitos de ley y oído el concepto del Procurador Primero Delegado en lo Penal, procede la Sala a resolver lo que fuere pertinente luego de hacer la síntesis de los siguientes:

Hechos

La Caja de Compensación Familiar de Boyacá (Comfaboy), celebró en el año de mil novecientos setenta y nueve un contrato de sistematización del subsidio familiar de sus empresas afiliadas, con la firma Sistemas Boyacá Ltda., representada por el señor Miguel Angel Alvarez Gómez, persona ésta que se debería encargar de crear los

archivos magnéticos correspondientes y procesar los datos a fin de expedir los cheques con los cuales se pagará a los trabajadores que tuviesen derecho al auxilio de subsidio familiar.

En desarrollo de aquel acuerdo, Alvarez Gómez adicionó los reportes que mensualmente recibía de la empresa Acerías Paz del Río, datos pertenecientes a personas inexistentes, fallecidas o que por alguna causa no tenían derecho al subsidio familiar y logró de esta forma que el computador produjera cheques que no debían ser emitidos, los cuales fueron oportunamente firmados por quienes estaban autorizados para ello y contra las cuentas corrientes que Comfaboy poseía en el Banco Comercial Antioqueño, oficina de Sogamoso, y Banco del Comercio de Duitama.

Obtenidos así los títulos valores, algunos los entregó Alvarez Gómez al señor Baudilio de Jesús Muñoz Mesa, quien por sí mismo o valiéndose en ocasiones de la ayuda –al parecer ingenua de terceros, los hizo efectivos en los bancos mencionados.

De esta forma, durante los años de mil novecientos ochenta y cinco y mil novecientos ochenta y seis, se apropiaron los sindicados de un total de un millón ochocientos setenta y nueve mil seiscientos pesos ($1.869.600.00), según informe que la Auditoría Interna de Comfaboy presentó a las autoridades judiciales.

ACTUACIÓN PROCESAL.

Formulada la denuncia, en auto del diecisiete de enero de mil novecientos ochenta y siete el Juzgado Décimo de Instrucción Criminal de Tunja, dispuso la iniciación de la averiguación penal correspondiente. Luego de practicadas numerosas pruebas, principalmente de carácter testimonial, el expediente pasó al Juzgado Trece de la misma especialidad, habiendo regresado después al inicialmente mencionado en donde fue escuchado en indagatoria el acusado Miguel Angel Alvarez Gómez el día treinta y uno de marzo de mil novecientos ochenta y siete, después de lo cual profirió contra él auto de detención de fecha seis de abril, como sindicado de los delitos de falsedad y estafa.

Esta determinación fue apelada y al desatar la instancia el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja sustituyó la medida de detención por la de caución en providencia del veintidós de julio del mismo año citado, precisando además en la parte motiva de la decisión, que la medida se restringe al delito de falsedad en documento privado.

El Juzgado Cuarto de Instrucción Criminal de Tunja, posteriormente, ordenó la vinculación procesal del señor Baudilio de Jesús Muñoz Mesa, como presunto coautor del hecho punible investigado y después de ser oído en indagatoria, el Juzgado Instructor se abstuvo de decretar en su contra medida de aseguramiento.

La investigación fue cerrada en fecha catorce de enero de mil novecientos ochenta y ocho y se procedió a la calificación de su mérito el día quince de abril siguiente por el Juzgado Cuarto de Instrucción Criminal de Tunja, el que dictó resolución de acusación en contra de Miguel Angel Alvarez Gómez, por el delito de

falsedad en documento privado y en contra de Baudilio de Jesús Muñoz Mesa como partícipe del mismo.

Apelada que fuera la anterior determinación, el expediente subió al Tribunal Superior de Tunja en donde el Fiscal Tercero del mismo solicitó la declaratoria de una nulidad por falta de competencia, en atención a que el delito que motivó el proferimiento del auto fue el de falsedad en documento privado, la cual sólo se consuma con el uso, el cual se realizó en las ciudades de Duitama y Sogamoso en donde tenían sus sedes los bancos girados, municipios éstos que pertenecen al Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo y no al de Tunja.

El Tribunal no acogió la tesis del fiscal, arguyendo que la acción se realizó en diferentes etapas una de las cuales tuvo desarrollo en la ciudad de Tunja, por lo que debe invocarse para el factor competencia el de la "a prevención". Así, hizo esta declaración en auto del doce de octubre de mil novecientos ochenta y ocho en el cual además confirmó la providencia materia del recurso de alzada.

El expediente pasó al conocimiento del Juzgado Tercero Penal del Circuito de Tunja que el dieciocho de enero de mil novecientos ochenta y nueve dictó auto en el que declaró la legalidad de la actuación.

Celebrada la audiencia pública, se profirió sentencia de primera instancia el día veinticinco de julio de mil novecientos ochenta y nueve, y posteriormente la de segundo grado que es ahora materia del ataque en casación.

La demanda de casación

Un solo cargo propuso el impugnante contra el fallo de segundo grado, con asidero en el artículo 15 del Decreto 1861 de 1989, modificatorio del artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, por haberse dictado la sentencia en juicio viciado de nulidad por falta de competencia del juez. El planteamiento del ataque, concisamente, lo hizo el memorialista así:

"En efecto en el proceso penal que nos ocupa, la sentencia de fecha Tunja abril 20 de 1990, proferida por el honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, Sala Penal; se dictó en un proceso donde claramente está vigente y se actualiza la causal de nulidad señalada en el artículo 305 numeral primero del C. de P.P., a saber 'la incompetencia del juez', ya que tratándose el delito investigado y materia de la condena contra mi defendido Miguel Angel Alvarez Gómez, el de la falsedad en documento privado, jurisprudencial y doctrinalmente se ha aceptado, que tal reato se consuma, con el uso del documento falseado, y jamás con su simple elaboración, y por lo tanto, estando probado en este proceso penal, que el delito se consumó en el lugar en que fueron hechos efectivos, usados, es decir, cambiados los cheques girados a presuntos beneficiarios de subsidio familiar, en bancos de las ciudades de Duitama y Sogamoso, lógicamente según el artículo 74 del C. de P.P., la *competencia territorial*, para tramitar y fallar este proceso, por mandato legal procesal-penal estaba única, exclusiva y privativamente radicada en los Jueces de Instrucción Criminal y Circuito Penal de las ciudades anotadas, despachos judiciales que corresponden al Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo y no al Distrito Judicial de Tunja".

Pasó a demostrar sus alegaciones afirmando que las normas sobre jurisdicción y competencia son de orden público y por tanto indesconocibles por la voluntad del juzgador quien debe ceñirse a lo que la ley le prescriba y siendo que la competencia por el factor territorial está señalada en razón del lugar donde se realizó el hecho punible, únicamente tiene la facultad juzgadora el funcionario jurisdiccional del sitio en donde el ilícito tuvo ocurrencia.

Destacó que el artículo 221 del Código Penal al describir el delito de falsedad en documento privado consagró un tipo de dos actos, pues no basta para su consumación la simple elaboración del documento falso, sino que además requiere que el mismo haya sido usado y de allí que el lugar en donde se usó el instrumento es el determinante de la competencia territorial del juez.

De lo anterior, respaldado además en invocaciones que hiciera del pronunciamiento de esta Corporación en cuanto al momento consumativo de la falsedad en documento privado y de algún tratadista sobre la nulidad por incompetencia del juez, concluyó el memorialista que los funcionarios jurisdiccionales que han debido intervenir en este proceso eran los Jueces de Instrucción Criminal, Penal del Circuito y Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, no de Tunja, como sucedió, puesto que los cheques materia de la falsificación fueron cobrados en las ciudades de Duitama y Sogamoso, municipios ambos pertenecientes al mencionado Distrito Judicial.

Concepto del Procurador Delegado

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal comparte el criterio del censor y por tanto solicita a la Corte casar la sentencia, declarar la nulidad del proceso a partir del auto por medio del cual el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Tunja avocó la investigación, inclusive, y ordenar la remisión del expediente al juzgado competente para que reponga lo ilegalmente tramitado.

Luego de hacer una exposición sobre los conceptos de jurisdicción y competencia, en donde señala el alcance especialmente de esta última y sus diversos factores determinantes, concluye que en el caso concreto solamente pueden tenerse en cuenta los aspectos objetivo y territorial de ella.

Por el aspecto objetivo, preciso resulta examinar el tipo penal de la falsedad en documento privado para establecer su momento consumativo, dijo el colaborador fiscal, y como en el artículo respectivo se consagra una doble conducta que exige el falsificar el documento y además el usarlo, siendo la primera por sí sola atípica, el uso del instrumento es lo que le otorga relevancia jurídico-penal a la prohibición, es el que determina la tipicidad y por tanto el factor fundamental para predicar la consumación del ilícito.

En donde se usaron los documentos, según lo manifestó el fiscal con base en los medios probatorios estudiados, fueron las ciudades de Sogamoso y Duitama, ambas pertenecientes al Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, de donde surge nítida la causal de anulación alegada por el censor.

Consideraciones de la Sala.

El señor Procurador Delegado en lo Penal al adentrarse en el estudio del cargo formulado contra la sentencia, estimó válido el mismo porque, habiéndose producido el pliego de cargos por el delito de falsedad en documento privado, ha debido atenderse para la determinación del juez competente, el factor territorial en relación con el lugar en que se produjo el uso de los instrumentos correspondientes y no aquél en donde se agotó uno de los diversos actos que fueron necesarios para la elaboración de las órdenes de pago adulteradas.

Sobre esta base, solicitó a la Sala la ruptura de la sentencia y la anulación del proceso desde el momento en el cual el Juzgado Tercero Penal del Circuito de la ciudad de Tunja avocó el conocimiento del asunto, pues sí considera válidas las actuaciones del juzgado instructor de conformidad con lo dispuesto en el artículo 348 del Código de Procedimiento Penal.

Así vistas las cosas, parecería asistirle razón al colaborador fiscal quien, sin embargo en sentir de la Sala ha omitido algunas consideraciones que, de haber sido tomadas en cuenta, harían variar sustancialmente las afirmaciones de la Delegada. Sea lo primero el decir respecto al contenido del artículo 348 del Código de Procedimiento Penal invocado por el Delegado, que éste se encuentra dentro del Título III del Libro Segundo de la citada obra, denominado indagación preliminar, *esto es, que regula situaciones en las cuales la actividad jurisdiccional no se ha introducido a función fallodora alguna, sino que simplemente está acumulando evidencias para determinar si inicia o no la investigación penal respectiva, por lo cual las diligencias adelantadas conservan su validez por ministerio de la ley, aun en caso de que por alguno de los factores que determinan la competencia resultare que quien las evacuó no era el funcionario facultado para ello.*

Sin embargo, en el asunto sometido a estudio de la Corte, no es ésta la situación que se presenta. Se trata aquí de una actuación que hizo su tránsito por los diversos funcionarios que se consideraron competentes, uno de los cuales, a más de simples diligencias de instrucción y decisiones propias de dicha etapa del proceso, profirió una resolución de acusación a través de la cual señaló los límites de la responsabilidad penal que posteriormente se dedujo al acusado. Esta resolución de acusación no es un simple acto de instrucción, vale decir, no puede ser tenido como diligencia en el sentido de que tal término se tiene en el artículo 348 del ordenamiento procesal penal, pues que es ésta una pieza de vital importancia para la posterior prosecución del juicio que no puede ser producida más que por el funcionario en quien concurran las atribuciones establecidas en la ley para ello. De lo contrario, se produciría una vulneración al principio del juez natural al que alude el colaborador fiscal, y en algunos casos, se lesionaría incluso en forma grave el derecho de defensa del inculpado quien se vería sorprendido por una determinación judicial pronunciada por funcionario diverso al competente.

Pero además de lo anterior, tampoco le asiste la razón ni al impugnante, ni al Procurador Delegado, porque debe tenerse en cuenta que los formatos de cheques elaborados electrónicamente en Bogotá, eran llevados nuevamente a Tunja, donde se les imprimían los sellos y firmas indispensables para que los títulos valores pudieran

tener validez como medios de pagos, y si ello es así porque está demostrado, ha de concluirse que el primer uso que se le dio a estos instrumentos comerciales fue en la ciudad de Tunja y por tanto no se podría pensar en la incompetencia territorial que pretende el censor.

Por las consideraciones precedentes, se ha de concluir entonces que el delito de falsedad que se comienza a cometer en Bogotá, donde se graban los formatos de cheques, se perfecciona en la ciudad de Tunja donde tienen su primera utilización cuando se imprimen los sellos y firmas indispensables para que posteriormente fueran pagados.

No le asiste entonces la razón al censor, pues en las condiciones anteriores no se podría predicar la pretendida nulidad por incompetencia territorial y en cuya aceptación se pretende por parte del censor que se case la sentencia.

Por las razones expuestas y en desacuerdo con el Procurador Delegado, no se casará el fallo impugnado. Pero considera la Sala además que se debe ordenar la compulsación de copias, porque se advierte de la resolución de acusación que ésta sólo se hizo por un delito de falsedad, cuando se observa que puede ser en realidad de plurales falsedades, puesto que la operación falsaria se reiteró en varias ocasiones y sobre un número igualmente plural de títulos valores.

Debe también determinarse si se perfeccionó igualmente falsedad por la impresión o alteración de los registros electrónicos, indispensables en el diskette y necesario como fase previa para la sistematización de los formatos de los títulos valores, pues no debe olvidarse que la legislación nacional atemperándose a los desarrollos tecnológicos, considera como documentos esos registros electromagnéticos que se utilizan en este tipo de tecnología.

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.

ORDENAR la compulsación de copias a que se alude en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Dídimo Páez Velandia, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael Cortés Garnica
Secretario

* * *

Acción disciplinaria / Impedimento

La mayor garantía de imparcialidad y tranquilidad a las partes y a la sociedad en general, se brinda aceptando la separación del juzgador que manifieste su impedimento por haber juzgado los mismos hechos, en proceso de diversa naturaleza, como el disciplinario.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Edgar Saavedra Rojas*.
Aprobada Acta número 011, de febrero 20 de 1991.
Bogotá, cuatro de marzo de mil novecientos noventa y uno (1991).

Vistos

En el proceso adelantado por el presunto delito de prevaricato contra Juan Hugo Sánchez Maluche, el doctor Dídimo Páez Velandia manifestó su impedimento por haber conformado la Sala Disciplinaria que condenó al procesado Sánchez Maluche por los mismos hechos investigados en este proceso penal.

Procede la Sala a resolver lo pertinente, luego de los siguientes

Resultandos y considerandos

El doctor Páez Velandia efectivamente manifiesta su impedimento por haber formado parte de la Sala Disciplinaria que condenó al ahora procesado.

La razón esgrimida aparece consagrada como causal de impedimento y recusación en el numeral 4º del artículo 103 del Código de Procedimiento Penal.

Las razones específicas dadas por el doctor Páez Velandia son las siguientes:

"Como quiera que el suscrito Magistrado hizo parte de la Sala Disciplinaria que condenó al Magistrado Sánchez Maluche por los mismos hechos investigados en este proceso penal, se considera que ha surgido la causal de impedimento referida en el numeral 4º del artículo 103 del C. de P.P., pues claramente tal decisión constituye una opinión sobre el asunto emitida extraproceso penal."

Como la decisión de la Sala será la de aceptar el impedimento manifestado y con anterioridad sobre un caso similar se había resuelto en sentido contrario, es preciso recordar lo que la Sala dijo en aquella oportunidad, para a renglón seguido dar las argumentaciones que motivan y justifican este cambio de posición jurisprudencial.

Con ponencia del honorable Magistrado Gustavo Gómez Velásquez el veintidós de mayo de mil novecientos noventa se dijo en lo pertinente:

"Sabido es que las acciones disciplinaria y penal no se excluyen y pueden adelantarse en forma autónoma. Esto lo dice la propia ley, y ello significa que unos mismos hechos pueden tener trascendencia penal y disciplinaria; tenerla sólo disciplinaria o únicamente penal. Así las cosas el juicio de valor que se emita para tener una conducta como atentatoria del régimen disciplinario, no es idéntico al que ha de verterse cuando se trata de determinar si ese mismo comportamiento vulnera o no el estatuto penal. Aquí las opiniones se mueven sobre materia diferente, que está reglada por parámetros diversos. Y mal pueden entonces ser idénticos los fundamentos jurídicos de una y otra decisión.

"Sobresale que una cosa bien distinta es aseverar que sobre el comportamiento de cierta persona se dan los presupuestos necesarios para tenerlo incurso en falta disciplinaria que amerita su despido, a sostener que los requisitos sine qua non, viabilizadores de una resolución de acusación en su contra por el delito de prevaricato, obran como demostrados, así se trate de la misma conducta.

"De otro lado, en cuanto a la posible invariabilidad de criterio, esto no se debe tanto a lo que él dijera en pasada ocasión, sino a lo que siempre, y por cualquiera que intervenga en la definición de caso igual, debe decirse. No es que no se pueda o no se quiera variar su concepto, apreciación o análisis, sino que la solución de veras no permite esa mudanza. Esto es lo que está por afrontarse y en lo que se espera la contribución de la inteligencia, ponderación y experiencia del referido magistrado."

Nadie discute que la acción disciplinaria y la penal se pueden ejercer paralelamente, pues así lo dispone la propia ley y es por ello que con mucha frecuencia un mismo hecho es origen tanto de un proceso penal como de uno disciplinario; pero la aceptación de tales premisas no puede llevarnos a aprobar que los juicios valorativos que haga el juzgador respecto de uno de ellos, sean diversos de los que deba realizar sobre los mismos hechos en el otro, porque a pesar de que la naturaleza de las infracciones y cada uno de los procesos es diferente, los hechos originarios de las distintas acciones, son los mismos, y a pesar de lo afirmado con anterioridad, la verdad es que con menos exigencias que con la infracción penal, la falta disciplinaria igualmente requiere tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, y es prácticamente imposible que cuando se haya realizado la valoración penal de unos hechos para concluir en la existencia de un prevaricato por omisión, por ejemplo, posteriormente el mismo juzgador enfrentado a los mismos hechos pudiera hacer abstracción de tales lucubraciones y pudiera hacer una nueva valoración sin que tuvieran influencia sobre su intelección los que en sentido similar realizó con anterioridad. Habrá que reconocer que resulta difícil, por no decir que imposible, que en el ejemplo colocado a manera de hipótesis, después de haber condenado por prevaricato por omisión, se pudiera absolver por mora en el proceso disciplinario.

Se acepta en principio la diferente naturaleza de las infracciones penales y disciplinarias, pero al mismo tiempo obliga reconocer su inmensa similitud, pues ambas deben estar precedidas de requisitos de legalidad, y consecuentemente del de tipicidad; en las dos igualmente debe estar demostrada la antijuridicidad, esto es, la vulneración del bien jurídico protegido que es la Administración Pública afectada por la ineficiencia de la administración de justicia y, por último, ambas deben ser conductas culpables, como de manera reiterada lo han sostenido la doctrina y la jurisprudencia. En tales condiciones de similitud, y sin desconocer sus naturales diferencias, es imposible que el juzgador de un proceso pueda sustraerse de la opinión extraprocesal que ya emitió, y que pueda fallar el segundo proceso, sin que la valoración realizada con anterioridad pueda llegar a influir en la nueva decisión.

Es posible que en el plano teórico tales diferencias y abstracciones puedan ser hechas, pero no en el plano de las realidades, donde el pensamiento del juzgador necesariamente va a estar antecedido de los procesos intelectivos de valoración que con respecto de una misma conducta realizó en precedencia.

Debe aclararse que la exigencia legal para la aceptación del impedimento que se analiza, es que la opinión haya sido expresada extraprocesalmente, pues bien es sabido por reiterada jurisprudencia de esta Corporación, que la opinión emitida en un mismo proceso no es causal de impedimento excepto en el caso especial de impedimento consagrado en el artículo 535 del Código de Procedimiento Penal y artículo 34 del Decreto 1861 de 1989. En este caso se da la exigencia legal, puesto que la opinión emitida en otro proceso, para efectos de este impedimento constituye una opinión extraprocesal, toda vez que fue expuesta por fuera del mismo.

Si la instrucción de los impedimentos y recusaciones tiene como finalidad fundamental garantizar la imparcialidad de los jueces en los asuntos sometidos a su juzgamiento, la mayor garantía de imparcialidad y tranquilidad a las partes y a la sociedad en general se brinda aceptando la separación del juzgador que manifieste su impedimento por haber juzgado los mismos hechos, aunque en proceso de diversa naturaleza, en este caso concreto en un proceso disciplinario.

Son suficientes las precedentes consideraciones 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:

ACEPTAR el impedimento manifestado por el doctor Didimo Páez Velandia.

SORTEAR el correspondiente conjuez para que se integre la Sala adecuadamente, para lo cual se señala la hora de las ocho de la mañana (8:00) del día hábil siguiente a aquel en que quede ejecutoriada esta providencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda (con salvamento de voto), *Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael Cortés Garnica
Secretario

Acción disciplinaria (Salvamento de voto) / Impedimento (Salvamento de voto)

No existe incompatibilidad alguna entre las acciones penal y disciplinaria que surgen de la comisión de un mismo hecho.

Salvamento de voto

1o. No existe incompatibilidad alguna entre las acciones penal y disciplinaria que surgen de la comisión de un mismo hecho, según lo establecen, entre otros, los artículos 63 del Decreto 052 de 1987 y 10 del Decreto 1888 de 1989.

2o. A su vez, la competencia que asigna la ley tanto en materia penal como disciplinaria viene a recaer sobre unos mismos funcionarios, pues a la Corte, a los Tribunales y a los Jueces, otorgan el Código de Procedimiento Penal (artículos 68, 69 y 70 a 73) como del Decreto 1888 de 1989 (artículos 25 a 30), el conocimiento de las faltas cometidas por los funcionarios y empleados a quienes corresponde designar.

3o. Sin embargo, de lo anterior, es lo cierto que siendo las causales de recusación taxativas, no previó el legislador dentro de ellas un motivo de impedimento que marginara del juzgamiento penal al funcionario a quien hubiese correspondido conocer anteladamente del mismo hecho en un trámite disciplinario, y viceversa, siendo fácilmente comprensible que de no ser ello así, las recordadas disposiciones perderían su sentido, o entrarían a trasladar prácticamente la competencia para el segundo pronunciamiento a falladores *ad hoc* o salas de conjueces.

En este campo, bueno será ahora recordarlo, solamente aparece en el parágrafo del artículo 43 del anotado Decreto 1888 de 1989 el impedimento que para revisar sus propias providencias de destitución surge a las Salas Disciplinarias, con lo cual apenas si se reitera en esta materia la causal contenida en el artículo 235 del Código de Procedimiento Penal.

4o. De tal claridad resulta lo anterior, que, tal y conforme lo recuerda la misma providencia de que discrepo, en decisión de mayo 10 de 1990, venía de sostener la Sala de Casación Penal que "un juicio de valor que se emita para tener una conducta como atentatoria del régimen disciplinario, no es idéntico al que ha de verterse cuando se trata de determinar si ese mismo comportamiento vulnera o no el estatuto penal. Aquí las opiniones se mueven sobre materia diferente, que está reglada por

parámetros diversos. Y mal pueden entonces ser idénticos los fundamentos jurídicos de una y otra decisión", argumentos que entonces llevaron precisamente a desechar un impedimento basado en circunstancias idénticas al que hoy se acepta.

Es más: no escapa que existiendo diferencia en la redacción de los tipos que consagran las figuras penales y las faltas disciplinarias, siendo disímiles los bienes protegidos, distinta la naturaleza de cada disciplina y diversos los enfoques de las alegaciones, pero ante todo diferentes las pruebas, la valoración del mismo hecho bajo los dos aspectos no necesariamente debe conducir a la adopción indetectible de decisiones gemelas de absolución o de condena, porque la independencia de cada una de esas actuaciones debe redundar precisamente en la independencia de sus soluciones, sin que pueda acusar el fallador un interés distinto del de administrar recta justicia, pues si media en él alguno de índole particular, cabe entonces, pero sólo entonces, la excusación por vía de la causal 1ª del artículo 103 del C. de P.P.

Con todo, y aun en ausencia de una causal de recusación que para el caso consagre, con la virtualidad suficiente para desplazar a quien por vocación legal se llama a intervenir en estos dos juzgamientos, no ignoro la posibilidad de recurrir a la del numeral 4º, del artículo 103 del C. de P.P.; sólo que una solución tal implicaba, como de modo reiterado lo ha dicho también la Sala, el que la anticipada opinión reuniera las exigencias de correspondencia con los hechos *sub iudice*, coincidencia con los elementos de convicción y unidad de circunstancias, al punto de que esa identidad genere el compromiso intelectual con el anterior pronunciamiento que por resultar vinculante, desvanezca la imparcialidad debida.

Y tratándose de una situación excepcional, no presumible, y por ello de obligatoria demostración por el manifestante, no puede llegarse a ella por la vía de las inferencias que permiten los ejemplos, como observo ocurrió en la providencia de que discrepo, pues ello conduciría al riesgo de hacer de una excepción principio, marginando del juzgamiento al fallador que ex profeso ha convocado el legislador a que intervenga.

Estas, las razones que con todo respeto me distancian de la decisión mayoritaria.

Honorables Magistrados,

Juan Manuel Torres Fresneda, Magistrado.

* * *

ACCIÓN DISCIPLINARIA — Suspensión / PREVARICATO

El artículo 199 del Decreto 1660 de 1978 no está vigente; posteriormente el Decreto 1888 de 1989 estableció la facultad de suspender provisionalmente al funcionario o empleado, en caso "incursión en falta grave y ostensible" (en el mismo sentido providencia de 18 de marzo de 1991 - Magistrado Ponente Ricardo Calvete Rangel).

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Guillermo Duque Ruiz.*
Aprobada Acta número 14 de febrero 27/91.
Bogotá, D.E., cuatro (4) de marzo de mil novecientos noventa y uno (1991).

Por apelación, revisa la Sala el auto de 6 de agosto de 1990, por medio del cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, al calificar el sumario, cesó procedimiento respecto del doctor Víctor Joaquín Durán Borda, Juez Civil del Circuito de Chocontá, acusado de prevaricato y abuso de autoridad.

ANTECEDENTES

1. El señor Misael Sánchez Vaca, quien venía desempeñándose como secretario del Juzgado Civil del Circuito de Chocontá, en propiedad, fue inscrito en la Carrera Judicial mediante Resolución No. 001730 de 16 de diciembre de 1987, emanada del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y de conformidad con el Decreto 052 del mencionado año.

El 20 de diciembre de 1988 dicho empleado salió a disfrutar de vacaciones, y el 30 subsiguiente tuvo un accidente en el que resultó lesionado y por lo cual se le incapacitó desde ese día 30 hasta el 25 de febrero de 1989, inclusive.

Al reintegrarse al Juzgado, el 27 (lunes) se le notificó la Resolución No. 001, fechada el citado 25, por medio de la cual su inmediato superior, el Juez Civil del Circuito de Chocontá, doctor Víctor Joaquín Durán Borda (quien desempeñaba el cargo desde el 10 de febrero de 1989), solicitó a la Procuraduría para la Vigilancia Judicial investigación contra Sánchez Vaca (art. 72 Decreto 052 de 1987), y dispuso

suspender a éste en sus funciones "hasta cuando se perfeccione la investigación, o en su defecto por noventa (90) días", con apoyo en el artículo 199 del Decreto 1660 de 1978

Basó la resolución en que el Secretario no había dado trámite a varios despachos comisorios, oficios y memoriales, "lo cual implica posibles faltas disciplinarias conforme al artículo 60 del Decreto 052 de 1987, ocasionando perjuicio grave para el servicio..." (fls. 4).

El Secretario interpuso contra la resolución recurso de reposición y subsidiariamente el de apelación, siéndole negados ambos mediante auto de 9 de marzo, con el argumento de que "la decisión que tomó el Juzgado es sin necesidad de escuchar explicaciones del implicado. De otro lado, por ser de aplicación inmediata no da lugar a establecer términos para que la providencia se ejecutorie, o se pueda interponer recursos en tales términos", agregando que se trata de una decisión de carácter "meramente provisional, y el derecho de defensa se encuentra protegido porque el implicado puede hacer uso de los recursos pertinentes dentro de la investigación o cuando se decida de fondo". Finalmente estimó que, contrario a lo sostenido por el recurrente, "el artículo 142 del Decreto 052 de 1987, modificó y derogó varias normas relativas a los procedimientos disciplinarios, pero en ningún momento mencionó el Decreto 1660 de 1978, por lo que fuerza concluir que dicho estatuto se encuentra vigente" (fls. 6).

Por medio de Resolución No. 002 de mayo 25 de 1989 (fls. 54 y 55), nuevamente el doctor Durán Borda solicitó investigación respecto del Secretario Sánchez Vaca y lo suspendió en los mismos términos que la Resolución 001 ya referida. Esta vez tuvo por fundamento el hallazgo de 8 procesos en que el juez anterior se había declarado impedido, los cuales esperaban su remisión al Tribunal desde el 25 de noviembre de 1988. También la demora en remitir allí mismo otro proceso, la "sindicación" de una señora en el sentido de que el secretario le había exigido dinero por permitirle el examen de un expediente, e igualmente dos declaraciones rendidas por abogados en las que manifiestan "varias conductas graves en contra del secretario". Con razones idénticas a las ya indicadas con respecto al caso precedente, el Juzgado negó los recursos interpuestos contra esta segunda resolución" (fls. 64).

2. El 23 de mayo de 1989 Misael Sánchez Vaca presentó denuncia penal contra el Juez Durán Borda por prevaricato y abuso de autoridad. Afirma el quejoso que él se encontraba debidamente inscrito en la Carrera Judicial, motivo por el cual no se le podía suspender sin previo proceso disciplinario, y agrega que el Juez se ha negado a expedirle copia de las resoluciones y a concederle los recursos interpuestos contra las mismas. Al ratificar su denuncia (fls. 17 y ss.), reitera que "se echó a pique mi Carrera Judicial", y que el Decreto 052 de 1987, estatuto de esa Carrera, derogó tácitamente el Decreto 1660 de 1978 con base en el cual se le suspendió.

Luego de algunas diligencias preliminares el Tribunal abrió investigación, escuchó al Juez en injurada (aquí él insistió en que el artículo 199 del Decreto 1660/78 está vigente (fls. 74 y ss.) y clausuró la investigación, calificándola, de acuerdo con el Fiscal Octavo, con cesación de procedimiento sobre la aseveración cardinal de que el artículo 199 en mención está vigente, y, por tanto, al aplicarlo, el

Juez acusado no pudo cometer hecho punible de ninguna clase. También encontró ajustado a derecho la no concesión de los recursos, por ser las resoluciones "de cumplimiento inmediato, de plano y sin ejecutoria", y pone de presente que el Juez sí expidió al empleado Sánchez Vaca las copias solicitadas (fls. 228 y ss.).

En su escrito de apelación contra dicho auto calificatorio, el señor apoderado de la parte civil dice:

"Esa H. Corporación tampoco dijo nada acerca del alcance y aplicabilidad que al caso de autos puede tener el artículo 72 del Decreto 052 de 1987, actual estatuto de la Carrera Judicial, que a mi juicio regula y recoge todo el régimen que en materia disciplinaria debe regir y gobernar a los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional, pues en este estatuto se garantiza y tutela el derecho de defensa y por tanto se halla ceñido a los postulados de la Carta Magna de la Constitución Nacional.

"Tanto el sindicado como el mismo honorable Magistrado Ponente están en un todo de acuerdo en que el artículo 199 del Decreto 1660 de 1978 se halla vigente, al no derogarlo expresamente el actual estatuto de la Carrera Judicial (Decreto 052 de 1987), lo cual es equivocado, pues hasta para los profanos en derecho es entendible que una norma que recoge o sustituye implícita o tácitamente otra disposición, prima la proferida en última instancia sin necesidad de pronunciamiento expreso sobre derogatoria."

Solicita, así, la revocatoria del auto recurrido "y de consiguiente se haga pronunciamiento ajustado a derecho y a la realidad de los hechos".

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal es del criterio de que el artículo 199 en cuestión se encuentra vigente, ya que, por una parte, el Decreto 052 de 1987 "no menciona en ningún momento las figuras de flagrancia o cuasiflagrancia, contempladas expresamente en ese artículo", y, por otra parte, el artículo 142 del Decreto 052, no derogó ni expresa ni tácitamente el Decreto 1660. Además, advierte que no se viola el derecho de defensa cuando se aplica dicho artículo 199, ya que el mismo se ejerce en el proceso disciplinario que se adelante, como lo sostuvo esta Sala en sentencia de 16 de abril de 1986 (M.P. doctor Baquero Borda), cuya parte principal transcribe la Delegada, que termina, en consecuencia, con la petición de que se confirme la providencia impugnada.

En su alegato en la Corte, el recurrente afirma que no puede admitirse la tesis de la vigencia del artículo 199 sobre la base de que el Decreto 052 nada dijo sobre el Decreto 1660, ya que "mal podía hacerlo así el legislador por simple sustracción de materia, pues siendo el Decreto 1660 de 1978 reglamentario del Decreto 250 de 1970, y éste sí fue modificado expresamente por el antedicho Decreto 052, artículo 142, cuando establece: *"El presente decreto rige a partir de su promulgación y modifica en lo pertinente el Decreto 250 de 1970"* (Subrayo), estaba de más referirse al Decreto 1660 de 1978, por ser una disposición subalterna de la norma principal que es el Decreto 250/70, repito", y agrega:

"De no ser así, tenga usted la gentileza, señor Magistrado, de explicarme el verdadero alcance y sentido del artículo 72 del Decreto 052 de 1987 y su aplicabilidad".

Se considera

1. *Sobre la vigencia del artículo 199 del Decreto 1660 de 1978.*

El reclamo cardinal del recurrente se dirige a que dicho artículo no estaba vigente para el 25 de febrero de 1989 y 25 de mayo del mismo año, fechas en las cuales el juez acusado, doctor Durán Borda, dictó con base en él, las respectivas resoluciones mediante las cuales se suspendió provisionalmente al Secretario del Juzgado, señor Misael Sánchez Vaca.

Tal disposición dice:

"En los casos de flagrancia y cuasiflagrancia o de perjuicio grave para el servicio, cuando la falta pudiere dar lugar a destitución, el superior inmediato puede relevar de sus funciones al empleado suspendiéndolo provisionalmente de su cargo, sin derecho a remuneración, mediante resolución expedida de plano que tendrá vigencia inmediata y cuyos efectos se prolongarán mientras se surten los procedimientos disciplinarios, pero en ningún caso por tiempo superior de noventa (90) días, vencidos los cuales sin que se haya tomado determinación alguna, el empleado adquiere el derecho de reincorporarse a su cargo y al reconocimiento y pago de la remuneración correspondiente a este período.

"Si la suspensión que se imponga fuere inferior al tiempo durante el cual estuvo suspendido provisionalmente, o se aplique una sanción de amonestación o multa, o si no hubiere lugar a sanción, el funcionario tendrá derecho al reconocimiento y pago de los salarios correspondientes al período que exceda el tiempo señalado en la sanción y a reincorporarse de inmediato al cargo, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 209."

Lo primero que debe tenerse en cuenta es que el Decreto 1660 de 1978, fue dictado por el Presidente de la República en ejercicio de la potestad reglamentaria que le otorga el ordinal 3° del artículo 120 de la Constitución Nacional ("Ejercer la potestad reglamentaria expidiendo las órdenes, decretos y resoluciones necesarios para la cumplida ejecución de las leyes"), y que según su propio encabezado, por medio de él "se reglamentan parcialmente las Leyes 15 y 20 de 1972, los Decretos 20 y 762 de 1970, 546 de 1971 y 717 de 1978, y otras disposiciones sobre administración del personal de la Rama Jurisdiccional, del Ministerio Público y de las direcciones de instrucción criminal (destacados de la Sala).

Indudablemente que entre las "otras disposiciones sobre la administración del personal de la Rama Jurisdiccional, del Ministerio Público y de las direcciones de instrucción criminal", que reglamenta el precitado Decreto, se encuentra el "Estatuto de Carrera Judicial y del Ministerio Público", instituido por el Decreto 250 de 1970. Para que no quede duda alguna de lo anterior, repárese que en el primer artículo del Decreto 1660 de 1978, expresamente se dispone que "el presente estatuto se aplica a los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional, del Ministerio Público y de las direcciones de instrucción criminal, sin perjuicio de lo que dispongan las normas especiales sobre carrera del mismo personal" (Sin destacados en el texto). Y así tiene que ser, porque las normas reglamentarias no pueden tener mayor alcance que las disposiciones legales que reglamentan.

Si se repasa el contenido de este último estatuto y se lo compara con las previsiones que consagra el Decreto 250 de 1970, no queda la más mínima duda de que al menos, en lo concerniente al régimen disciplinario, el Decreto 1660 no hizo más que reglamentar el Estatuto de Carrera Judicial y del Ministerio Público. Y dentro de estas normas reglamentarias, se encuentra el ya transcrito artículo 199, cuya vigencia impugna el recurrente.

Ahora bien: si se analiza el Decreto 052 de 1987 (Estatuto de Carrera Judicial), fácilmente se llega a la conclusión de que en él se reglamentó, íntegramente, todo lo relacionado con el régimen disciplinario de los magistrados, jueces y fiscales y demás empleados de la Rama Jurisdiccional y de las fiscalías. El título VIII consagra las faltas disciplinarias, el título IX establece el régimen disciplinario propiamente tal, y el título X regula todo lo atinente a los procesos de esta índole. Si este Decreto, pues, reguló todo lo concerniente al régimen disciplinario, resulta obvio que el Decreto 250 quedó subrogado en cuanto tiene que ver con este particular aspecto, tal como lo reconoce el artículo 142 del 052. Y si el Decreto 250 perdió vigencia al entrar a regir el 052 de 1987 (13 de enero de 1987), con mayor razón la perdió el estatuto que lo reglamentaba.

Obsérvese, además, como lo destaca el recurrente, que el Decreto 052 de 1987 en vez de la suspensión que traía prevista el artículo 199 del Decreto 1660, consagra, para la hipótesis de que el funcionario o empleado incurra en "falta grave" (y éstas, al igual que el concurso de faltas o la reincidencia, dan lugar a la destitución –último inciso del artículo 67–), una prioridad en la investigación por parte de la Procuraduría y una disminución notable en los términos: "Cuando a juicio del nominador los hechos que se imputan al funcionario o empleado constituyen falta grave, aquél solicitará investigación a la Procuraduría la cual deberá adelantarla en forma prioritaria. En este evento los términos señalados en el artículo anterior se reducirán a la mitad, salvo el de presentación de descargos" (art. 72).

No previó, pues, el último de los estatutos que subrogó los anteriores, la suspensión que sí consagraba en forma expresa el multicitado artículo 199.

Para suplir esta omisión, cuya bondad no es posible desconocer, el Decreto 1888 de 1989 (cuya vigencia se inició el 23 de agosto) estableció también la facultad de suspender provisionalmente al funcionario o empleado hasta por sesenta (60) días, en caso "de incursión en falta grave y ostensible", otorgándole la competencia para ello únicamente al Magistrado Sustanciador de la respectiva Sala Disciplinaria de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado o del Tribunal Superior:

"Artículo 46. En caso de incursión en falta grave y ostensible por parte de funcionario o empleado judicial, las Salas Disciplinarias de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y los Tribunales podrán de oficio o a petición del Ministerio Público, previa comprobación sumaria de los hechos y oyendo en descargos al acusado, imponerle sanción de destitución mediante providencia motivada. Igual atribución tendrá el Tribunal Disciplinario con respecto a sus propios empleados.

"El Magistrado Ponente podrá ordenar la suspensión provisional del funcionario o empleado hasta por sesenta (60) días, término dentro del cual deberá proferirse la sentencia. El incumplimiento del mismo es causal de mala conducta y producirá el

reintegro inmediato del suspendido, a quien se le reconocerán los sueldos y prestaciones dejados de percibir.

"Parágrafo 1o. Para los efectos previstos en el presente artículo, la competencia de las Salas Disciplinarias de los tribunales se extiende a los empleados subalternos de los jueces de su respectivo distrito.

"Parágrafo 2o. Las providencias que se dicten en desarrollo del presente artículo no son susceptibles de recurso alguno" (destaca la Sala).

En sentir de la Sala, pues, el doctor Víctor Joaquín Durán Borda fundamentó la suspensión de Misael Sánchez Vaca en una norma que para el momento de su aplicación (25 de febrero y 25 de mayo de 1989) no estaba vigente, lo cual no significa que la providencia impugnada deba revocarse, porque si algo ha quedado claro dentro del proceso es la total ausencia de dolo por parte del funcionario acusado, de cuyo proceder tampoco es posible predicar que fue ostensiblemente ilegal. La multiplicidad de normas reguladoras de un mismo asunto y la desidia del legislador para señalar en forma expresa cuáles de las anteriores se derogan con los nuevos textos legales, son circunstancias que explican los frecuentes errores sobre la vigencia de las mismas. Como quiera que tanto el prevaricato como el abuso de autoridad son hechos punibles que únicamente pueden imputarse a título de dolo, y si este grado de culpabilidad está ausente en la conducta del doctor Durán Borda que ha sido objeto de investigación en este proceso, la Sala no puede hacer cosa distinta de confirmar el cese de procedimiento recurrido.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, oído el concepto del Procurador Segundo Delegado,

RESUELVE:

CONFIRMAR la providencia impugnada.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Dídimo Páez Velandia, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael Cortés Garnica
Secretario

* * *

Cambio de radicación

Al juzgador que recibe la solicitud de cambio de radicación no le es dable examinar su "fondo", sino su mera "forma".

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Guillermo Duque Ruiz.*
Aprobada Acta número 14 de febrero 27/91.
Bogotá, D.E., marzo cuatro (4) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Se pronuncia la Sala sobre el cambio de radicación del proceso que en el Juzgado Unico Superior de Pitalito (Huila) se adelanta respecto de Jaime Cortés Espinosa, y otros, por los delitos de falsedad, peculado y celebración indebida de contratos.

Antecedentes

Se trata de cinco procesos acumulados en los que el ofendido con los delitos es el Municipio, que se ha constituido parte civil.

Precisamente es el apoderado de esa parte, doctor Rubén Ordóñez Ortega, quien solicitó en primer término el cambio de radicación de este proceso que se encuentra en estado de celebrarse audiencia pública. Argumenta el peticionario ante el Juzgado Superior de Pitalito que se otorgó indebidamente la libertad a los procesados que se hallaban detenidos, y se han cometido otras irregularidades, por todo lo cual él formuló la denuncia respectiva en el Tribunal de Neiva, y estima que no existe imparcialidad ni independencia en ese juzgamiento. Invoca el artículo 79 del Código de Procedimiento Penal y adjunta copia de la "Proposición No. 134", mediante la cual el Concejo Municipal de Pitalito en sesión de 25 de enero del año en curso, protesta por la libertad referida (fls. 1 a 7).

Luego, los defensores de los procesados hicieron también solicitud de cambio de radicación en consideración a la clase de delitos que se investiga, la calidad de las personas procesadas, que Pitalito viene siendo considerada una población dentro de "zona roja" por las actividades de la guerrilla, que incluso uno de los hermanos del

procesado Jesús Alfonso Ferreira Villegas, a quien se trasladó de cárcel por estimarse que su vida corría peligro, fue secuestrado, y que se han hecho amenazas contra otros acusados y la esposa de uno de ellos.

"Se hace análogamente denigrante –argumentan los defensores–, para los abogados que con altura deontológica integramos el banco de la defensa el sentirnos psicológica y físicamente afectos por aquéllos hechos exógenos que rodean el proceso, dadas las amenazas respecto de dinamitar para el día de la celebración de la audiencia pública, el Palacio de Justicia de Pitalito o la hipótesis de asesinar vilmente en el acto de la misma, a procesados y defensores. Situación que ha sido recogida por los organismos de seguridad como seria, al punto, de haber recibido instrucciones del mismo Comandante de Policía del municipio, para trasladarnos a nuestras actividades profesionales con escoltas, por la gravedad de las amenazas irrigadas (sic) a lo largo del proceso, las que a todas luces consideramos de manera abierta y mayúscula, atentatoria contra nuestras vidas humanas."

A su solicitud acompañaron certificación del Secretario de Gobierno del Departamento sobre hechos que vienen alterando el orden público en Pitalito, como homicidios, secuestros, extorsiones, etc.; certificación sobre las diligencias de indagación preliminar por el secuestro de Luis Cayetano Ferreira Villegas; constancia del Comando de Policía de Pitalito respecto del operativo coordinado por el DAS para proteger a "Jueces, sindicados y defensores que intervinieron en la audiencia", y certificación del DAS acerca de la protección a los defensores con motivo de la audiencia pública. También se adjuntó copia del oficio que el Director de la Cárcel de Pitalito remitió al Juez de conocimiento sobre el traslado del procesado Ferreira Villegas, y finalmente copias de diligencias adelantadas por el DAS en las que consta que la señora Leonor Molina de Cortés, esposa del procesado y ex alcalde de Pitalito, doctor Jaime Cortés Espinosa, ha sido objeto de amenazas.

El Juzgado Superior de Pitalito, mediante auto de fecha primero de febrero de 1991 (fls. 18 y ss.), analiza en primer término la solicitud del apoderado de la parte civil, para concluir que "no es clara en precisar por qué la imparcialidad y la independencia de la administración de justicia está afectada por delicadas circunstancias en este despacho judicial", y entra a rebatir punto por punto los fundamentos de la petición (en esencia fundamentada en las actuaciones que se reprochan al Juez), y finaliza estimando que "en estas condiciones es del caso inhibirnos de dar curso a la solicitud de cambio de radicación, en este caso propuesta por el representante de la parte civil".

En cambio, consideró que la solicitud de los defensores sí reunía los requisitos de rigor, y que por tratarse de cambios de radicación entre diferentes distritos, era competente la Corte para resolverla, y dispuso entonces el envío de la documentación correspondiente.

El apoderado de la parte civil apeló de la decisión inhibitoria de que fue objeto su solicitud de cambio de radicación, haciendo énfasis en que "no es usted quien debe decidir" sobre el cambio de radicación o sobre su trámite, sino "el honorable Tribunal Superior de Neiva" (fls. 26).

Por medio de auto de 4 de febrero (fls. 26 vto.) el Juzgado estimó que el auto impugnado es "de sustanciación" y no sujeto a recursos, por lo cual negó el interpuesto y reiteró el envío de las diligencias a la Corte.

SE CONSIDERA:

1. *La Corte es competente para la resolución de este asunto, toda vez que los defensores precisan que el cambio de radicación se impone "a fin de que en un nuevo Distrito Judicial, ajeno a toda esta serie de vicisitudes presentadas, se lleve a término la celebración de la audiencia pública y su correspondiente sentencia, prenda ésta de garantía para todas aquellas personas que nos encontramos compareciendo y de diferentes posiciones ante la Justicia" (fls. 10); esto sin perjuicio de señalar que el apoderado de la parte civil solicitó que el proceso fuera radicado en Neiva, petición en relación con la cual el Juez dictó providencia "inhibitoria".*

Pues bien: es cierto que en la decisión que trae el Juez para apoyar su auto de 1º de febrero (marzo 14 de 1990, Mag. Pte. Dr. Gómez Velásquez) esta Sala destacó que el Juzgador que reciba la solicitud de cambio de radicación (por estar conociendo del proceso) está obligado a examinar la misma con miras a establecer si dicho cambio se pide dentro de un mismo Distrito o no, si se agrega a ella la prueba pertinente; en fin, si se satisfacen "los requisitos mínimos", para así proceder a darle el curso respectivo. Es decir que no es dable a dicho juzgador examinar el "fondo" de la solicitud (como hizo ostensiblemente el Juez Superior en este caso), sino su mera forma, por así decirlo, ya que únicamente *en el evento de una "petición a todas luces absurda" (como precisó la Sala en la referida providencia), cábele al Juzgador inhibirse de imprimirle el trámite expresamente señalado por el artículo 79 del Código de Procedimiento Penal; y es que si no es así, el cambio de radicación terminaría "resolviéndolo"* (si se penetra en el contenido *de la petición) un funcionario diferente del previsto en la ley, cuestión que hay que evitar tajantemente. Se debe entonces tener mucho cuidado en el examen "previo" de una tal solicitud, y también mucho cuidado en no darle a la jurisprudencia un sentido diverso del que la ha inspirado y que además aparece claramente expresado, como es el caso de la traída a colación por el Juez Superior* de Pitalito.

2. En sustancia, a los procesados se les acusa de haberse apropiado de dineros del municipio de Pitalito; y de la documentación que se ha recibido para resolver el cambio de radicación, se colige que ese asalto al patrimonio del Municipio, por parte de algunas personas "prestantes" del mismo (que se sepa, el doctor Espinosa Cortés fue su alcalde), ha generado una protesta de diversos grupos, especialmente de la guerrilla, que según las diligencias, han lanzado amenazas de muerte si no se presentan (hay una buena parte de procesados huyendo, entre ellos el doctor Cortés Espinosa) o "pagan" lo "robado".

También hay prueba de que por razon de ese proceso las autoridades se han visto en la necesidad de velar por la seguridad de quienes intervienen en el mismo, y prueba también del secuestro de un hermano del procesado Ferreira Villegas, y de amenazas contra la esposa de Cortés Espinosa.

No existe, pues, un ambiente propicio ni conveniente para que este proceso, que ya entró en su etapa final, prosiga su desarrollo en el Distrito Judicial de Neiva.

No se olvide, en ese mismo orden de ideas, que incluso la puesta en libertad de los procesados que se encontraban detenidos, causó indignación, según la "proposición" del Concejo Municipal de Pitalito.

Es principio general el que la competencia para conocer de un proceso radica en el Juzgado del lugar donde el hecho punible se cometió; mas por encima de este principio o factor territorial de competencia, está el interés de que, sin excepciones de ninguna clase, se aplique una justicia recta y eficaz, sin asomos de interferencias extrañas que puedan entorpecer o hacer nugatorio dicho cometido, y que en caso de darse, torna forzoso sustraer el proceso de su lugar original y en principio debido, trasladándolo a un territorio diverso, en el cual no exista pretexto para predicar que no se cumplen a cabalidad los fines de la justicia anteriormente evocados: éste ha sido el criterio tradicional de la jurisprudencia y el que se reitera aquí frente al caso concreto reseñado.

Estima la Sala del Distrito Judicial de Tunja apto para que sirva de escenario a la terminación de este asunto, concretamente dicha ciudad.

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

RESUELVE:

Cambiar la radicación de este proceso del Distrito Judicial de Neiva al Distrito Judicial de Tunja. Remítase, por tanto, el expediente, al Juzgado Superior –reparto– de esta ciudad, de conformidad con lo dicho en la parte motiva de este proveído.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Cúmplase.

Dídimo Páez Velandia, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael Cortés Garnica
Secretario

* * *

INTERVENCIÓN EN POLÍTICA – Asamblea Constituyente

No es típica la conducta que se limita a un intercambio de opiniones, sobre una situación de actualidad y trascendencia como la Asamblea Constituyente.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Enrique Valencia M.*
Aprobada Acta número 014, febrero 27 de 1991.
Bogotá, marzo cuatro (4) de mil novecientos noventa y uno (1991).

VISTOS

Decide esta Sala de la Corte sobre la viabilidad de disponer la apertura de investigación contra los doctores César Pompeyo Rodríguez Rangel y Fernando Arrieta Charry, Magistrados del honorable Tribunal Superior de Santa Marta, con relación a la queja penal formulada por Edilberto Antonio Fernández Ochoa.

LA DENUNCIA

Remitiéndose al texto de un escrito que ante la Procuraduría General de la Nación elevara el doctor Alfonso Ospino Echavarría, miembro de la corporación judicial antecitada, contra sus colegas, doctores Rodríguez Rangel y Arrieta Charry, el ciudadano Edilberto Antonio Fernández Ochoa refiere que cumpliéndose el día dieciocho (18) de octubre de mil novecientos noventa (1990) la sesión de Sala Plena del Tribunal Superior de Santa Marta, el doctor Arrieta "... promovió a título personal la candidatura a constituyente del doctor José Alejandro Bonivento Fernández y sugirió a los allí reunidos que manifestaran su apoyo al candidato y que cada uno de ellos pidiera a los jueces y subalternos que hicieran lo propio ..", iniciativa a la que se opuso el Magistrado, doctor Ospino, sin que se suscitaran otros comentarios y tampoco pronunciamiento de la Sala. Que ese mismo día el doctor Rodríguez Rangel, como Presidente de la Colegiatura, oficializó un comunicado que en el mismo sentido le hizo llegar el doctor Arrieta, mediante auto que le daba curso a los integrantes del Tribunal a quienes se entregó copia fotostática. En ampliación de su denuncia, Fernández Ochoa, reitera sus originales afirmaciones "... a fin de que se

establezca si el denunciado incurrió en el delito de prevaricato o... también en los delitos de abuso de autoridad, abuso de funciones públicas e intervención en política...", pues que es costumbre del doctor Rodríguez Rangel cometer arbitrariedades como la denunciada y aun, como en su caso particular, instruir al personal de vigilancia en la Corporación para no permitirle el acceso al edificio. Refiere que aquellos hechos llegaron a su conocimiento primero de oídas en algún establecimiento público y luego porque a su oficina le fue enviado un facsímil de la queja disciplinaria formulada por el doctor Ospino Echavarría, por la misma situación (fls 1-19).

Actuación procesal

Se agregaron al expediente constancias sobre el nombramiento y ejercicio del cargo por parte de los empleados acusados. Así mismo se recepcionó declaración a los Magistrados del Tribunal Superior referido, doctores Enrique Camilo Noguera Aarón, José Vicente Gual Acosta, Augusto Enrique Torregrosa Sánchez, Ida Inés Méndez de Rodríguez y Wenceslao José Mestre Castañeda (fls. 42, 59, 62, 67, 77), y el Secretario General de la Corporación, Jacobo Noguera Avendaño (fl. 38), quienes son contestes en manifestar que agotado el temario de la sesión de Sala Plena del dieciocho (18) de octubre de mil novecientos noventa, al momento de ser levantada la misma, el Magistrado doctor Arrieta Charry demandó la atención de los presentes para informarles que el doctor José Alejandro Bonivento Fernández estaba interesado en postular su nombre para integrar la Asamblea Constituyente y que habiendo sido éste otrora funcionario de la Rama Jurisdiccional, como amplio conocedor de sus problemas, sería un buen abanderado de tal causa, por lo que consideraba que jueces y empleados debían apoyar su nominación. El Magistrado, doctor Ospino Echavarría, interpeló manifestando que tales asuntos por ser de índole política no debían ser considerados en una Sala Plena y que de sufragar él lo haría por un candidato de su partido. A su vez, el doctor Noguera Aarón refutó diciendo que la idea del doctor Arrieta no era insana y carecía de matiz político, pues la motivaba el interés de que la Rama Judicial, como cualquier otra colectividad, tuviera un representante calificado en la mencionada Asamblea. Sin más palabras, la reunión se disolvió. Más tarde o al día siguiente, los funcionarios hallaron en sus despachos copia fotostática de un comunicado suscrito por el doctor Arrieta Charry en el que reitera su invitación para votar por el doctor Bonivento Fernández en las elecciones del nueve (9) de diciembre de mil novecientos noventa (1990), sugiriendo pasar "... la voz a sus compañeros de Corporación, a los funcionarios y empleados de este Distrito Judicial", nota que arribó por auto del mismo dieciocho (18) de octubre suscrito por el doctor Rodríguez Rangel, Presidente del Tribunal, "para su conocimiento y fines pertinentes" (fl. 7 y vto.). Todos los declarantes son enfáticos en manifestar que lo enunciado por el doctor Arrieta, luego de la sesión de Sala Plena, fue al margen de la misma y como una mera opinión entre colegas, a la postre malinterpretada, sin que generara pronunciamiento oficial o extraoficial ninguno. A su turno, el doctor Ospino Echavarría, en su declaración, ratifica lo por él informado a la Procuraduría General de la Nación en escrito de octubre veintitrés (23) de la misma anualidad, en cuanto a que las palabras del doctor Arrieta no eran permisibles en ese ámbito, pues que de aceptar la proposición, "la Corporación devendría en ser un comité político partidis-

ta" y que si bien se estaba en todo el derecho de promover entre los empleados judiciales de dicha candidatura, en grupo o individualmente, los Magistrados no podían dedicarse a ello, por expresa prohibición legal y porque interferiría en la libertad de opinión de aquellos quienes por consideraciones de orden ideológico y político, preferirían votar, como él, por otras personas. En sus descargos, los doctores César Pompeyo Rodríguez Rangel y Fernando Arrieta Charry corroboran lo atestado por sus compañeros de judicatura, significando, el primero, que como Presidente y en ejercicio de sus facultades, del escrito elevado por el doctor Arrieta, como de tantos otros informes, dio curso a los colegiados para su enteramiento y sin que trascendiera a mayores. Advierte el doctor Rodríguez Rangel que la denuncia fue instaurada por quien aparte de no haber presenciado lo sucedido en la citada sesión de Sala Plena, lanza imputaciones criminales sin conocimiento alguno de leyes (fl. 69). A su vez, el doctor Arrieta Charry admite que en verdad, tan pronto culminó dicha reunión, informalmente, con un matiz gremial, nunca político o partidista, dio cuenta a sus compañeros de la posición del doctor Bonivento Fernández ante la posibilidad de acceder a la Asamblea Constituyente, extrañando la oposición que con planteamientos, a su juicio equívocos, lanzó el doctor Ospino Echavarría, a su idea. Acepta igualmente haber suscrito la nota que en copia se hiciera llegar a los magistrados por conducto de la Presidencia (fl. 46).

La Corte

1. Con excepción de las personas a que se refiere en su inciso segundo, el artículo 158 del C.P. contempla, como pena, "... la interdicción al ejercicio de derechos y funciones públicas de uno (1) a tres (3) años...", para el "... empleado oficial que forme parte de comités, juntas o directorios políticos o intervenga en debates o actividades de este carácter...".

Según el texto de la norma, el empleado oficial puede incurrir en violación a la misma cuando asume cualquiera de las conductas comportamentales allí enunciadas, con arreglo, indistintamente, a uno de los dos verbos rectores que gobiernan el injusto. Esto es, que o bien integre uno de los cuadros de poder o mando en un partido o movimiento político o, de otro lado, participe activamente en las controversias que con un cariz tal se susciten en redor de la ideología, doctrina, estructuras o estrategias de un conglomerado de esa índole, de manera pública o privada, mediante discursos, propaganda o cualquier otra forma propia de la actividad política, entendida ésta como la lucha por la conquista y el ejercicio del poder en una comunidad. Esta gestión ha de cumplirse con la promoción del grupo o de uno o varios de sus miembros con la mira de lograr su elección para el desempeño de un cargo o función pública concreta, oponiéndose a otras personas o bandos y programas con similares ambiciones, ejercicio proselitista que bien puede llevarse a cabo en lapsos cortos o prolongados, ocasionalmente o no, y siempre y cuando conlleve en sí la idea –de suyo parcializada– de influir en los resultados de una pugna intelectiva o material dirigida a establecer la supremacía de los postulados políticos o filosóficos que siga la agrupación en la que el activista se diga matriculado o a fin de que alguno de sus camaradas acceda al desempeño de posiciones relevantes, en mayor o menor grado, dentro de los estamentos directivos, de administración o control y manejo del aparato estatal, apelando al cumplimiento de acciones como las referidas.

II. Desde hace ya larga data, la jurisprudencia ha enseñado en qué circunstancias puede considerarse a un dependiente del Estado como incurso en el hecho punible bajo examen y, contrario sensu, qué condiciones permiten inferir que el empleado acriminado no infringe la untecitada norma penal o aun, los principios constitucionales que reprimen un comportamiento lesivo de la Administración Pública como el enunciado (artículos 6° del Plebiscito de 1957 y 178 de la C.N.).

Así, se ha dicho por la Corte:

"... El texto completo del artículo 178 de la Carta no circunscribe el debate político al debate electoral, antes por el contrario comprende en su prohibición todos los actos de política beligerante. Que por debate político se entiende no sólo el electoral, sino toda lucha, contienda u oposición en que se manifieste ostensiblemente la pasión política, esto es, todas las actividades en que haya pugna encendida, manifestaciones vehementes de las ideas, propósitos e intereses de una facción contra otra, es tesis que le parece jurídica y clara a la Corte, porque para deducirlo no tuvo presente sino el propósito que guió al legislador en el particular..." (auto, abril 28 de 1946, G.J. LXI). Y, también, "... el artículo 180 del C.P. ... –hoy, artículo 180 del Decreto 100 de 1980– ... es una norma general; los artículos 178 de la Constitución Nacional y 6° del Plebiscito, en cambio, son normas especiales relativas a la carrera judicial y a la administrativa, cuya creación ordenó el propio constituyente, y prevén como causal específica de mal comportamiento en el servicio la intervención en política de quienes pertenezcan a esa carrera, con la consecuencia de exclusión de beneficios de su status, exclusión que se declara por la correspondiente autoridad administrativa disciplinariamente..." (auto, noviembre 6 de 1970, G.J., CXXXVI). Lo cual no obsta el sano y pacífico ejercicio del derecho al sufragio.

III. Concretando aún más los análisis frente al supuesto penal comentado, esta colegiatura precisó lo que en seguida se reproduce que, si bien referidas a las previsiones que sobre el tópico analizado traía el Código de 1936, son estimaciones que no por antiguas han perdido su vigor con relación a lo establecido en la actual normatividad:

"... Es claro que el funcionario o empleado público debe evitar, en cuanto sea posible, todo comentario público sobre temas políticos o que se relacione con ellos, precisamente para conservar su independencia e infundir confianza en los asociados sobre la imparcialidad de sus actos tanto públicos como privados. Una conducta distinta de ésta siempre inspira a los ciudadanos el temor, la duda o la sospecha de que los actos del funcionario pueden resultar tachados –en determinado momento– de parcialidad política; por eso se repite que la simple exteriorización de ideas políticas o del comentario que de esas temas se haga, no constituye infracción penal..." (auto, octubre 5 de 1948, G.J., LXV; sentencias, julio 4 de 1952 y mayo 5 de 1953, Gs. Js. LXXII y LXXV). En otra oportunidad se afirmó: "... Cuando el artículo 180 del C.P. ... (anterior) ... reprime a los funcionarios o empleados públicos que formen parte de directorios políticos o intervengan en debates de ese carácter, ha querido referirse a manifestaciones concretas y específicas de tales personas, en el sentido de que sus actos sean un brote sectario, una conducta saturada de pasión banderiza que los hace obrar teniendo en cuenta más los ideales del partido a que se pertenece que la buena marcha

de los deberes inherentes a la investidura que se les ha confiado..." (Sentencia, junio 20 de 1950, G.J. LXVII).

Ya específicamente refiriéndose a los dependientes al servicio de la Rama Jurisdiccional o de entes afines, esta Sala ha puntualizado:

"... Para que un funcionario o empleado judicial incurra en responsabilidad penal por haber intervenido en política, no es necesario o indispensable que haya una típica actuación beligerante, ni se requiere que el acusado desarrolle una actividad extrema de agitación, o que se encargue de movilizar fuerzas electorales o de pronunciar discursos, o que se entregue a tareas semejantes, sino que basta que posponga sus deberes a la primera solicitud para demostrar su temperamento combativo, la vehemencia de sus pasiones o la inclinación a tomar parte, así sea soslayadamente, en la pugna, no siempre civilizada, por desgracia, de las fuerzas o corrientes políticas. Porque no es el hecho, considerado en sí, y que podría ser aislado o accidental, lo que le infunde gravedad al ilícito, que no es de daño sino de peligro, de capacidad para asumir una posición contraria al cargo que se desempeña y que refleja evidentemente una conducta que se opone al ejercicio de un ministerio que debe hallarse libre de todo cuanto pueda perturbarlo, si es que ha de cumplirse dignamente. Por eso la ley no exige que haya dolo especial o más ánimo que el común de transgredirla, para que quede configurada la acción..." (auto, agosto 31 de 1954, G.J., LXXVIII). Y, más antes, en providencia ya aludida (auto, octubre 5 de 1948), se adujo: "... Lo que la Constitución Nacional y la ley prohíben es que los funcionarios de la Rama Jurisdiccional y los empleados subalternos de la misma, así como los del Ministerio Público, sean miembros activos de los partidos políticos, o intervengan en los debates de carácter electoral o político. Los funcionarios de la Rama Jurisdiccional pueden asumir el carácter de miembros activos de un partido político, cuando forman parte de los directorios políticos o cuando intervienen en debates de carácter electoral o político, intervención que puede desarrollarse en actos preparatorios, coetáneos o posteriores al debate; toda otra actuación que no haga relación directa a estos hechos puede ser censurable respecto del funcionario que la realiza, pero no constitutiva de delito...". Y es que "... Nada más perjudicial para la Administración de Justicia que la intervención de los funcionarios de la Rama Jurisdiccional en debates de carácter político. La independencia, imparcialidad, honestidad y buen nombre de las personas que se hallan revestidas de autoridad para conocer y juzgar la conducta de los asociados, pugna con esta clase de controversias o intervenciones. La influencia política es factor que en la mayoría de los casos puede inclinar la justicia por caminos que no sean la expresión auténtica de la verdad. Para garantizar los derechos de los asociados y los de la justicia, la ley ha erigido en delito el hecho de que los funcionarios o empleados públicos formen parte de directorios políticos o intervengan en debates de esta naturaleza... (o, también, según la preceptiva actualmente vigente –artículo 158 del C.P.–, que integren juntas o comités de dicha índole o participen en actividades del mismo tenor)..." (Sentencia, septiembre 9 de 1955, G.J., LXXX).

IV. Ahora bien:

En el caso sub examen, la Sala no vislumbra, ni en la manifestación oral que al término de la sesión de la Sala Plena del honorable Tribunal Superior de Santa Marta, cumplida el dieciocho (18) de octubre postrero, hiciera el Magistrado, doctor Arrieta Charris, en la forma y términos que se conocen, ni en el contenido de la nota

escrita que él mismo hiciera llegar a la Presidencia de la Corporación –retransmitido luego en copia fotostática a los miembros de ésta, mediante auto de la misma fecha suscrito por el doctor Rodríguez Rongel, como Presidente– que tales situaciones constituyan, sin lugar a dudas, la realidad de un quebrantamiento a una de las varias formas comportamentales reprimidas por el artículo 158 del C.P., como se afirma de los dos funcionarios enteciados.

Excepción hecha del doctor Ospino Echavarría, todos los integrantes del Tribunal y presentes en la referida reunión son contestes al afirmar que lo expresado por el doctor Arrieta Charry –una vez agotado el temario que ocupara hasta minutos antes su atención– se hizo muy al margen del acto oficial en sí mismo considerado, además de que se entendió la inquietud, como igualmente lo reconocen el denunciante y el doctor Ospino E., en sus respectivas deposiciones, como el planteamiento de un muy particular concepto ante la eventual candidatura del doctor José Alejandro Bonivento Fernández, para hacer parte de la Asamblea Constituyente, habida consideración, al decir del doctor Arrieta, de las calidades que reunía el doctor Bonivento. No se reclamó por parte del acusado un pronunciamiento oficial –a título individual o colegiado– de los funcionarios frente a su personal tesis, ni se hizo referencia ninguna a la filiación o matrícula del futuro candidato, o aun de los magistrados mismos, en un determinado grupo, movimiento o partido político, como se deduce del texto de las exposiciones –verbal y en carta– del doctor Arrieta Charry. Antes bien, el magistrado, doctor Noguera Aarón, reprochó de la intervención del doctor Ospino Echavarría que éste mencionara no sólo su propia adhesión a un partido político y al nombre de la persona por quien sufragaría, sino que, además, equivocadamente enfatizara el hecho de que tanto los allí presentes como los restantes empleados del poder judicial se verían coaccionados para votar por quien no encarnara sus individuales ideas o creencias en materia política, que él sí especificó. En manera alguna, pues, de la dicción del doctor Arrieta se infirió la enunciación de actos de proselitismo o criterios de política activa y sí, únicamente, la expresión del natural anhelo de que los intereses genéricos de la justicia contaran con un representante calificado. Sin otro comentario, la susomentada reunión se disolvió, dejando como huella en el espíritu de los concurrentes la idea de que todo lo dicho no pasó de ser un simple intercambio de opiniones sobre una situación de actualidad y trascendencia, para ese entonces y aún a la hora de ahora cuando, valga anotarlo, integrada y en funciones la aludida Asamblea, el país todo está hoy a las puertas de una reforma al texto de los principios rectores de nuestro Estado de Derecho. Es más, con posterioridad a la referida sesión de Sala Plena no se produjeron mayores comentarios, aparte de las discusiones o alegatos que pudo ocasionar la ulteriormente publicitada queja que en lo disciplinario elevó, ante la Procuraduría General de la Nación, el Magistrado doctor Ospino Echavarría, contra sus colegas, los doctores Arrieta Charry y Rodríguez Rangel, no sólo con relación a aquellos acontecimientos sino a la actuación del último cuando, como Presidente, cursó al Despacho de sus compañeros de judicatura un facsímil de la nota con que el doctor Arrieta reiteraba su invitación para apoyar al doctor Bonivento.

V. Bien miradas las cosas, de lo dicho y realizado en su momento por cada uno de los funcionarios inculpados, no deviene, como atrás se expresara, una acción configurante de los delitos-tipo de abuso de autoridad en los supuestos fácticos de intervención en política achacado al doctor Arrieta, según los hechos antes bosqueja-

dos y de paso al Presidente del Tribunal, doctor Rodríguez, o de acto arbitrario o injusto endilgado a este último, al igual que un pretenso prevaricato por acción, consistente en que con ocasión de sus funciones o excediéndose en ellas, sin contar con facultad para ello, dictó un auto para remitir copia de la misiva del doctor Arrieta que el doctor Ospino Echavarría y el denunciante califican como pregón o propaganda política. Y es que si bien las actividades desarrolladas por estos empleados –según las circunstancias aquí conocidas– de pronto podrían ameritar el calificativo de inconvenientes, dados el sitio y momento en que se cumplieron, no por lo mismo pueden estimarse como trascendentes al ámbito penal, mayormente cuando ni el uno ni el otro hicieron referencia a que la posible candidatura del doctor Bonivento Fernández lo fuera en representación de las ideas o filosofía de un determinado partido o movimiento político. Es más: ni siquiera se mencionó –a no ser, lo tangencialmente dicho por el doctor Ospino, cuando reprochó al doctor Arrieta lo improcedente de su exposición al término de la Sala Plena– que el doctor Bonivento perteneciera a tal o cual corriente política. De las acciones cumplidas por los acriminados no se infiere, entonces, más que una postura meramente personal, sin desmedro de sus deberes o funciones legales. Así mismo, aceptables para la Sala resultan las razones aducidas por el doctor Rodríguez Rangel respecto de haber dispuesto mediante un auto que la antecitada comunicación del doctor Arrieta se pusiera en conocimiento de sus otros compañeros de judicatura, conducta que no da margen para predicar un abuso de autoridad o un prevaricato por acción, cuanto que dentro de la órbita de sus labores como Presidente está precisamente el hacer conocer de los magistrados el contenido de los escritos o documentos que arriben a la Presidencia del Tribunal para que, a su turno, si aquéllos lo consideran necesario o pertinente, reclamen su discusión ya en una Sala especializada, ora en la Plena en orden a adoptar las determinaciones que el caso amerite.

VI. Concluyese, entonces, que en el caso de la especie, ninguna de las conductas asumidas por los funcionarios denunciados reviste la entidad necesaria para ser consideradas como hechos típicamente relevantes a la luz de la ley penal. Por lo mismo, es una necesidad de la actuación proferir auto inhibitorio de apertura de averiguación criminal contra los magistrados acriminados con relación a la queja penal formulada por Edilberto A. Fernández O. De consuno se procederá.

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

RESUELVE:

ABSTENERSE de iniciar investigación en contra de los doctores Fernando Arrieta Charry y César Pompeyo Rodríguez Rangel, Magistrados del honorable Tribunal Superior de Santa Marta, frente a la denuncia incoada contra los mismos por Edilberto Antonio Fernández Ochoa.

En firme esta providencia, archívese el expediente.

Notifíquese y cúmplase.

Dídimo Páez Velandia, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael I. Cortés Garnica
Secretario

* * *

Auto inhibitorio / Revocatoria / Prueba

El artículo 353 del Código de Procedimiento Penal se refiere a la posibilidad de revocatoria que los doctrinantes denominan directa y exige la presentación o aporte de "nuevas pruebas".

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Doctor *Edgar Saavedra Rojas.*
Aprobada Acta número 014, del 27 de febrero de 1991.
Bogotá, D.E., seis (6) de marzo de mil novecientos noventa y uno (1991).

Vistos

Actuando en sede de instancia, procede la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, a resolver lo pertinente respecto de recurso ordinario de apelación oportunamente interpuesto por el denunciante en este caso con interés jurídico para recurrir, contra la decisión de naturaleza interlocutoria proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, por medio de la cual no se accedió a la revocatoria del auto inhibitorio que esta misma Corporación judicial había dictado dentro del presente diligenciamiento de indagación preliminar.

Actuación procesal

El ciudadano y abogado titulado, doctor Luis Figueredo Sánchez, por medio de escrito que presentó personalmente a la Secretaría del Tribunal competente para juzgar a los funcionarios judiciales de esa territorialidad, denunció penalmente a la doctora Elma Paulina Medina de Pérez, titular del Juzgado Promiscuo Municipal de Tunnequé-Boyacá, a quien le imputó la comisión del delito de prevaricato por su actuación dentro del proceso ordinario de sucesión iniciado y tramitado por medio de apoderado por la señora Herminia Osorio de Carzón.

De inmediato, con fundamento en lo preceptuado en el artículo 341 del Código de Procedimiento Penal, se dispuso la práctica de algunas diligencias con el fin de establecer la procedencia de la apertura de la correspondiente investigación penal, las cuales fueron evacuadas en su totalidad, y acto seguido, al vencimiento del período

de indagación preliminar, en la oportunidad jurídico-procesal de decidir si iniciaba o no proceso penal contra la funcionaria judicial denunciada, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Tunja a quien le correspondió en reparto la denuncia, por interlocutorio de fecha catorce (14) de septiembre del año retropróximo, resolvió abstenerse de iniciar investigación penal, por las razones que se dejaron expuestas en la parte motiva de dicha providencia y que se sintetizan en la no adecuación del comportamiento de la jueza dentro de su actuación en el sucesorio a la figura típica del delito de prevaricato.

La anterior resolución judicial se notificó personalmente al fiscal colaborador de la corporación y por estado al denunciante el día (19) del mismo mes y año de la providencia. Este último, enterado del contenido del auto, haciendo uso del derecho subjetivo procesal consagrado en el artículo 353 del Código de Procedimiento Penal, acudió de nuevo a la instancia mediante escrito que presentó creyendo equivocadamente que lo hacía por fuera del término señalado por la ley procesal para la impugnación de las decisiones de naturaleza interlocutoria y en el que manifiesta de modo expreso el infortunio de no haber podido "apelar en tiempo", pero insiste en la apertura de la investigación penal y, consecuencialmente, como corolario obligado, solicita la revocatoria del auto inhibitorio.

La magistrada ponente, con apoyo en una constancia secretarial que hacía referencia a la suspensión de los términos judiciales en la Sala Penal de dicho Tribunal durante los días veinte (20) hasta veintiséis (26) de septiembre de mil novecientos noventa (1990), concluyó en el criterio de considerar la presentación del libelo antes de haber precluido el término de la ejecutoria formal del pronunciamiento judicial, y ordenó, por auto de sustanciación, tramitar "el escrito presentado por el quejoso... como recurso de reposición".

Al referido memorial, la Secretaría de la Sala Penal del Tribunal le dio la tramitación propia del recurso de reposición conforme a lo estipulado en el artículo 202 del Código de Procedimiento Penal.

Por último, en la ocasión procesal de resolver sobre lo pedido, por considerar un posible menoscabo al derecho de defensa del memorialista debido a la imposibilidad que se le presentaba de interponer el recurso de apelación en el evento de una decisión desfavorable a sus intereses, dada la impugnabilidad del auto que decide la reposición (artículo 200 del C. de P.P.), la Sala encuentra equivocada la decisión que dispuso imprimirle al escrito el trámite propio del recurso de reposición, y, en consecuencia, resuelve revocarla, al tiempo que decide no acceder a las pretensiones del denunciante, manteniendo en firme el proveído inhibitorio.

Concepto del Procurador Delegado

El Ministerio Público, representado en esta oportunidad por el Procurador Tercero Delegado en lo Penal, al emitir su concepto, solicita de la Sala la confirmación del auto recurrido, arguyendo que a su juicio, la juez Elma Paulina Medina de Pérez, "lejos de incurrir en prevaricato por acción desde el punto de vista típico", obró procesalmente en consonancia con el ordenamiento jurídico imperante que

regula el trámite de los procesos de sucesión. Ningún reparo hizo a la actuación procesal.

Consideraciones de la Corte

Por expresa disposición de la ley procesal penal, sabido es que la decisión inhibitoria no tiene autoridad de cosa juzgada con fuerza de verdad legal incontrovertible. Una vez transcurrida la oportunidad legal que la normatividad le brinda al Ministerio Público y denunciante para recurrir, si no se hubiese impugnado, la firmeza o ejecutoria que adquiere es sólo formal, es decir, que podrá ser revocada de oficio o a petición del denunciante aunque se encuentre ejecutoriado el auto que la contiene. Pero también ha previsto la ley de enjuiciamiento, que el denunciante o querellante podrá ejercer la facultad de insistir en la apertura de la investigación, no en cualquier forma y de modo caprichoso, sino mediante la satisfacción de la exigencia legal de desvirtuar probatoriamente los fundamentos que sirvieron de base a la medida inhibitoria (artículo 353, inciso 2° del C. de P.P.).

Sobre el punto e interpretando la inteligencia del precepto legal en comento, ha venido sosteniendo reiteradamente esta corporación:

"... conviene glosar que no basta 'alegar de nuevo' para cumplir con la solicitud de revocación del citado artículo 353, sino que como éste lo expresa, es ineludible que 'con nuevas pruebas' se desvirtúen las que sirvieron y se tuvieron en cuenta para arribar a la decisión inhibitoria" (C.S. de J. –Sala Penal– Auto de primero de julio de mil novecientos ochenta y nueve. Magistrado Ponente doctor Guillermo Duque Ruiz).

En este particular caso, en modo alguno se podía tener el escrito presentado por el denunciante, como un acto de impugnación del auto que se abstuvo de iniciar la investigación penal, así lo haya hecho dentro de la oportunidad legal para interponer en tiempo los recursos ordinarios. El libelista invoca el artículo 353 del Código de Procedimiento Penal como único fundamento jurídico para solicitar la revocatoria del auto inhibitorio y esta norma, como resulta fácil colegirlo, se refiere a la posibilidad de la revocatoria que los doctrinantes denominan, directa, con características que la hacen diferente a los medios de impugnación. Además, desde un punto de vista legal constituye una inexactitud decir que la sola y simple enunciación de solicitud de revocatoria de una decisión judicial equivale a un recurso de reposición. Conforme a la legislación que regula la materia, la revocatoria así como también la reforma de la providencia no son fines exclusivos y privativos de este medio horizontal de impugnación; también, de acuerdo al texto legal, los son del recurso ordinario de apelación. Hizo bien entonces el Tribunal en advertir su yerro inicial y resolver sin consideración a trámite alguno la petición de revocatoria, como también acertó en su decisión de no acceder a la misma.

Pero en cambio, considera la Sala desacertada la forma como decidió lo pedido. En efecto, no sólo la doctrina tiene entendido que la solicitud de revocatoria directa sólo tiene cabida una vez ejecutoriada formalmente la providencia, sino que, además, en tratándose del auto de la naturaleza que ahora se cuestiona, expresamente se exige, para que proceda su revocatoria, la presentación o aporte de "nuevas pruebas", que desvirtúen los fundamentos probatorios que motivaron la decisión inhibitoria.

La anterior destacada exigencia no fue atendida y al expediente no se allegó ningún otro nuevo elemento probatorio. Por tanto, lo legalmente procedente era el rechazo de plano de la solicitud, sin entrar en consideraciones de fondo sobre la procedencia o no de la medida, como también lo tiene aceptado la Corte.

Con arreglo a este criterio y establecido que el presente caso no se satisfacía el trámite adecuado resolviéndose de fondo sobre la no procedencia de la revocatoria directa solicitada, la Corte está obligada a reconocer la imposibilidad de desatar el recurso interpuesto y, en consecuencia, se abstendrá de ello.

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

RESUELVE:

ABSTENERSE de conocer del recurso de apelación interpuesto contra la providencia de origen, fecha y contenido arriba anotados, por las razones expuestas en la parte motiva de esta resolución judicial.

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

Dídimo Páez Velandia, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael Cortés Garnica
Secretario

* * *

Indicio / Error de hecho

El ataque al valor indiciario de la prueba es del ámbito del error de hecho e impone al demandante la obligación de demostrar la ilogicidad manifiesta en las conclusiones.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Guillermo Duque Ruiz.*
Aprobada Acta No. 16.
Bogotá, D.E., marzo ocho (8) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Conoce la Sala del recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 16 de mayo de 1990, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva condenó a Laureano Betancourt Barrera a 16 años de prisión por el delito de homicidio.

Antecedentes

1. Desde el mes de diciembre de 1987 Laureano Betancourt Barrera, residente en Girardot (Cundinamarca), contactó en Neiva al abogado Gustavo Salazar Rodríguez, en procura, al parecer, de sus servicios profesionales, y para tal efecto se hospedó varias veces en el "Hotel Plaza" de dicha capital huilense.

El 26 de febrero de 1988 Betancourt fue a su oficina, no lo encontró, pero luego se comunicaron por teléfono, quedando el doctor Salazar Rodríguez de recoger a Betancourt en el susodicho hotel, donde este último había llegado ese día (aunque no para hospedarse, como siempre lo hacía) acompañado de un joven desconocido.

Dice el proceso que Salazar Rodríguez (quien había manifestado a su esposa, a su secretaria y a un amigo, el "temor" de relacionarse con Betancourt) salió de su residencia más o menos a las 7 de la noche del 26 citado, portando una pistola; recogió en el "Plaza" a Betancourt y a su acompañante y se dirigieron al establecimiento "Frutos del Mar" (Calle 8ª carrera 15 de Neiva), de donde salieron los tres alrededor de las 9 de la noche en el vehículo del abogado.

Aproximadamente media hora después, y habiendo avanzado apenas 3 cuadras (calle 7a carrera 13), desde el asiento de atrás se disparó un arma de fuego contra Salazar Rodríguez, que hizo impacto en su cráneo; el automóvil por él conducido

perdió el control y fue a detenerse contra un andén y un árbol: inmediatamente hecho el disparo, del automotor aún en movimiento descendieron dos hombres de fisonomía similar a la de Betancourt y su acompañante.

2. Dicho homicidio del doctor Salazar Rodríguez fue investigado por el Juzgado 7º de Instrucción Criminal Ambulante de Neiva, que declaró ausente a Betancourt Barrera y profirió en su contra auto de detención, para luego cerrar investigación y calificarla con reapertura de la misma por falta de vinculación de la persona que acompañaba a aquél en el momento del hecho y que no pudo en últimas ser identificado, por lo cual se hizo nueva calificación con resolución acusatoria respecto de Betancourt Barrera por homicidio agravado según el artículo 324-7 del Código Penal (indefensión; disparo hecho desde atrás mientras la víctima conducía (fls. 150 y ss. -1), providencia que recibió confirmación del Tribunal (fls. 14 y ss. -2).

El expediente pasó al Juzgado Tercero Superior de Neiva, que decretó su legalidad y continuó con la causa, practicando numerosas pruebas, entre ellas la indagatoria del procesado, quien había sido capturado cuando el ciclo investigativo estaba cerrado.

Se celebró audiencia pública (sin jurado, por entrada en vigencia del Decreto 1861 de 1989) y con fecha 28 de febrero de 1990 se dictó fallo de primera instancia, mediante el cual se condenó a Betancourt Barrera a la pena principal de 16 años de prisión, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, al pago de 1.000 gramos oro por perjuicios, y negó el subrogado de la condena de ejecución condicional. Así mismo, en el punto 6º de la parte resolutiva dispuso la expedición de copias "para que se investigue al copartícipe del homicidio del abogado Salazar Rodríguez y el posible delito del falso testimonio en que hayan podido incurrir Laura Mery Bolaños Alvarez, Luz Marina Celis de Morales y Yolanda González Castellanos" (fls. 100-4).

La sentencia fue apelada por la Fiscal del Juzgado, con el fin de que se le quitara la agravante al homicidio, y por el defensor del procesado para que el Tribunal la revocara y absolviera. Dicha Corporación, por medio de la suya que recurrió en casación el defensor, le impartió confirmación integral (fls. 25 y ss. -5).

La demanda

"Se aduce como causal única la determinada en el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 1861 de 1989, modificatorio del artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, por ser la sentencia violatoria de las normas de derecho sustanciales de los artículos 21, 323, 324 numeral 7º del Código Penal, 247 y 248 del Código de Procedimiento Penal."

Y agrega el demandante:

"La violación de tales normas (vía indirecta) provino del error de hecho en que incurrió el Tribunal de Neiva en la apreciación de las pruebas, de las cuales dedujo en su conjunto, por falso juicio de identidad, la existencia unificada de indicios y como indicadores de la responsabilidad del procesado en el delito de homicidio

investigado, y ello por cuanto se interpretó equivocadamente o con el alcance que no tiene la prueba testimonial recaudada."

Bajo esas premisas, formula el actor los siguientes cargos:

Primero.

Las manifestaciones que la víctima les hizo a su esposa Martha Ruby Arévalo, a su secretaria Luz Mery Tamayo Zúñiga y a su amigo Carlos González Perdomo, en el sentido de "el temor" o "desconfianza" que le tenía "a ese tipo", es decir al procesado Betancourt Barrera, "no tendría más alcance que una mera aprehensión, recelo o sospecha", pero, agrega el demandante, "no es posible, como hizo el Tribunal, distorsionar la prueba testimonial comentada, interpretarla equivocadamente y tomarla con sentido exclusivo y particular de una prevenida entrevista o de algo peligroso, que ya indica que todo estaba preparado, fraguado y que se atentaría contra la vida del abogado, lo que a buen seguro no pasó por la mente de la víctima, y en estas condiciones no podría estimarse ni como mera probabilidad, o como simple indicio contingente".

"Si el abogado hubiera abrigado alguna sospecha por su vida, no habría acudido a la cita fatal, o por lo menos sólo, como lo da a entender el Tribunal tergiversando la prueba a su acomodo y por su sola interpretación subjetiva", dice el censor al final de este cargo.

Segundo.

De los testimonios recibidos al respecto se desprende que no existe "precisión" acerca de la hora en que el procesado estuvo ese viernes 26 en el Hotel Plaza y luego en el establecimiento "Frutos del Mar", en compañía de la víctima.

"De esa manera –agrega el actor– se distorsionó o falseó la prueba testimonial de Gonzalo Acosta, José Olivera y Alberto Rivera, que a última hora no dieron la hora exacta o siquiera aproximada de la llegada del doctor Salazar Rodríguez con sus dos acompañantes al establecimiento 'Frutos del Mar', *para restarle alcance y veracidad* a la afirmación del propio procesado y de paso *tomar por ciertos los dichos* de la viuda del occiso y de Carlos González Perdomo, que así, *y con tan graves contradicciones* resultaron erróneamente apreciados" (se destaca).

Tercero

El Tribunal erró al deducir que como la víctima salió de "Frutos del Mar" en compañía del procesado Betancourt y del otro joven, alrededor de las 9 de la noche, y el disparo homicida se produjo dentro del vehículo a las tres cuadras, "era bien difícil que en tan escaso trayecto y en tan corto tiempo Salazar hubiera cambiado de acompañante", aparte de que, según testimonio de Luis Guillermo Barreiro, "la descripción de los criminales sí coincide en términos generales con la que del procesado y su compañero han hecho los deponentes que tuvieron ocasión de observarlos tanto en el Hotel Plaza como en "Frutos del Mar".

A esas apreciaciones del Tribunal replica el demandante que no es cierto que los declarantes hayan suministrado con precisión la descripción del procesado, y, además, que tampoco es atinada la aseveración de que en un trayecto de 3 cuadras no es

posible cambiar de acompañante. Discute también que a 30 o 40 metros, el testigo Barreiro haya podido identificar a las personas que se apearon del vehículo inmediatamente después del disparo, y añade:

"Así, pues, que la prueba del hecho inciciario de la oportunidad para delinquir que se pretende deducir de la escueta e insular declaración de Luis Guillermo Barreiro, para encadenarla con las demás de la visita del procesado al abogado y del itinerario ininterrumpido, de la salida del Hotel a 'Frutos del Mar', no tiene el alcance que le dio el fallador, porque el hecho que demuestra esa prueba no permite señalar sin equívocos a Laureano Betancourt Barrera como la persona que se bajó del vehículo del occiso, en la noche de la tragedia".

Cuarto.

Si "prosperan los cargos anteriores", toca admitir como veraces los testimonios de Laura Bolaños, Yolanda González y Luz Marina Celis, quienes afirman que hacia las 9 de la noche de los hechos el procesado no estaba ya en Neiva. "El alcance que realmente ha de darse a estas declaraciones, depende entonces de la prosperidad de los cargos anteriores, pues demostrado (sic) la inocencia del procesado, la versión de estas declarantes sería un soporte más para llegar a esa convicción", precisa el impugnante.

Quinto

"La pluralidad de indicios que analizó el Honorable Tribunal de Neiva para concluir que constituyen hechos indicadores precisos y claramente establecidos en el proceso, carecen de esa virtualidad, por cuanto carecen, muy por el contrario, de tal precisión, gravedad y conexión para considerarlos inequívocamente como demostrativos del hecho indicado, o sea el de la responsabilidad del procesado en la muerte violenta del abogado Salazar Rodríguez", y a renglón seguido el actor dice que no se estableció el móvil del crimen, y que sólo existe incertidumbre sobre el autor del mismo, incertidumbre que debió conducir a la absolución del acusado, en virtud del principio *'in dubio pro reo'* previsto en el artículo 248 del Código de Procedimiento Penal.

Pide, pues, que se case el fallo y se dicte el absolutorio de reemplazo.

La delegada

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal dice en primer término que la demanda está deficientemente elaborada, ya que "cuando la objeción del demandante se traduce en una apreciación distinta de la del sentenciador, que no se opone al contenido objetivo que la prueba tiene simplemente apreciada, no cabe la casación por falso juicio de identidad pues el alcance dado por el sentenciador cabe dentro del marco de lo objetivo que contiene", y agrega el señor Procurador Delegado que en esas condiciones lo que el actor alega es "un error de razonamiento o discernimiento sobre las pruebas", que no cabe por no existir actualmente tarifa legal, sino "el sistema de libre valoración".

"En esencia –agrega el Delegado– se ha querido revivir el debate sobre las pruebas y su valor en el campo de la apreciación razonada de la prueba y su

confrontación de conjunto como lo manda el artículo 253 del C. de P.P., pretermitiendo el sentido del recurso que no se ocupa de problemas de hecho fundamentales sino en cuanto ellos implican el asentar el fallo sobre una base fáctica equivocada, lo que de consecuencia genera un vicio de legalidad de la sentencia en su estructura lógica. Por esa misma razón no es viable relacer el debate sobre las pruebas como se ve en lo pretendido por el actor en casación.

"De otra parte, si se invocó el falso juicio de identidad, el demandante no se preocupó de mostrar de qué pruebas el sentenciador de las instancias equivocó el sentido objetivo de las mismas para hacer de ellas algo distinto materialmente, visto que se concretó a confrontar sus propios criterios con los del legislador (sic) y a efectuar un análisis de cotejo probatorio, de pruebas y contrapruebas (mejor sería decir pruebas que nieguen las opuestas), que es proceso de cognición y evaluación del acervo de pruebas como un conjunto de datos probatorios que se someten a juicio del sentenciador."

Empero, posteriormente la delegada emprende un examen de cada cargo y realiza su propia evaluación del material probatorio, enfrentando la realidad probatoria con las censuras que hace en cada punto el demandante; todo para terminar solicitando que no se case el fallo.

Se considera:

La Sala viene sosteniendo que cuando se ataca el valor indiciario de la prueba, tal ataque es del ámbito del error de hecho, "ya que la construcción del indicio que hace el juzgador no es simple sino compleja: parte primero del hecho indicador (que se revela a través de una prueba, y si ésta carece de tarifa legal mal puede ser censurada por error en su valoración) y da el siguiente e ineludible paso de la 'inferencia lógica', con el fin de establecer si tiene o no relación, y de qué clase e intensidad, con el hecho indicado o que se busca establecer por ese camino indirecto. Si el juzgador se equivoca o desvía esa 'inferencia lógica' de que habla el artículo 229 del Código de Procedimiento Penal al definir qué es el indicio, es claro que falla en el juicio de identidad o de adecuación, que, repítese, conforma un error de hecho..." (casación, rad. 3834. Eduardo Gálvez Abello, Mg. Ple. Dr. Duque Ruiz).

Entonces, en principio adujo bien el actor esa clase de yerro. Pero hay que diferenciar: si no se ataca la referida 'inferencia lógica' (es decir el indicio en sí) sino la fuente del indicio o hecho indicador, no es dable ya hablar de que se impugna la prueba 'indiciaria', y estaría entonces obligado el casacionista a demostrar a la Corte que la prueba se ignoró, o que se supuso (error de existencia), o que se la tergiversó en su sentido netamente objetivo, por hacerle decir lo que no dice, por exagerar su contenido o por recortar el mismo.

En este caso el demandante de verdad que no demuestra en modo alguno en qué consiste el error manifiesto del sentenciador en cuanto a la 'inferencia lógica' configurante del indicio, y especialmente en los cargos 2°, 4° y 5° lo que hace es "cuestionar" el valor que le otorgó el Tribunal a determinados testimonios, hasta el punto que se queja el actor de que "se le haya restado alcance y veracidad" a la versión del procesado y "se

haya tomado por cierto" los testimonios de la esposa de la víctima y del señor Carlos González Perdomo, los cuales estima el actor que contienen "graves contradicciones": es evidente que semejantes ataques no caben dentro del yerro de hecho que propuso el casacionista. Y la equivocación de su parte pónese más de manifiesto al sostener que *merecen credibilidad* las declaraciones de Luz Mery Bolaños, Luz Marina Celis de Morales y Yolanda González Castellanos; la primera ex amante del procesado, y la segunda amiga de Yolanda, mujer de Betancourt Barrera: repárase que respecto de esas tres "testigos" el Juzgado de primera instancia decidió en la sentencia la expedición de copias para establecer si ellas incurrieron en *falso testimonio.*

Por otro lado, el actor se circunscribe a reexaminar "indicio por indicio" desde su propio y particular punto de vista, manera ésta individualizada de crítica, inadecuada cuando se trata de valorar la prueba indiciaria, que es un "todo" interdependiente que impone su examen "en conjunto y concatenado", como estructura que es y tal como la aprehendió el sentenciador: luego de analizar "en bloque" la prueba de cargo y de descargo, señaló el Juzgador de primer grado: "la prueba indiciaria en contra de Laureano Betancourt Barrera es abundante y la coartada presentada por él de encontrarse viajando cuando se sometió el homicidio, no fue comprobada, esa se convierte en un indicio de mala justificación" (fls. 96-4). Y más dicientemente al respecto precisó el Tribunal:

"Por manera que si es verdad procesal que la víctima fue citada por el acusado al Hotel Plaza de la ciudad ese viernes de autos; si en cumplimiento de la misiva lo recogió en su automóvil al igual que el desconocido en cuya compañía se hallaba; si con éstos estaba en 'Frutos del Mar' y en su compañía abandonó el sitio poco antes de su muerte, la conclusión razonable e imperiosa es que fueron aquéllos los homicidas, porque verdad real es también que fueron dos sujetos de características similares a las suyas los que descendieron del automóvil y emprendieron la huida tras el disparo mortal" (fls. 37-5).

Si el yerro cardinal del actor, como se dijo, consiste en que al amparo de un error "de hecho" desarrolló realmente un ataque de "falso juicio de convicción", la Corte no puede caer en la misma equivocación y hacerle "una segunda instancia" al proceso, lo cual además le está vedado en sede de casación. Insístese en que dentro del ataque al indicio que adujo el demandante, éste estaba en la obligación de demostrar la ilogicidad manifiesta en las "conclusiones" o deducciones que el sentenciador extrajo de la masa probatoria obrante en el proceso, cosa que estuvo muy lejos de cumplir el actor: bien dijo la Delegada que el libelo de impugnación en esta sede es "repetición" sustancial de lo alegado en las instancias, lo que de suyo basta para que la demanda resulte no apta.

No prosperan entonces los cargos.

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

RESUELVE:

No CASA la sentencia impugnada.

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

Dídimo Páez Velandia, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael Cortés Garnica
Secretario

NARCOTRÁFICO — Laboratorio

El artículo 2º del Decreto 1198 de 1987, cuando habla de destrucción de plantaciones de marihuana, coca y adormidera, se extiende al alcaloide procesado, incluidos los laboratorios donde se realiza el procesamiento y los químicos utilizados para ello.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Enrique Valencia M.*
Aprobada Acta número 016 de marzo 8/91.
Bogotá, D.E., marzo once (11) de mil novecientos noventa y uno (1991).

VISTOS

El quince (15) de marzo de mil novecientos noventa (1990), el Tribunal Superior de Villavicencio confirmó el fallo proferido por el señor Juez Cuarto (4º) Especializado de la misma ciudad, mediante el cual condenó a Héctor Villamil y Julio César Matallana Jiménez como autores penalmente responsables de una violación al artículo 30 de la Ley 30 de 1986, pero modificando la pena imponiéndoles en definitiva la de ocho (8) años de prisión. Respecto del cargo por porte ilegal de armas, la Colegiatura revocó la condena impuesta, absolviéndolos en su lugar, al tiempo que hacía lo propio respecto de Jorge Enrique Ballesteros Valcárcel y Narciso Torres Riaño, de los cargos que les fueron imputados en este proceso.

Contra aquel fallo recurrieron en casación los defensores de los procesados, declarándose ajustada a derecho la demanda presentada en nombre de Héctor Villamil, mientras que la elevada en representación de Matallana, fue rechazada por no cumplir con los requisitos formales exigidos por la ley.

El señor Procurador Segundo (2º) Delegado en lo Penal solicita la infirmación del libelo por falencias técnicas en su desarrollo argumental.

HECHOS

Así lo sintetizó el Tribunal:

"El 15 de marzo de 1989, hacia las once y media de la mañana, en jurisdicción de Cumaral (Vichada), personal de la Policía Antinarcóticos, interceptó una camio-

neta que se movilizaba desde el poblado hacia el sector rural, ocupada por cuatro (4) personas. Cerca del sitio donde el vehículo se detuvo, encontraron un revólver y una pistola, tirados en el piso. En el platón del mismo, hallaron varias bolsas de sustancia estupefaciente, insumos propios para el procesamiento de esta clase de narcóticos, una porción de marihuana y una balanza o gramera.

Los cuatro ocupantes de la camioneta fueron aprehendidos y puestos a disposición del juez competente (especializado radicado en Villavicencio) y fueron identificados como Héctor Villamil, Jorge Enrique Ballesteros Valcárcel, Narciso Torres Riaño y Julio César Matallana Jiménez".

Actuación procesal.

La Delegada la resumió en los siguientes términos:

"Habiéndole correspondido por competencia el conocimiento al Juez Cuarto Especializado con sede en Villavicencio, oídos en indagatoria los ocupantes del vehículo, en su contra se dictó auto de detención el 18 de marzo de 1989; siguiendo el procedimiento especial señalado por la Ley 2ª de 1984, los mismos procesados fueron citados a audiencia pública por infracción al inciso primero del artículo 33 de la Ley 30 de 1986, en concurso con el delito de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, tipificado por el artículo 1º del Decreto 3664 de 1986.

Luego de la práctica de algunas pruebas durante la etapa de juzgamiento y realizada la audiencia pública, el juez de conocimiento, con fecha 28 de diciembre de 1989, profirió sentencia mediante la cual condenó a los cuatro procesados a la pena de 9 años de prisión y multa equivalente a diez salarios mínimos mensuales, por los delitos de transporte de estupefacientes en concurso con porte ilegal de armas, en calidad de coautores.

Apelada la sentencia en primer grado, el Tribunal Superior de Villavicencio mediante fallo del 15 de marzo de 1990 la modificó, manteniendo la condena respecto de Héctor Villamil y Julio César Matallana Jiménez, rebajando la pena para cada uno de ellos a ocho años de prisión y absolviendo a los otros dos procesados, así como a los dos mencionados por el cargo de porte ilegal de armas.

Contra esta última sentencia interpusieron los dos condenados recurso de casación, pero solamente una de las demandas, la presentada en nombre de Héctor Villamil, se declaró ajustada a las prescripciones legales".

La demanda

Con fundamento en la causal *primera* de casación, segundo cuerpo, el recurrente propone tres cargos:

Primero

Considera que el sentenciador cometió un *error de derecho*, "...al apreciar erróneamente el *Acta de incautación de base de cocaína y otros elementos para el procesamiento*", admitiéndola y confiriéndole el valor probatorio, pese a que fue

irregularmente aportada al proceso... porque no se tuvieron en cuenta las exigencias del artículo 78 de la Ley 30 de 1986...".

Sostiene que en la sentencia censurada se llegó erróneamente a la conclusión de que la toma de muestras y destrucción de la sustancia incautada, "...acreditaba plenamente el aspecto material del tráfico de estupefacientes...", aunque no se realizó inmediatamente la prueba de narcotex, ni tampoco se precisó la cantidad ni su peso, amén de que no fue suscrita por las personas a quienes se les imputaba su transporte y se procedió a su destrucción sin facultades legales para ello.

Segundo

Esta vez señala un *error de hecho* por apreciación errónea del testimonio del coronel José William Bermúdez Zapata, al tergiversar su sentido, dándole "...credibilidad, como prueba de la materialidad o existencia de la infracción, cuando dicho testimonio no era creíble... en razón a que... no pesó la sustancia y por tanto no podía manifestar que se trataba de 30 kilos".

Sustenta su tacha en el testimonio del propio oficial cuando aclara que fue el inspector de policía el encargado de pesarla, hecho que lleva al recurrente a afirmar que el uniformado no intervino en el acto correspondiente.

Tercero

Señala también un *error de hecho* por apreciación errónea de cinco testimonios, al "... darles credibilidad como pruebas de la materialidad de la infracción, distorsionando su sentido al asegurar que ellas acreditan que se trataba de una cantidad superior a 5 kilos de estupefacientes", puesto que todos hacen alusión a la destrucción del alcaloide y no a su peso, ya que se limitan a ratificarse del contenido del acta que sólo da cuenta de ello.

Concepto del señor Procurador Tercero (3°) Delegado en lo Penal

Critica la separación artificiosa de la prueba que demostró la materialidad del punible, "...como si cada una de las pruebas señaladas como erróneamente valoradas hubiese sido, por sí sola, el fundamento de la sentencia en relación con el concreto punto de la cantidad de estupefacientes incautado...", por lo que concluye que la pretensión del casacionista es la de enfrentar criterios, actitud ajena al recurso extraordinario.

Además, prosigue el Colaborador Fiscal, la insularidad probatoria que muestra la demanda, "...deviene irrelevante la probabilidad de que se verifique efectivamente el error de derecho aducido, porque faltaría aún la demostración de su trascendencia...".

Finalmente, resalta que el incumplimiento de algunos requisitos en el acta de incautación, no la afectan puesto que no son de carácter sustancial. Respecto de los restantes cargos, el representante del Ministerio Público llama la atención sobre la confusión del censor entre tergiversación y credibilidad. Además, resalta la fidelidad

interpretativa de los testimonios que hace el Tribunal, todo lo cual lo lleva a solicitar la desestimación de la demanda.

La Corte

1. *Como bien lo destaca la Delegada, el recurrente desmembra el acopio probatorio en su propio beneficio. Apenas una de las varias pruebas que sirvieron para realizar el proceso de adecuación típica, es la esgrimida para fundamentar su primer reproche, en el ámbito del error de derecho, por falso juicio de legalidad; el acta de incautación de la pasta de base de coca.*

De esta guisa, al conservar su vigor las demás probanzas, poco interesa que el documento cuestionado se desquicie. Igual, la voluntad sancionadora del Estado, expresada en el fallo materia de la impugnación, prevalecerá. No hay duda; la minúscula trascendencia del acta en el contexto procesal, es la principal falencia del cargo.

Pero no la única. A su vera encontramos la sinrazón de su inconformidad pues, examinada el acta en su rigor formal, conserva su pulcritud. Y si algunas carencias le son imputables no alcanzan la estatura para perturbar su esencia. Y es que, los requisitos cuyo incumplimiento destaca el casacionista, fueron preceptuados para ser cumplidos con exactitud en condiciones normales, y con la intención de que el rigor del procedimiento, impidiera la arbitrariedad.

Así, la inmediatez *de la identificación técnica persigue el evitar que la manipulación posterior de la sustancia haga posible su "mutación", provocando resultados ajenos a la realidad. Lo mismo ha de predicarse de su peso y cantidad, así como de la firma de quienes se les impute la conducta ilícita, amén de que la destrucción de la sustancia ha de realizarse por las personas autorizadas para el efecto. Previsiones juiciosas.*

No obstante, si por la lejanía del lugar en el que se halló la sustancia prohibida o la ausencia de los elementos necesarios para ello, el reconocimiento se imposibilita, tomar la muestra y contramuestra idóneas, subsana la situación, por lo que el legislador permitió esta excepción en el artículo 81, señalando el procedimiento en el 82, ambos pertenecientes a la Ley 30 de 1986. La legalidad del procedimiento es manifiesta.

Peso y cantidad. La indeterminación de lo incautado también es materia de rechazo. Según sus palabras, la "...cantidad superior a los cinco kilos... no emanaba del acta valorada erróneamente porque no estuvo ceñida a las previsiones legales". El acta dice otra cosa. Prolijamente detalla no sólo la cantidad de alcaloide decomisado, sino también la del resto de sustancias encontradas en el automotor, anotando su peso y características. El que ellas no respondieran a la realidad no vicia la forma del documento sino su contenido, materia de otro debate.

Ahora bien, el no contar el escrito con las firmas de los principales imputados por habérseles hallado en su poder la sustancia prohibida, tampoco concita su resquebrajamiento. Los testigos que estamparon su rúbrica, ratificaron bajo juramento la exacti-

nad de lo expresado en la diligencia, aparte de que los mismos procesados admitieron la presencia del estupefaciente. Si la irregularidad es subsanada por el aval que le confieren la totalidad de los protagonistas, insistir en el método añoso de la lupa es ceñirse a la estrechez de su visión. El obvio fracaso es su mejor respuesta.

Resta por señalar la destrucción de la sustancia. El actor advierte que "...se llegó erróneamente a la certeza de que el acta de incautación, toma de muestras y destrucción de una sustancia acreditaba plenamente el aspecto material de tráfico de estupefacientes, al creer erróneamente que el Decreto Legislativo 1198 de 1987, en su artículo 2° exoneraba a los policiales de elaborarla sujetándose estrictamente a las exigencias previstas por el artículo 78 de la Ley 30 de 1986, cuando esa norma de excepción se refiere de manera clara y expresa al artículo 77 del Estatuto Nacional de Estupefacientes, el cual regulaba una situación completamente diferente".

De nuevo, la parcelación normativa es la regla que gobierna el pensamiento del censor. Sabido es que el mencionado decreto fue expedido para facilitarle la tarea a las autoridades de policía. La respuesta estatal a la arremetida del narcotráfico implicó el ingreso a una lucha colosal en la que los plantíos y la droga procesada, sobrepasan en mucho la capacidad operativa de las autoridades. El procedimiento expedito de destrucción busca evitar que, mientras corren los términos burocráticos, lo decomisado regrese a manos de sus dueños o se desvíe a otras, generándose la consiguiente corrupción.

De igual manera, la geografía misma conspira contra la guarda estricta de un procedimiento ideado para ser desarrollado en sitios urbanos, pero impracticable en lejanas áreas rurales, donde al delito se le enfrenta con extrema dificultad teniendo muchas de las veces, la precariedad de elementos como su mayor desafío.

Claro entonces, que el artículo 2° del Decreto 1198 de 1987, cuando habla de destrucción de plantaciones de marihuana, coca y adormidera, se extiende al alcaloide procesado, incluidos los laboratorios donde se realiza el procesamiento, y los químicos utilizados para ello. Resultaría insólito, por ejemplo, que localizado un predio rural con plantíos de coca, se proceda a su destrucción, dejando intactos los laboratorios aledaños. Tal rigorismo atropella la realidad que la norma pretende regular. Parco pensamiento.

Desestímase el cargo.

2. En su segundo reproche, la pugna argumental tampoco favorece a su incitador. Aunque señala un error de hecho por falso juicio de identidad, presto desvía la ruta para internarse en los dominios del error de derecho por falso juicio de convicción. Detállese. Mientras advierte sobre "...la apreciación errónea del testimonio del coronel José William Bermúdez Zapata, tergiversando su sentido", a seguida advera que "el error consistió en darle credibilidad... cuando dicho testimonio no era creíble".

Distorsión y credibilidad, como lo anota el colaborador fiscal, son sinónimos para el recurrente. Aparte del desatino gramatical, la imprecisión genera la pérdida del derrotero inicial, prohijando una contradicción mayúscula que emascula su eficacia.

La cuestión es patente:

La tergiversación de una prueba supone que se le alteró en su contenido, sin que la polémica abarque su verosimilitud y, de contera, el valor que le puede caber dentro del contexto procesal. Viceversa. Si el debate gira sobre la credibilidad, entiéndese que el demandante se muestra de acuerdo con lo que ella expresa y reprocha apenas el mayor o menor valor que se le diera.

Más aún. El casacionista atropella el principio de no contradicción al acometer el común error de formular un cargo en un sentido y desarrollarlo en otro, lo que no sólo genera confusión, sino también deja en la oscuridad el verdadero alcance de su pensamiento. Así, la Corte se ve imposibilitada para decidir sobre el asunto.

Debe rechazarse la censura, al igual que la tercera, referente a otros testimonios, por repetirse el desacierto comentado.

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

RESUELVE:

No casar la sentencia impugnada.

Devuélvase el proceso al Tribunal de origen. Notifíquese y cúmplase.

Dídimo Páez Velandia, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael I. Cortés Carrica
Secretario

* * *

1. Prejudicialidad

Las decisiones de la justicia civil, laboral o administrativa, no siempre tienen el poder de fijar criterio insoslayable para la justicia penal.

2. Falsedad en documento privado – Testigo – firma

Cuando se acude a la intervención de un testigo para que firme un documento privado. Su finalidad no es otra que la de dar fe de su otorgamiento.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Gustavo Gómez Velásquez.*
Aprobada Acta número 16 de marzo 8/91.
Bogotá, D.F., marzo doce (12) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Vistos

Procede la Corte a definir el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de diez de noviembre del año próximo pasado, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante la cual se impuso a María Gloria Leal Ayala, por los delitos de "abuso de circunstancias de inferioridad y falsedad en documento privado", veinte (20) meses de prisión y diez mil pesos ($10.000.00) de multa.

El recurso se declaró admisible en auto de primero de febrero de 1990 y la demanda se aceptó como ajustada a las formalidades de la ley, en proveído de dieciocho de mayo de ese mismo año.

Hechos y actuación procesal

La Sala recoge la siguiente composición de la Procuraduría 1ª Delegada para lo penal:

"Dan cuenta los autos, que al señor José Gustavo Suárez Prieto le quedó como herencia a la muerte de su progenitora una casa de habitación situada en la carrera

41A No. 23-50/54 del barrio "El Recuerdo" de esta ciudad, inmueble que según escritura pública No. 1927 de 9 de diciembre de 1985 apareció como vendido a la señora María Gloria Leal Ayala.

Como fuere de público conocimiento que el señor Suárez Prieto padecía de limitaciones mentales que lo incapacitaban para hacer transacciones o ventas como la reseñada, pues no conocía el valor del dinero, como tampoco efectuar una simple operación aritmética y además, el dinero valor de la presunta compraventa del inmueble que heredara no apareció por parte alguna, Héctor Antonio Alvarado Prieto, pariente de José Gustavo, denunció penalmente la negociación aparentemente legal, pues consideró que "un grupo de personas" se había aprovechado de las condiciones de inferioridad de su familiar para despojarlo de la casa que le había dejado su progenitora.

Iniciada la correspondiente investigación, el Juzgado Setenta y Cinco de Instrucción Criminal vinculó mediante indagatoria a María Gloria Leal Ayala como sindicada del presunto delito de estafa, hecho punible por el cual le fue proferida medida de aseguramiento de caución equivalente a diez salarios mínimos mensuales.

Cerrada la investigación, en proveído de septiembre 20 de 1988 el instructor calificó el mérito del sumario, disponiendo cesación de procedimiento en favor de la vinculada Leal Ayala.

La señora Agente Especial del Ministerio Público y el señor apoderado de la parte civil apelaron la anterior determinación. El Tribunal Superior de Bogotá revocó el auto impugnado y en su lugar profirió resolución de acusación en contra de Gloria Leal Ayala por los delitos de falsedad en documento privado en concurso homogéneo y falsedad ideológica en documento público y abuso de circunstancias de inferioridad, en concurso heterogéneo.

Adelantado el juicio y celebrada la audiencia pública por el Juzgado Veintiséis del Circuito de Bogotá, sobrevino la sentencia absolutoria calendada el 20 de septiembre de 1989.

Apelado el fallo por la señora Fiscal Novena Penal del Circuito, como por el señor apoderado de la parte civil, el Tribunal profirió la sentencia de noviembre 10 de 1989, mediante la cual revocó la absolución por los punibles de circunstancias de inferioridad y falsedad en documento privado y la confirmó con respecto al delito de falsedad ideológica en documento público. Es ésta la decisión hoy impugnada a través del recurso extraordinario de casación.

La demanda

Plantea dos cargos:

1. Infracción directa de la ley penal sustantiva, al aplicarse indebidamente el artículo 360 del C. Penal.

A este respecto se recalca la "unidad institucional o la concepción unitaria del poder", así como el principio de no contradicción, lo cual le lleva a señalar la capacidad legal del supuestamente ofendido señor Suárez Prieto, recordando al

efecto: otorgamiento de poderes para el ejercicio de acciones civiles; la recepción, como heredero, de los bienes de su progenitora Romelia Prieto V. de Ayala; la titularidad de una cuenta de ahorros en Davivienda; la suscripción de títulos valores; la ninguna anormalidad evidenciada al referirse en este proceso a los hechos; la suscripción de la escritura correspondiente en la Notaría 17 de Bogotá, sobre el inmueble que ha dado origen a la sentencia impugnada en casación; la transferencia de un automóvil Renault 4 de su propiedad; la índole de la acción civil inicial que pretendió una lesión enorme, lo que supone la "existencia y validez de un contrato respecto del cual sólo se querella desproporción en el precio"; y la ausencia a la fecha de la cuestionada transacción, de una sentencia judicial de interdicción.

Se citan como disposiciones pertinentes los artículos 1502 a 1504 y 1518 del C.C., y los artículos 1° y 3° del C. Penal. Como conclusión de este primer aspecto, se anota que "de todo lo antes expuesto, se colige el yerro del fallo atacado, una vez que el sentenciador se dio en desconocer no sólo una normatividad civil absolutamente inherente, sino también la actividad de sus mismos jueces ante quienes se ventilaba y se habían concluido ya procesos de esa indicada índole, dentro de los cuales se tenía que advertir directa o indirectamente, la validez de los actos de los sujetos trabados, lo que era posible determinar sin dejar de partir de la misma contemplación de su capacidad para el efecto. Tal es el caso entonces del proceso de entrega del bien inmueble fallado, o del promovido por lesión enorme, buscando un equilibrio compensatorio en su precio, pero que al final precisa sentar de antemano no sólo la realidad y validez del contrato, sino la capacidad misma de las partes para llevarlo a cabo...".

2. Error de juicio en forma directa, al dar por cumplidos todos los requisitos de la figura delictiva que prevé el artículo 221 del C. Penal, cuando lo que sobresale es la ausencia de antijuridicidad material.

Sobre el particular se advierte que "la infracción incluida en el pliego de cargos fue la prevista en el artículo 360 del catálogo punitivo (abuso de circunstancias de inferioridad), y no la traída por el artículo 356 de la misma obra legal, vale decir, la estafa. Y el anclaje en dicha figura punible, que no en la primera, ónticamente genera las siguientes consecuencias: el empleo de artificios o engaños; la necesidad de un acto jurídico capaz de producir efectos perjudiciales; que éste tenga capacidad de producir daño económico. Pero se cuestiona la falsedad del documento privado al señalarse: Pero... ¿en qué consistió la falsedad imputada y sobre qué recayó, brevemente dicho, sobre la firma de una testigo supuesta, implantada en unos recibos de pago, tendientes a comprobar la entrega de unos dineros atinentes con la enajenación del inmueble de marras acá ya referido? Empero, no se dubita ni la existencia de la operación de compraventa sustrato de los mismos, como mal puede hacerse ya que el enjuiciamiento –ley del proceso– no lo permite, ni, lo que es más, la firma estampada por José Gustavo Suárez Prieto, de suerte que se termina dando por sentada la falsedad, cuando reconocidamente se sabe que dichos 'testigos' no tienen incidencia alguna, porque no hay ley que se la conceda, en la ameritación de la creación de una relación de derecho, en su modificación, o extinción. Distinto sería que la firma de quien figura recibiendo (creando relación de derecho) fuese adulterada, caso en el cual entonces sí tendría completa y absoluta relevancia tal actitud. Pero no cabe

idéntica prédica en relación con aquéllos, que sólo se explican con fundamento en una inveterada costumbre llevada por la fuerza de la inercia, bien pudiendo no existir incluso.

De lo expuesto se sigue el que la alteración no recayó sobre aspecto sustancial del documento, por lo que resulta *inocua*, inane.

"Pero hay todavía otro argumento más que pregona la inocuidad de la conducta, y éste deviene del mismo Tribunal Superior en la propia sentencia impugnada, cuando afirma: '...la imputación de la conducta contemplada en el artículo 360 del Código Penal, implica la veracidad y validez del acto jurídico, y produce los efectos patrimoniales que perjudican al otorgante' ", fl. 4 de la prov. *in fine*.

"Siendo lo anterior, así como en efecto lo es, cabe concluir o que no habría mutación de la verdad, o que se estaría probando algo que tuvo existencia en la realidad, una y otra situación que nos separan de la falsedad punible en este caso..."

Se advierte, además, como posición absurda del Tribunal, el cual "reconoce y declara el trastorno mental que aqueja al sujeto pasivo en su fallo (lo que originaría un estado de incapacidad absoluta al decir de la ley, por demencia), generativo a su vez de que todos sus actos jurídicos estuviesen afectados, teñidos de nulidad absoluta, no productora ni siquiera de obligaciones naturales, y al propio tiempo en la misma providencia opta por sancionar la alteración de un acto reputado por la misma ley como nulo. Luego, ¿qué se protege en tal caso? ¿Cuál el daño derivado de todo ello? Y ¿quién lo va a sufrir?"

Comenta, de otro lado, en el acápite de la "antijuridicidad", lo siguiente: *nullun crimen sine iniuria*, no hay delito sin daño, sin injuria al derecho, se nos advertía desde los romanos, lo que ha quedado vertido en nuestro ordenamiento punitivo vigente, a través de su artículo 4°, consagratorio de dicho requerimiento, una vez que señala que "para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga en peligro, sin justa causa, el interés jurídico por la ley". Un acto como el que se dejara visto, no tiene la capacidad para lesionar o poner en peligro el interés protegido por la ley, de ahí su mismo calificativo de inocuo. No daña, no es lesivo para el orden legal, pues no tiene tal capacidad, motivo por el cual no puede ser punible, conforme a la norma punible transcrita la cual envuelve amén todo un principio rector del derecho penal, para concluir que "por todos es sabido que para que un hecho sea punible, se requiere que además de típico, sea antijurídico y culpable. Si faltan algunas de las anteriores estructuras, pues no cabe predicar la existencia del delito que fue lo que aconteció en el caso *sub examine*, advertido que el elemento antijuridicidad no tuvo concreción con relación al punible contra la fe pública atribuido, en la medida en que la conducta desplegada por el sujeto agente, si bien pudiera admitirse típica, resultó a la vez inocua, inane, incapaz de inmolar o poner en peligro en forma seria la fe pública.

"Y se añade que fue inocua, como quedara demostrado a partir de los tres argumentos expuestos, a causa de lo cual se desintegró el hecho reputado punible, por no concurrir uno de sus elementos conformantes indispensables. Empero, al pasar por alto el juzgador esta última circunstancia, incurrió en error de juicio, el que lo llevó a violar el artículo 4° del C. Penal aludido, y por esa vía a dar aplicación y consiguiente sanción, del artículo 221 del C. Penal, sin que pudiera legalmente

hacerlo. Se trató, entonces, de una aplicación indebida de aquella norma sustancial, junto con su correspondiente sanción..."

Concepto de la delegada y consideraciones de la Sala

Cargo primero: La jurisprudencia y la doctrina no cesan en destacar, cuando se acude a la violación directa de la ley sustancial, en cualquiera de las tres modalidades en que la misma suele desenvolverse, que el recurrente debe admitir la valoración probatoria indicada por el Tribunal, o sea, que no se trata de renovar un debate en este ámbito sino de la preceptiva legal y de la forma como se ha adecuado la conducta juzgada. En el caso examinado el casacionista acude a esta acusación pero la resuelve antitécnicamente, pues se trata de demostrar el desacierto del Tribunal en cuanto a la apreciación de múltiples probanzas. En otras palabras, cuando la entidad judicial termina por negar conocimiento y voluntad (normalidad psíquica) en el acto jurídico realizado por José Gustavo Suárez Prieto, que concretan precisamente las "circunstancias de inferioridad" mental de las cuales abusó la procesada, el recurrente afirma su plena e indiscutible capacidad para lo cual abunda en demostraciones que dejó de considerar o las consideró torpemente y en sentido contrario, la sentencia impugnada. Se realiza, pues, un verdadero debate probatorio, que trata de revivir un muy profundo reexamen de los elementos de convicción aportados al expediente.

Esto constituye suficiente motivo para que la Sala se muestre impedida de acometer, en detalle, el análisis de todos los aspectos que sobre el particular trae a colación el casacionista. Conviene observar, así sea a la ligera, que *las decisiones de la justicia civil, laboral o administrativa, no siempre tienen el poder de fijar criterio insoslayable para la justicia penal y que, en ocasiones, la ley prevé la circunstancia de una espera racional de los pronunciamientos de la primera, cuando el tema es único y unificado, pero en otros permite el simultáneo adelantamiento procedimental y fallo, pues cada una puede tener espacios y causaciones diversas, efectos diferentes, medios distintos de indagación y, en fin, autónoma inteligencia de su naturaleza y alcance. En este punto conviene recordar al memorialista que las acciones civiles no se centraron en un estudio exclusivo o preponderante de la capacidad mental de Suárez Prieto, en el campo jurídico, pues el tema se supuso o se orientó a cuestionamiento bien diferente (restitución o entrega del bien y lo relacionado con la lesión enorme). Y no está, por demás, en este mismo plano anotar, a vía de ejemplo, que un título valor puede originar una acción civil de pago, a la cual cabe agregar coetáneamente o en actividad posterior, otra de índole penal. Y en los delitos de estafa, de abuso de confianza, etc., es común ocurrencia esta multiplicidad de enfoques y proyecciones, sin que pueda afirmarse su carácter excluyente, por su simultaneidad, o por constituir una de ellas prevaleciente resolución u obligado antecedente. Comparte la Sala las bien logradas glosas que, a este respecto, presenta la Delegada para descartar la tesis privatista y arribar a la dominante de la autonomía de las competencias, más cuando el derecho penal cumple con un máximo jurídico* (posterius), *un papel reforzante que no se traduce en un elemento constitutivo de la relación jurídica, lo que sí asume la sanción civil* (prius), *que traduce un mínimo jurídico, con lo cual se ofrece una efectiva tutela a los bienes, intereses o situaciones jurídicas considerados de vital significación. La regla general, en este tema, podría ser la de preferir la vía penal cuando el comportamiento*

traduce una inspiración dolosa, entendida la noción dentro de lo que esta especialidad advierte para ella.

Cargo segundo: Sobre éste, en el cual *la discusión se centra en resolver la trascendencia y repercusión que cabe deducir para la intervención de un testigo en la emisión de un documento que, de por sí, no exige esta participación, la Sala se permite reproducir la certera réplica de la opinión de la Delegada:*

"... Es cierto, que como lo afirma el demandante, la ley no exige la firma de un testigo para que conste en un documento que una persona le pagó a otra una determinada suma de dinero, pero también lo es que cuando se acude a ella su finalidad no es otra que la de dar fe en su otorgamiento como testigo actuario.

"El casacionista pretende, sofísticamente, crear un acto jurídico que se denomine 'recibo', cuando como tal no existe en la legislación privada y, por tanto, la exigencia del número de intervinientes ni su obligatoria presencia puede estar regulada por ley alguna. Por tanto una oportuna aclaración merece tal argumento: el acto jurídico no puede confundirse con su prueba. El pago del precio del bien objeto de la compraventa es un requisito sine qua non *de esta clase de contratos, el cual establece una relación entre comprador y vendedor, pero esto no significa que la prueba de la materialización de tal acto se reduzca únicamente a sus atestaciones, pues la demostración del hecho histórico posibilita el empleo de los medios probatorios que la ley procesal civil autoriza y que resulten idóneos para tal fin.*

"Así si el pago se hace constar documentalmente y son varias personas las que atestan la real existencia del acto, lo que se prueba con la firma de estos testigos es que a ellos les consta ese pago, o sea, que el comprador canceló el precio y el vendedor lo recibió, constituyéndose así una prueba documental para todos los efectos jurídicos subsiguientes: los contratantes son dos, pero quienes afirman constarles el hecho son todos los firmantes. Todos han creado el documento. Es que no se puede pasar por alto que la falsedad material imputada no radica únicamente en la firma del testigo, sino en el contenido del documento, que fue plasmado en hojas en blanco que previamente se le hicieron firmar al señor Prieto y que, posteriormente fueron utilizadas para probar el pago del precio del inmueble. Así las cosas no es posible aceptar el argumento de que la falsedad no recayó sobre aspectos sustanciales del documento y que por ende, no afectó el bien jurídico de la fe pública.

"Los documentos anulables siguen teniendo eficacia hasta que se declare su nulidad y su alteración es conducta falsaria, porque una cosa es la validez del escrito como prueba específica o privilegiada de una relación jurídica y otra su carácter probatorio general.

"El uso de los documentos falsos ataca el bien jurídico de la fe pública en atención a que ellos se han introducido en el tráfico jurídico con plena validez, poniendo en peligro el interés que el legislador quiso proteger a través del tipo penal de falsedad en documento privado..."

En otras palabras, el recurrente omite el total enfoque de los varios aspectos de la conducta delictuosa (a Suárez Prieto se le hicieron firma documentos en blanco

utilizados para acreditar situación diferente de la que se llevara a su conocimiento, y, la inserción de un testigo falso) y enfrenta tan sólo la actuación fedataria del tercero, lo cual dejaría buena parte de la inferencia del Tribunal sin adecuada refutación, posibilitándose así la supervivencia del fallo.

Es útil destacar que el requerimiento de testigos en la firma de documentos privados no es costumbre irrelevante, a la cual se acuda con la equivocada y fallida creencia de revestir el escrito de mejores posibilidades, inexistentes para la ley. El censor piensa que esta práctica nada agrega a esta clase de atestaciones, evidenciándose su inocuidad y, en consecuencia, desalojándose toda respuesta punitiva.

La cuestión no queda en esta simplista dimensión. En efecto, uno de los requisitos necesarios a la estructuración de la falsedad documental es el de exigir que la alteración entrañe una perspectiva probatoria. Pues bien, no hay duda alguna en afirmar que quien acude a este uso está interesado en proveerse de eficientes elementos de persuasión. Busca convencer de la realidad y legitimidad de ese documento, o sea, fijar su autenticidad. ¿Cómo lo logra? El anterior Código de Procedimiento Civil (que regía los hechos comentados) señalaba en el inciso segundo del artículo 279 que "los documentos privados desprovistos de autenticidad tendrán el carácter de prueba sumaria, si han sido suscritos por dos testigos". Y hoy día es dable razonar del siguiente modo: el artículo 252 indica: "Es auténtico *un documento cuando existe* certeza *sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito o firmado...". A este grado de convencimiento se llega por el juego de las pruebas, las cuales "deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos. El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba". El artículo 272 preceptúa que quien "presente un documento privado podrá pedir su reconocimiento, por el autor...", estableciéndose esta autoría, según las voces del artículo 252-3, si no se da la tacha oportuna de falsedad. Y en el caso de presentarse ésta —artículos 289 y 290— se le dará el trámite de rigor, facultándose a las partes para solicitar las* pruebas *pertinentes y decretándose de oficio "el cotejo pericial de la firma o del manuscrito, o un dictamen sobre las posibles adulteraciones". Obvio resulta que quien quiere hacerlo valer citará a los testigos que aparecen en el documento como que vieron al autor renuente a suscribirlo. Y a pesar de la negativa de éste, si la aplicación de las reglas de la sana crítica auspicia una deducción de esta índole, el juez afirmará la certeza, sobre esta prueba testimonial, de esta autenticidad. En definitiva, podrá cuestionarse la intensidad de su valor (relativo o absoluto) pero no negarse su mérito o incidencia probatoria.*

La sentenciada, entonces, estaba creando circunstancia favorable para acreditar el pago realizado a Suárez Prieto, incluyendo a una persona que visualizó esta operación. Estaba proveyéndose de instrumentos propios para salir avante en el cuestionamiento que tal escrito pudiera suscitar.

Piénsese en lo que representa como factor adverso, para alguien que se opone a la autenticidad de un documento, el que aparezca, en el mismo una, dos o tres personas, dando fe de situación contraria y declarando conforme a esta intervención, esta ocurrencia. Precisamente, para darle todos los visos de operación real, cierta, precisa, lícita e indubitable, la sentenciada hizo aparecer falsamente la intervención de un

testigo, el mismo que actuó, y tal vez por esto desapareció sin culminar su obra, en papel decisivo en toda esta delictuosa empresa, mediante la cual se privó a Suárez Prieto de todo su patrimonio.

No es admisible, entonces, aludir a fenómenos de inocuidad, de accesoria, inútil o intrascendente complementación, porque si bien a los fines del acreditamiento de un pago no era necesaria ni esencial (ad substantiam actus) *la presencia de terceros, bastando la firma de quien lo recibía, sí resulta incuestionable que la intervención de testigos* (ad probationem) *agregaba aspecto de suma importancia al documento, tanto para controvertirlo en la órbita privada como para hacerlo valer en la judicial. Esta es la repercusión destacada y con efectos sensibles, que cabe dar a esta maniobra y atestación.*

El recurrente incurre en aparente y contradictoria argumentación cuando termina ya por reconocer la incapacidad absoluta *de Suárez Prieto, lo cual convierte todos sus actos en absolutamente nulos, que no generan siquiera obligaciones naturales, como lo que se quiere reiterar la inocuidad de la conducta falseadora. A este respecto, como réplica, bastaría pensar en las desastrosas consecuencias que en el campo penal implicaría esta tesis: los más necesitados de tutela, los incapaces, pueden impunemente quedar expuestos a toda clase de alteraciones documentales, dirigidas a despojarlos de su patrimonio o a crearles obligaciones, porque al demostrar su incapacidad desaparecen todos los efectos de esos escritos. Pero el libelista no repara en que una es la protección civil que a este respecto reconoce la ley civil, y otra la que por vía diferente, y más rigurosa, también establece la ley penal. De otro lado, como ya se dejó expuesto, la alteración punible demanda probabilidad, potencialidad, propincuidad probatoria. Los riesgos que a este respecto se crean deben computarse no para desestructurar la figura penal, sino para reconocerla como plenamente tipificada. En esos puntos, como se dejó visto, estriba la exclusión de la inocuidad. Y contra posición tan clara, aparecen como fallidos los artificiosos distingos de demencia, enfermedad psíquica, trastorno mental, incapacidad absoluta y relativa, interdicción declarada o interdicción demostrable, o de las posibilidades de descubrimiento oportuno o tardío, o la intervención del Juez Civil o del Juez Penal, exclusiva o simultáneamente, o sus efectos cerradamente civiles o amplificados al espacio penal.*

Los cargos se desestiman.

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 el fallo recurrido, ya señalado en su origen, fecha y naturaleza.

Notifíquese y cúmplase.

Dídimo Páez Velandia, Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael Cortés Garnica
Secretario

* * *

Falsedad en documento público / Falsedad en documento privado

Sólo a partir del acto en que la administración pública ha asumido la tutela oficial del documento privado, podrían considerarse las alteraciones o imitaciones como perpetradas en documento público, pero, las sucedidas con anterioridad, permanecen en la órbita de los escritos privados.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Gustavo Gómez Velásquez.*
Aprobada Acta número 16 de marzo 8/91.
Bogotá, D.E., marzo doce (12) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Vistos

Se decide el recurso de casación interpuesto por el fiscal 2º del Tribunal de Cali y por el defensor de la sentenciada, contra el fallo de tres de noviembre del año próximo pasado, proferida por la mencionada Corporación, mediante la cual se impuso a Luz Elena Mesa Londoño treinta (30) meses de prisión, por los delitos de falsedad y uso de documento privado y, hurto agravado.

La impugnación se admitió en auto de siete de marzo del presente año y, la demanda en proveído de veintitrés de julio.

Hechos y actuación procedimentales

Así los determina el Procurador 1º Delegado en lo Penal:

"La doctora Eneida Rincón Victoria formuló denuncia penal por los delitos de falsedad y estafa en contra de Luz Elena Mesa Londoño, porque de la sucesión ilíquida de su hermano Eduardo Antonio Rincón Victoria, salieron del patrimonio económico dos vehículos marca Mitsubishi Montero, de placas NM-4196 y NM-4197, los cuales según información obtenida en la Secretaría de Tránsito ya no figuraban a nombre de Eduardo Antonio Rincón Victoria, sino que se encontraban incorporados al patrimonio económico de Luz Elena Mesa Londoño sin que mediara

para ello proceso sucesoral alguno, sino un contrato de compraventa en que se falsificó la firma de éste. Agrega que la Secretaría de Tránsito adelantó las diligencias administrativas en que se demostró la falsificación y el sucesoral se encuentra radicado en el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Cali. Fueron allegados entre otros documentos los certificados de tradición de los vehículos y el acta de defunción de Eduardo Antonio Rincón Victoria.

"El Juzgado Trece de Instrucción Criminal de Cali, en auto de mayo 27 de 1987 ordenó la apertura de la correspondiente investigación.

"En vista de que no fue posible hallar a la sindicada, Mesa Londoño para oírla en indagatoria, en auto de diciembre 18 del mismo año, se ordenó emplazarla por medio de edicto.

"El 23 de mayo de 1988 el doctor Guillermo Iván Quintero presentó poder conferido por Luz Elena Mesa Londoño y en su proveído del día siguiente el instructor consideró improcedente ordenar su posesión por cuanto aún no se había vinculado al proceso mediante indagatoria, ni se había declarado persona ausente a Luz Elena Mesa Londoño.

"Fijado el edicto el 24 de mayo de 1988, el 26 de los mismos se declaró ausente a la emplazada, designándole como defensor de oficio al doctor Hernán Darío Escobar Restrepo, quien de inmediato tomó posesión del cargo.

"En proveído del 27 de julio de 1988 se califica el mérito del sumario, ordenándose la apertura de la investigación; se decreta medida de aseguramiento –caución prendaria– en contra de Luz Elena Mesa Londoño, por el delito de falsedad en documento privado y se cancela la orden de captura contra la misma.

"El auto de octubre 26 de 1988 que ordena correr traslado a las partes del estudio grafológico y dactiloscópico fue notificado personalmente a la procesada Mesa Londoño.

"En auto de enero 20 de 1989 se designa como defensor de oficio de la procesada al doctor César Paz Callego, en consideración a que según informe secretarial de la misma fecha, el doctor Hernán Darío Escobar se encuentra desempeñando un cargo público.

"Cerrada la investigación en auto de enero 26 de 1989, se notifica personalmente al defensor de oficio y se libra boleta de citación a la procesada.

"En auto de febrero 23 de 1989 se califica por segunda vez el proceso con resolución acusatoria contra Luz Elena Mesa Londoño por los delitos de falsedad en documento privado y hurto agravado y se decreta la detención preventiva de la misma.

"El 27 de febrero de 1989 el doctor Guillermo Iván Quintero presenta un nuevo poder conferido por Luz Elena Mesa Londoño, cuya firma fue autenticada el 28 de junio de 1988.

"El Juzgado 16 Penal del Circuito de Cali, en auto de mayo 28 de 1989, declara la legalidad del proceso.

"Tramitada en legal forma la etapa del juicio, se profirió sentencia el 21 de julio de 1989 en la que se condenó a Luz Elena Mesa Londoño a la pena principal de dos años de prisión como autora responsable de falsedad en documento privado, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas; se le negó la condena de ejecución condicional, se le condenó al pago de perjuicios materiales y morales, se ordenó enviar copias al Juzgado Civil del Circuito para que se proceda conforme al artículo 521 y siguientes del C. de P.C., se ordena la cancelación de los registros falsos y el registro legítimo a nombre de Eduardo Antonio Rincón Victoria a la Oficina de Matrículas del Tránsito Municipal correspondiente a los vehículos, se ordenó compulsar copias para que se investigue el posible delito de estafa en que haya podido incurrir la procesada en la venta de los vehículos y para que se investigue la conducta censurable en que haya podido incurrir el doctor Hernán Darío Escobar Restrepo.

"Apelado el fallo anterior por el defensor de la procesada, el Tribunal Superior de Cali en sentencia de noviembre 3 de 1989 lo modifica, para en su lugar imponerle a Luz Elena Mesa Londoño la pena principal de treinta meses de prisión como responsable del concurso heterogéneo integrado por falsedad y uso de documento privado y hurto agravado. Para condenar al pago de indemnización por valor de 520 gramos oro por concepto de perjuicios materiales y morales. Revoca los ordinales que disponen investigar por separado las estafas en que pudo incurrir la procesada al negociar los vehículos y la remisión de los bienes decomisados al Juzgado Civil para el correspondiente remate. Confirma en lo demás..."

Demanda del representante judicial de la sentenciada

Con base en la causal 3ª del artículo 226 del C. de P.P., se anota: No puede considerarse el trámite del proceso como ajeno a un fenómeno de nulidad, puesto que el poder presentado el 23 de mayo de 1988, a nombre de la recurrente, no fue aceptado, inicialmente porque no se había patentizado el compromiso penal de Mesa Londoño, y, luego, porque se le designó un apoderado de oficio, quien tomó posesión el 27 de mayo de 1988, persona ésta que "desde mediados del mes de julio de 1988" se vincula como subsecretario de desarrollo comunitario del municipio de Cali, situación que apenas avisó el 20 de octubre de 1988, y eso en otro proceso en el cual también había sido designado como defensor de oficio. Ya el 20 de enero de 1989, se nombra para este cargo al doctor César Paz Gallego, pasándose, por segunda vez, a la clausura de la investigación, que da origen a la resolución acusatoria que ha permitido los fallos de condena ya mencionados. Se destaca, entonces, la carencia de adecuada y eficaz defensa, en período (el corrido entre la primera y segunda calificación) en el cual se hizo acopio de la prueba "que determinó los fundamentos de la acusación".

Esto denota, a las claras, el lesionamiento de "las bases mismas del juzgamiento y del debido proceso", máxime que existiendo una manifiesta conexidad, por más de un factor, entre los hechos de este proceso y los que se averiguaban en los Juzgados 12 y 14 de Instrucción Criminal de Cali, nada se hizo a este respecto por parte del defensor de oficio (apenas de nombre y como símbolo institucional) ni del Juez. No se permitió ni al defensor de confianza ni al de oficio "el ejercicio de los derechos

orientados a una adecuada defensa de la procesada ni a su "intervención en pruebas de capital importancia", viéndose, claramente, comprometido el debido proceso.

Como normas infringidas, a este particular, se citan los "artículos 26 y 28 de la C.N.; art. 11 del C.P.; artículos 130, inciso 2, 378, 486, 492, 494, 137, 84 y 85 del C. de P.P. (Decreto 050 de 1987), arts. 1°, 2° y 14 *ibidem*".

Con apoyo en la causal 2ª del artículo 226 del C. de P.P., se indica:

La Resolución de Acusación se inclina por un delito de "falsedad en documento privado". Esta apreciación resulta equívoca, pues "el documento pierde su condición de privado y se releva como público, cuando fue extendido por el Notario 12, con el contenido de la presencia personal del vendedor, fallecido días antes del acto notarial como se probó. Si bien Fernando Valencia (fl. 137) relata que la persona encargada del trámite fue el señor Libardo Correa Vargas y ante la ausencia de prueba que culpe de coparticipación a los empleados de la notaría, no es difícil suponer que el aspecto intelectivo y volitivo (dolo) de la conducta corresponde a mi poderdante, en su calidad de particular, siendo la solución adecuada haber presentado el cargo en cuestión en la resolución de acusación, o al tenor del artículo 501 del C. de P. P., variación de la calificación provisional. Luego la aplicación indebida del tipo establecido en el artículo 221 es inaceptable a la conducta y al proceso de subsunción o de adecuación de la misma, ya que se debió observar la falsedad ideológica del artículo 219 *ibidem* en concordancia con el inciso 2 del art. 222 (infracción directa de la ley).

"Huelga decir que, al dejar de formularse cargo en contra de la procesada por la falsedad contenida en el artículo 219 y de prosperar la indebida aplicación del artículo 221, se debe casar la sentencia recurrida absolviendo a mi cliente, so pena de lesionar el derecho de defensa (Principio de contradicción)".

Se consideran como *"normas infringidas*: artículos 3°, 219, 222, inciso 2 del Código Penal; arts. 471, 501, 11 y 10 del C. de P. P.".

Pero también se critica la "indebida aplicación del hurto agravado por la confianza". Esto se hace sobre la base de haberse aportado "certificado o registro de matrimonio católico entre la procesada y el señor Eduardo Antonio Rincón", lo que da al traste con la opinión dominante a lo largo de la averiguación, que se tradujo en considerar a la Mesa Londoño como compañera o amante del citado Eduardo Antonio Rincón, situación que aprovechó para apoderarse de los bienes denunciados. Se desconoció, pues, una verdadera sociedad conyugal (art. 1774 C.C. y art. 1° de la Ley 28/32), pues el Tribunal estimó que ésta "nace o surge a la vida jurídica en el momento de su liquidación; es un acto jurídico que las partes demandan", interpretación errada, pues su constitución depende de la verificación del matrimonio.

De ahí se concluye que "el hurto agravado por la confianza pierde su descripción normativa ante los hechos analizados como se demuestra. La sola circunstancia de comunera o heredera, sobre la cosa común indivisible o sobre la cosa común divisible como expone el artículo 353, invocado, hace que la inobservancia de la norma (infracción directa) lleve *insita* la aplicación indebida reclamada (artículos 349, 351, inciso 2-6)". Esta situación también le permite al censor anotar que "siendo un delito querellable, se dejó transcurrir el tiempo indicado de seis (6) meses para instaurar la

denuncia respectiva, ya que la parte que representó a la acción civil o privada, sólo el 2 de septiembre de 1987 fue reconocida como tal. Así que, la denunciante, carecía de la personería adjetiva y sustantiva para obrar de ese modo. En igual sentido, como tampoco se varió la calificación provisional (art. 501 C. de P. P.), se debe absolver por este ilícito a la procesada por el factor de caducidad de la acción y por la indebida aplicación del texto legal del hurto (artículo 226 inciso 1° C. de P.P.)".

Como normas infringidas se señalan los "artículo 3° y 333 del Código Penal; artículos 471, 501, 10 y 11 del C. de P.P.; Ley 28 de 1932, artículo 1°".

Consideraciones de la Sala y del Procurador 1° Delegado en lo Penal

La sentencia se dictó en juicio viciado de nulidad, pues "la acusada no incurrió en violación del tipo descrito en el artículo 221 del Código Penal, ni en el 219, como se planteó por el suscrito fiscal ante el Tribunal aceptándolo la Sala, sino en el punible tipificado en el artículo 222 del estatuto represivo, tesitura que en distintos apartes se explicarán.

"El Tribunal Superior incurrió en un claro error en la denominación jurídica de la infracción, condenando por un delito que no se atempera a los hechos probados, violándose el debido proceso luego en la observancia plena de las formas del juicio debe hacerse uso de lo dispuesto en el artículo 32 del Decreto 1861 de 1989 decretándose para ello la nulidad parcial de lo actuado desde la audiencia pública para la falsedad documental como que de no hacerlo el error que subsiste torpedeó la base jurídica estable que debe imperar en las sentencias correspondiéndole ahora a la Suprema Corte corregir a través de la sanción procesal de la nulidad parcial que se plantea."

La argumentación es coincidente con la que, sobre este tópico, expone el defensor de la Mesa Londoño; de donde, cuando se responda esta objeción, se entenderá la réplica como propia a una y otra demanda.

Con relación a este punto, la Sala transcribe *in extenso* la exposición del Fiscal 2° del Tribunal:

Primero: No incurrió la condenada en el delito de falsedad en documento privado.

"El punto parece bastante sencillo: se infiere este ilícito de las firmas que se imitaran del señor Rincón Victoria en los documentos de traspaso sin tener en cuenta la intervención del funcionario público, el Notario 12, en la autenticación de dichas firmas; pues bien, al imitarse las firmas del vendedor en un documento de traspaso de propiedad de vehículos, sin la autenticación, poco menos que en una falsedad inocua se incurre pues aun llevando así dicho traspaso a la Secretaría de Tránsito jamás entraría al tráfico jurídico al que está destinado, de manera que no se produciría el cambio de propietario por ser requisito *sine qua non* la autenticación.

"Para lograr una correcta adecuación típica en los ilícitos contra la fe pública debe mirarse la intención del procesado, el fin querido, así, es bien claro que la

señora Mesa Londoño nada obtenía sólo con imitar las firmas en los formatos de traspaso, pues ningún valor probatorio ello tenía, debiendo necesariamente, y allí llegó, autenticar falsamente dichas firmas, por consiguiente, no hubo falsedad en documento privado siendo lo hasta allí realizado un mero paso hacia la falsedad en documento público.

"En estas condiciones jamás debió habérsele condenado por tal ilícito.

"*Segundo:* No fue la señora Mesa Londoño agente determinador de falsedad ideológica en documento público. Equivocado estaba cuando tal planteamiento hice al Tribunal, pues ninguno de los medios para la determinación (mandato, orden, convenio, consejo, coacción) se dio y, lo que es más importante, por parte alguna surge que el determinado hubiera consentido la ilicitud.

"Ciertamente el Notario 12 de Cali al suscribir afirmando como cierto que Rincón Victoria se había presentado personalmente lo hizo llevado por error, el engaño, de parte de alguno de sus empleados (como es de común ocurrencia) luego no puede afirmarse que obraría acorde con éstos, ni con la señora Mesa Londoño de tal forma que la figura de la determinación en las falsas autenticaciones desaparece.

"Desde luego, mal podría atribuírsele la autoría a la acusada en cuanto al tipo del 219 del Código Penal por carecer de la cualificación que para el sujeto activo exige la ilicitud de que se viene hablando así se hubiera valido de quien sí gozaba de la condición de derecho público pues este era 'un mero instrumento'.

"*Tercero:* La condenada incurrió en uso de documento público falso. Sin duda los documentos que obran a los folios 35 y 36 son públicos ante la intervención certificadora del señor Notario.

"La acusada perfectamente sabía que falleció su esposo el 23 de noviembre de 1986 naturalmente imposible era que el 2 de diciembre de ese año se presentara a la Notaría, por ende conocía que se trataba de documentos falsos y al hacer uso de ellos, presentándolos a la Secretaría de Tránsito, incurrió en la norma tipo plasmada en el artículo 222 del Código Penal.

"Si se relaciona su comportamiento con las explicaciones de los apartes anteriores, cualquier disquisición para ratificar la lesitura sobra.

"Lo hasta aquí afirmado lleva así a concluir que el atentado contra la fe pública sólo cabe en el artículo 222 del estatuto represivo, que sólo por esta ilicitud será correcto el cargo y es evidente la responsabilidad.

"*Cuarto:* La violación del debido proceso por errónea calificación.

"La señora Luz Elena Mesa Londoño no puede ser declarada responsable de un ilícito al que no se adecuó su comportamiento.

"Pero tampoco puede darse vía libre a la impunidad absolviéndose so pretexto de haberse así llegado a la sentencia, ni se puede condenar por el tipo penal correcto, pues al no hacerse la variación típica desaparecería la consonancia de la sentencia con

los cargos y por otra parte se violaría el derecho de defensa al sorprenderse al acusado con un delito que no se le individualizó.

"Se trata entonces de un error *in procedendo* constitutivo de nulidad atacable por la causal tercera de casación, pues de manera inobjetable surge como irregularidad sustancial la equivocada formulación de cargos, lo que atenta contra el debido proceso dado que la sentencia padecería un vicio de tal entidad que sólo el predicado de la injusticia le cabría.

"Sostiene entonces la Fiscalía que la acusada no incurrió en el tipo de la falsedad en documento privado sino en el uso de documento público falso en concurso homogéneo y al habérsele por aquél condenado se atentó contra las formas propias del juicio.

"*El correctivo* está dado en el artículo 32 del Decreto 1861 de 1989 que permite la variación de la calificación provisional, por no corresponder a los hechos o por prueba sobreviniente, pudiendo del mismo valerse hasta 'antes de que concluya la diligencia de audiencia pública' luego, para corregir el torcido camino del juzgamiento basta con anular lo actuado desde la audiencia pública, sólo en relación con el punible contra la Fe Pública, para que una vez instalado el acto procesal se proceda a la calificación correcta y se le dé el trámite estipulado en el inciso tercero de la norma atrás citada."

Consideraciones de la Sala y del Procurador 1° Delegado en lo Penal

Considerar como documento público uno de carácter privado por la intervención posterior de un funcionario o empleado que tenga capacidad para expedir los primeros, constituye una apreciación que no se compadece con el comportamiento delictuoso, pues éste aparece realizado a plenitud cuando surge la función autenticadora, además, se confunde la esencia del documento, que permanece igual, y la adscripción de otras características destinadas a cumplir funciones distintas pero siempre sobre la base de no modificar la naturaleza primigenia del documento.

Nadie niega que el traspaso de vehículos automotores, en su primera fase de composición, corresponde a un escrito de sustancia eminentemente privada como que comporta una actividad de particulares, que no comprometen para nada, en su emisión, la función estatal. Mutatis mutandis, *y la referencia obliga porque constituye similar comportamiento y es aspecto que ya ha definido la Corte, la declaración de renta también es documento de carácter privado, pues está librada su confección a la tarea individual y particular del declarante. Uno y otro documento, para surtir sus efectos, se destinan a la administración pública, pues la intervención de ésta es la que le procura sus buscados efectos. Pero la recepción, por parte de las autoridades autenticadoras (un notario) o de sus destinatarios oficiales (las dependencias de tránsito o las agencias fiscales) no agregan nada por fuera de su propósito probatorio a los comportamientos lícitos o ilícitos que tales atestaciones hayan recibido. De ahí que sea factible, sin que nada se conmueva ni advengan consecuencias nocivas, el que se conserven en la órbita particular inmovilizándose su curso o circulación, mientras así se actúe, el efecto documentador, porque se hizo correctamente, no se impone contra la*

voluntad de su suscriptor, como tampoco cambia este panorama si tales escritos contienen alteraciones indebidas y contrarias a la ley, porque su calidad de documento privado, para volverlas fenómeno punible, requieren su uso, esto es, su aplicación probatoria o respuesta de una exigencia de carácter legal. En este momento, la intervención de los funcionarios, apenas traduce que ese documento privado ha penetrado en una esfera de tutela oficial, pero manteniendo su inicial caracterización. Sólo a partir de este acto, cuando ya la administración pública lo ha asumido, podrían considerarse las alteraciones o inmutaciones como perpetradas en documento público; pero, las sucedidas con anterioridad, permanecen en la órbita de los escritos privados. Valga una adición comparativa: el documento privado que se inserta en un proceso o que está destinado al mismo y que proviene de particulares, así tenga que demostrase su autenticidad o venga ésta dada por la intervención de un funcionario autenticador, mantiene su atributo de documento privado. Sólo a partir de este momento, y sobre conductas realizadas con posterioridad a esta inserción, puede hablarse de punible realizado en documento público, por pertenecer a un proceso en el cual fue recibido en condiciones de forma o contenido diferente y que por la intervención de empleado público se incluye en un trámite, actuación o proceso (civil, penal, administrativo, tributario) reclamando, entonces, una distinta naturaleza y protección, o sea, la de documento público. Obvio resulta afirmar que esta tutela, en circunstancias tales, no comporta variación sobre el mérito probatorio, pues éste sigue siendo el mismo, esto es, el que corresponde a los papeles privados auténticos. Sobre estos tópicos la Sala ya se ha pronunciado (ver sentencias de febrero 25/91 y enero 31 de 1991, con ponencias de los magistrados Dídimo Páez y Juan Manuel Torres, respectivamente).

En el caso sub examine *no es dable aludir a documento público puesto que a partir de la actuación del notario, nada se hizo en orden a alterarlo después de la intervención de este empleado oficial. El simplemente verificó que su contenido y las personas intervinientes se exhibieron tal y como lo advirtió al momento de dar fe, mediante su actuación. Para ese entonces ya se había sucedido la delictuosa alteración, atribuyéndole a quien tenía capacidad para transferir los vehículos una manifestación de voluntad en este sentido. Mas, como posteriormente, nada se hizo en orden a variar ese estado conocido y certificado por el notario, no es dable aludir a comportamiento punible en esfera escrituraria diferente.*

Sobre este mismo aspecto, la Delegada comenta: "... en casos de documentos privados auténticos, es decir, los que llevan la atestación de un funcionario público de que la firma corresponde a quienes lo suscribieron, el documento no pierde su carácter de tal, ya que la autenticación no implica que haya sido por el funcionario público en ejercicio de sus funciones, que es lo que caracteriza el documento público. Lo que ocurre es que la ley les da a los documentos privados auténticos el mismo valor pero no la misma naturaleza de los documentos públicos, en cuanto garantiza la autenticidad de ésos y aun la veracidad de su contenido. A pesar de que adquieren plena fe pública por el acto de la autenticación, no mudan su naturaleza y siguen siendo documentos privados. El acto mismo de la autenticación, es decir la anotación que el notario hace al pie del documento, sí constituye verdadero documento público y su falsificación concreta el delito de falsedad en escritura pública.

"Entonces, es el del caso concluir que el hecho de autenticar, así sea ante Notario un documento privado, no lo convierte en público como lo sostiene el señor Fiscal, aun cuando la alteración de la diligencia autenticada se considere falsedad en documento público.

"Se tiene que en relación con las conductas que atentan contra la fe pública, el juzgador está en presencia de una falsedad documental; falsedad en documento privado en cuanto se elaboraron documentos falsos en su integridad y en los cuales se falsificó la firma del señor Eduardo Antonio Rincón Victoria ya fallecido.

"La firma del Notario 12 de Cali, esto es, su atestación de autenticación de la firma del otorgante en estas documentos, corresponde a la del funcionario según su propia manifestación.

"Ahora bien: El art. 221 del C.P. establece que la falsedad en documento público (–sic– lapsus por privado) sólo es punible cuando quien falsifica un documento privado que puede servir de prueba 'lo usa'. En estas condiciones, se está en presencia de un tipo penal de dos actos que demanda para su configuración la falsificación de un documento y su posterior uso, de tal manera que sin la realización de estas dos conductas el reato falsario carece de relevancia penal.

"En el caso que se examina, se sabe a ciencia cierta que los documentos privados citados fueron falsificados en su integridad y se usaron como medio de prueba, obteniéndose mediante su representación en las oficinas de Circulación y Tránsito el traspaso de los vehículos, con detrimento patrimonial para los herederos del señor Rincón Victoria.

"Con la anterior argumentación demostrativa de que no se trata de documento público, por naturaleza, sino de simple documento privado y habida consideración a que el punible de falsedad en documento privado requiere para su configuración la concurrencia del elemento 'uso', antecedido de su creación, tal como expresamente lo exige el art. 221 del C.P., obviamente el uso cuya sanción reclama el señor Fiscal recurrente queda comprometido en el tipo realmente aplicable al caso que nos ocupa."

Pasa la Sala ocuparse de las otras censuras del apoderado de Luz Elena Mesa Londoño.

1. Contra lo que opina el censor, desatender la designación de un apoderado de confianza, no comporta, por sí, la nulidad de todo lo actuado. Es necesario observar las características de este suceso para poder tomar una debida apreciación. Es así, por ejemplo, como si el rechazo se vincula a una o varias actuaciones, éstas sólo se verán afectadas y de carecer ellas de trascendencia en la definición del asunto, no comportarán efecto alguno, pudiéndose pasar por alto el hecho, sobre la base de constituir simplemente una irregularidad. Además, si el funcionario tuvo razones admisibles, en su momento, para proceder en este sentido, no es dable otorgar al punto tanta trascendencia, como tampoco cuando logra demostrarse una equivalencia de comportamiento entre uno y otro apoderado, ya que si la interpretación aparece o se insinúa como diferente, esto es, que si pudo malograrse una actividad que sólo podía conocer o realizar el apoderado de confianza, no debe vacilarse en reconocer la nulidad. También cobra importancia decisiva, para asumir una u otra resolución, el

reparar en la conducta del apoderado de confianza, vale decir, si persistió o no en reclamar oportunamente su derecho, o admitió, por ligereza, descuido o por plena conciencia, esta situación, pues en este caso no hay lugar a la invalidación que se pretende. Vendrán sí, tanto para el abogado como para el funcionario, según el evento de que se trate, los adicionales correctivos de las sanciones disciplinarias.

En el caso examinado, el censor no impugna, en ese primer tramo de la averiguación (la que va desde la apertura sumarial hasta lo actuado en el mes de julio de 1988), la realidad de una defensa aceptablemente idónea. Pues bien, a la presentación de su poder encontró válida la negativa del funcionario por no darse todavía una vinculación procesal de Luz Elena Mesa Londoño. Pero cuando ya desapareció este factor, el apoderado de confianza de ese entonces, el mismo que más tarde asumió en el juicio la representación y ahora la encara en sede de casación, no reiteró su pedimento. El juez estaba en posibilidad de pensar que, por ignorada causa, no persistía en la sustitución del defensor de oficio y que éste podía continuar en su papel de tal. Alegar ahora este motivo, sin haberse dado en su oportuna época una explícita y renovada manifestación al respecto, es alegación de secundaria entidad que no puede prosperar.

A partir del mes de julio de 1988, hasta el 20 de enero de 1989, es verdad que el apoderado de Luz Elena Mesa Londoño ocupó una posición oficial que debía sustraerlo de esta intervención profesional. Nuevamente tiene que anotarse que la falta de noticia de este suceso (más a cargo del abogado que del juez) no da al traste con lo actuado a no ser que la omisión refluya, pero de manera ostensible, en un riesgo de defensa que comprometa la situación del asistido. Habrá sí, y a eso ya atendieron las instancias, un correctivo disciplinario, pero no puede aceptarse que este insuceso afecte y socave las bases fundamentales de la estructura procesal. Así lo ha entendido, a derechas, el casacionista y de ahí que pretenda, contra la objetiva realidad, asegurar que en este interregno (julio/88 - enero/89) se produjo la prueba que comprometió a la procesada. Pero basta observar los fls. 225 a 309, para advertir que no puede compartirse esta conclusión sobre la base de haberse procurado, fallidamente, dar con el paradero de la procesada o con los vehículos transferidos, o presentarse la cláusula sumarial, que devino en reapertura de la investigación, o por el aporte de documentos susceptibles de ser comentados en cualquier momento o de la recepción de los testimonios de Jorge Iván y Ana Milena Rincón, sobre hechos incluso favorables a la procesada, o ya conocidos o de secundaria entidad.

En circunstancias tales, máxime cuando al darse la vinculación del abogado de confianza no se produjo la crítica inmediata sino que se dejó proseguir la actuación para actuar durante toda la etapa de la causa, conforme al esquema de defensa elaborado por aquél, no es dable retrotraer estas consideraciones para fulminar con la nulidad todo lo realizado, que el impugnante consideró apto para demostrar las favorabilidades que se revelaban en la conducta de Luz Elena Mesa Londoño, con firme asidero en lo investigado. Tampoco surge como fenómeno relevante lo que dice relación a la conexidad, pues la jurisprudencia no cesa de destacar la insuficiencia de esta circunstancia como factor de nulidad, arbitrándose otros correctivos compatibles con el mantenimiento de la reprobada validez.

Con relación al empleo de la causal 2ª del artículo 226 del C. de P. P., tiene que destacarse la insoluble contradicción en que incurre el demandante al pretender que

se puedan conciliar, sin quebrantar el principio de no contradicción o de unidad de los cargos, una pretensión dirigida a obtener una absolución porque refiriéndose la resolución acusatoria a un delito de falsedad en documento privado, lo aceptable, en otra óptica jurídico-probatoria, es referir el comportamiento a los artículos 219 y 222 del C. Penal. Pero, posteriormente, con base en la demostración relacionada con el matrimonio de Luz Elena Mesa y Eduardo Antonio Rincón Victoria y el surgimiento de una sociedad conyugal que debía comprender los vehículos sobre los cuales operó la falsedad documental, ya aludir a la configuración de un delito de "hurto entre conduceños" –art. 353 del C.P.–.

La Sala no acierta en la conclusión, pues duda entre aceptar una propuesta de absolución, o cautivarse por la tesis de una responsabilidad por distinto delito, ya sea que éste comporte una pena menor, o que lleve a la nulidad para reacondicionar la acusación. En estas circunstancias surge con manifiesta entidad una situación de absoluta confusión que refluye en la observación de fallas o antitecnicismos imperdonables en la elaboración de la demanda, lo cual impide entrar en el análisis de las varias tesis que plantea el recurrente, empezando por la inadecuación del tipo penal hasta llegar a la tesis de no poderse hablar de falsedad documental en escrito que no tenía trascendencia ni significación alguna.

De contera debe acudirse a las siguientes atinadas glosas de la Delegada:

"Lo anteriormente reseñado pone en evidencia la confusión conceptual del libelista, que no hace ninguna diferenciación entre la atipicidad de la conducta y la errónea calificación de la infracción, fenómenos totalmente diferentes que deben atacarse por vías distintas y que entrañan consecuencias también diversas.

"Introduce otro factor de confusión, cuando luego de enfatizar su acusación a la sentencia (cargo segundo) por infracción directa, inmediatamente después agrega su inconformidad por la 'segunda forma de violación directa', y al cuestionar la prueba desplaza su controversia al campo de la violación indirecta de la ley sustancial (inciso primero cuerpo segundo del art. 226 del C. de P.P.) y estos dos motivos de casación no pueden invocarse simultáneamente, ni cobijarse al amparo de uno de ellos, pero valiéndose de aspectos y técnicas propias de otro.

"Es posible deducir de las argumentaciones del censor que quiso atacar el fallo por atipicidad de la conducta, pero ellos apuntan a una errónea calificación de la infracción, que por constituir un error *in procedendo* que quebranta la estructura formal del proceso, debe invocarse a través de la causal tercera de casación y no por violación directa o indirecta de la ley sustancial, como lo hace el censor en los cargos que formula.

"Olvida el casacionista, que para la prosperidad de la demanda se requiere un adecuado planteamiento de la impugnación, sin que pueda invocarse con apoyo en una causal, situación que corresponde a otra, lo cual conduciría a desvirtuar dicho medio de impugnación en su naturaleza y fines.

"Desorientados son entonces los cargos que formula el impugnante, porque además deben tenerse en cuenta las consecuencias procesales que se originan si el ataque se plantea al amparo de la causal primera o de la tercera.

"La honorable Corte en casación no puede suplir las deficiencias del censor, ni por vía de inferencia tratar de establecer el genuino pensamiento del recurrente.

"Pero es más, contrariando las reiteradas exigencias de la honorable Corte, cuando reclama de los recurrentes ceñirse a una estricta lógica en la formulación de sus planteamientos, incurre el libelista en imperdonable error lógico al pretender la absolución de su defendida.

"Es evidente que si se acepta el equivocado camino propuesto por el censor, su consecuencia sería dictar el fallo sustitutivo, absolviendo a la procesada, lo que resultaría totalmente ilógico, pues se estaría dando paso a la impunidad, con claro quebrantamiento de la finalidad del recurso extraordinario de casación.

"En este orden de ideas, preciso será rechazar las pretensiones del impugnante, por cuanto no observó la rigurosa técnica exigida en la sustentación del recurso extraordinario de casación."

Se desestima la impugnación.

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 acusada, ya mencionada en su origen, fecha y naturaleza.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase

Dídimo Páez Velandia, Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael Cortés Garnica
Secretario

* * *

DEFENSOR / Suplente

El defensor suplente no es una entidad autónoma, con facultades propias, que desplace a su arbitrio la asistencia y responsabilidad del defensor principal.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Edgar Saavedra Rojas.*
Aprobada Acta No. 017.
Bogotá, D.E., marzo trece (13) de mil novecientos noventa y uno (1991).

VISTOS

En memorial que antecede, solicita el defensor suplente designado por el principal del condenado Héctor Arsenio Basto Granados, se decrete la nulidad de todo lo actuado en este proceso a partir del auto por medio del cual el Tribunal Superior de Manizales concedió el recurso extraordinario de casación, inclusive, y que, en consecuencia, como corolario obligado, se disponga la devolución del expediente a dicha instancia para que proceda ésta a dar cumplimiento a los artículos 222, inciso *in fine*, y 135 del Código de Procedimiento Penal.

ACTUACIÓN PROCESAL Y ARGUMENTOS DEL PETICIONARIO

Mediante sentencia del veintiuno de noviembre de mil novecientos noventa, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, revocó la de primera instancia y condenó a Héctor Arsenio Basto a la pena principal de diez (10) años de prisión por el delito de homicidio cometido en la persona de Leoncio Betancur Ballesteros, y a José Alirio Quintero Sepúlveda a la pena principal de seis meses de arresto, como autor responsable del delito de "encubrimiento" por favorecimiento.

Por admitir tan sólo el primero de los punibles tal medio de impugnación, con respecto del condenado Héctor Arsenio Basto Granados, su defensor de confianza interpuso oportunamente el recurso extraordinario de casación, una vez enterado del contenido de la sentencia proferida en disfavor de su representado.

En la misma fecha y hora de la interposición del recurso, en escrito separado, designó defensor suplente al doctor Eutimio Ortiz Peláez, nombramiento que hizo

especialmente para que este profesional del derecho tramite el recurso extraordinario de casación contra la sentencia condenatoria del *ad quem*.

En tiempo oportuno, el defensor suplente interpuso también recurso de casación contra la sentencia condenatoria de segunda instancia.

Posteriormente por auto de sustanciación calendado diciembre dieciocho del mismo año, se concedió el recurso interpuesto y se dispuso el envío del expediente a la Corte Suprema de Justicia. Esta Corporación admitió el recurso de casación y ordenó correr traslado al recurrente por el término legal para que formule la respectiva demanda de casación, el cual corre desde el siete de febrero de la presente anualidad.

Con relación al anterior trámite, alega el abogado designado defensor suplente en su orden, que el Tribunal *ad quem* no cumplió con la obligación legal de citar a las partes para el trámite del recurso de casación; tampoco advirtió dicha entidad judicial "a nombre de qué apoderado defensor, si del principal o del suplente, concedía el recurso", y, finalmente, que también omitió cumplir con la obligación procesal de darle la debida posesión a él como defensor suplente, conforme lo impone el artículo 135 del Código de Procedimiento Penal. Sostiene entonces, en atención a las anteriores cuestiones fácticas, la existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso.

Arguye, de igual modo, que con las omisiones en que incurrió el Tribunal se violó también ostensiblemente el derecho de defensa, habida consideración, de la inidoneidad del defensor principal para formular y tramitar el recurso de casación, y a la imposibilidad de su parte para elaborar la respectiva demanda por no permitírsele retirar el expediente de la Corte. Y a la par de lo pedido respeto a lo primeramente sostenido, solicita la nulidad de parte de la actuación procesal.

Consideraciones de la Corte:

El artículo 135 del Código de Procedimiento Penal como innovación legislativa establece la posibilidad de que el defensor nombrado por el procesado designe a su vez un defensor suplente, y éste al igual que el principal deben posesionarse ante el juez y a partir de ese momento quedan habilitados para actuar alternativamente, sin que para ello se requiera otro formalismo. Caracterízase este Instituto de la Defensoría Suplente, porque al actuar bajo la responsabilidad del principal, la de este último como bien lo tiene entendido y aceptado la doctrina, no cesa o termina ni siquiera con la intervención del suplente. El defensor suplente, que no debe confundirse con el defensor sustituto (art. 136 del C. de P.P.) no es una entidad autónoma, con facultades propias, que desplace a su arbitrio la asistencia y responsabilidad del defensor principal. Téngase muy en cuenta que el defensor suplente lo designa el defensor principal y no el procesado, y por ende, la representación judicial del procesado en todo caso la sigue conservando el defensor de confianza designado por el procesado.

Con arreglo a lo anterior, no es cierta entonces la afirmación del peticionario, que "el procesado Basto Granados se quedó sin apoderado defensor que formulara demanda de casación en este proceso", pues, así el defensor principal haya designado uno de

carácter suplente con el encargo especial de tramitar el recurso en comento, tal designación la hizo "bajo su responsabilidad" y no quedaba en modo alguno exonerado de la obligación de presentar la demanda conforme al recurso que de manera personal y directa interpuso, no importando para el caso, y menos tenerse como violación del derecho de defensa, el conocimiento profano que tuviera acerca de la técnica de la casación. En estricto derecho, ningún menoscabo a su derecho de defensa puede predicarse por la falta de actuación hasta ahora del defensor suplente.

De otra parte, por ser la defensoría suplente una entidad dependiente del defensor principal, no es de trascendencia legal indicar si el recurso que se interpone se concede "a nombre de defensor principal o suplente" como equivocadamente para achacar irregularidad a la actuación lo sostiene el peticionario, de modo infundado y temerario además, pues, contrariamente a su aserto basta leer el proveído de sustanciación proferido por el Tribunal para darse cuenta que de modo expreso se concedió el recurso extraordinario de casación que interpuso el doctor Gustavo Vélez Ramírez en su condición de defensor principal del condenado.

En la misma precitada decisión se dispuso el aviso a las partes, como condición previa a la remisión de expediente a la Corte. En cambio, no existe constancia de que se haya comunicado la concesión del recurso de casación, así como tampoco del reconocimiento de la personería al defensor suplente, y mucho menos, como lo reclama éste de la diligencia de posesión.

De manera reiterada y pacífica ha venido insistiendo la Corte que para efectos de interponer por la parte afectada, el recurso extraordinario de casación contra la sentencia que la desfavorece, basta el reconocimiento de la personería del apoderado para que éste pueda presentar la demanda, sin que se requiera para el caso de diligenciamiento de la debida posesión.

Lo que predica de éste, obviamente, tiene también cabida para el defensor designado con el carácter de suplente para esos exclusivos fines, y en tales condiciones, por el aspecto de la falta de posesión del doctor Eufimio Ortiz Peláez, ninguna irregularidad cabría anotar.

Por último, si bien es cierto no se le reconoció personería por el Tribunal, en omisión que bien puede merecer el calificativo de irregularidad, tal anomalía como tampoco la de la ausencia efectiva de aviso de las partes, tiene la entidad de afectar sustancialmente el debido proceso, pues en verdad, sus efectos no tienen la capacidad de socavar las bases estructurales del mismo. Las nulidades dada su naturaleza residual, son recursos extremos a lo que sólo es posible recurrir cuando no exista otra manera de remediar el yerro y en este caso, como resulta evidente, con el reconocimiento de la personería del defensor suplente, en tiempo para cumplir con el mandato de la presentación de la demanda, ninguna nulidad procede decretar para subsanar deficiencias.

En conclusión, se negarán las pretensiones de nulidad expuestas por el libelista. En lugar, se le reconocerá personería para actuar.

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

RESUELVE:

1. Reconócese personería al doctor Eutimio Ortiz Peláez, abogado titulado y designado defensor suplente, por el principal, con las mismas facultades a éste conferidas.

2. Denegar la solicitud de nulidad elevada por el mismo, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

3. Continúese con la tramitación del recurso.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Dídimo Páez Velandia, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael Cortés Garnica
Secretario

Impedimento / Recusación / Apoderado

El cambio de Apoderado está consagrado como causal de recusación y no puede, por consiguiente, el funcionario manifestar impedimento por ese motivo.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES

El cambio de apoderado es motivo específico consagrado por la ley como causal de recusación. Si ello es así no puede de manera alguna el funcionario manifestar impedimento por ese motivo, pues con ello desfigura el propósito mismo del legislador.

Magistrado Ponente: Dr. *Juan Manuel Torres Fresneda.*
Aprobada según Acta No. 16.
Bogotá, D.E., marzo trece (13) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Vistos

El Magistrado del Tribunal Superior de Orden Público doctor Josué Ramírez ha propuesto sin éxito ante sus compañeros de Sala, se le separe del conocimiento del presente asunto por los estrechos nexos de amistad que le unen con el nuevo defensor del procesado José Joaquín Guacaneme. Tal el asunto que de plano compete resolver ahora a la Corte.

Antecedentes

1. Subió la actuación al Tribunal Superior de Orden Público, para que allí se revisara por vía de alzada la providencia que en primera instancia negaba la excarcelación del procesado José Jacobo Guacaneme, quien otorgó poder al abogado doctor Manuel Guillermo Mateus Rozo, a fin de que asumiera su representación ante la Corporación.

Pese a que el nuevo defensor desistió del recurso, antes de pronunciarse sobre la deserción optó el Magistrado doctor Josué Ramírez por exhibir ante sus compañeros

de Sala su estrecha amistad con el doctor Matens, aclarando que si bien conocía la previsión del artículo 113 del Código de Procedimiento Penal, entendía como deber de lealtad con sus colegas hacer manifiesta la excusación.

Recordando la jurisprudencia de la Corte y mediante decisión de diciembre 18 del año próximo pasado, contestaron los dos restantes integrantes de la Sala que la recta interpretación del artículo 113 del Código de Procedimiento Penal no solamente inhibía a quien designaba nuevo defensor para que recurriendo a ese hecho adujera causales de recusación con miras al desplazamiento del juzgador, sino que a éste mismo le resultaba inadmisible por su iniciativa excusar su intervención en el asunto. Siguiendo la instrucción normativa, dejó entonces la controversia para su solución en esta Sala de Casación Penal.

Consideraciones de la Corte

Tal y conforme lo recuerda la Sala Dual al desechar el impedimento propuesto, persistente ha sido el entendimiento de la Corte respecto del artículo 113 del Código de Procedimiento Penal, tanto al advertir que con él procura la ley el evitar que a través de la designación de un nuevo mandatario judicial se logre el irregular desplazamiento del funcionario que viene conociendo del proceso, sea para impedir su pronunciamiento, ora para escoger a otro juzgador por los mecanismos de la recusación, bien para procurar fórmulas de entrabamiento o dilatación de los procedimientos, como al sostener que a ese mecanismo tortuoso se podría prestar lo mismo la recusación que intentara quien origina la causal o la provoca, como el funcionario, de serle admitido su impedimento, pues siendo éste de manifestación oficiosa su omisión conllevaría las sanciones del artículo 117 ibidem haciendo inocua la prevención legislativa al ocasionar forzosamente el desplazamiento del fallador por la imposición de su propia declaración.

En vigencia del Decreto 409 de 1971, ya había tenido la Corte oportunidad de fijar este criterio, cuando en decisión de 7 de diciembre de 1979 sobre el particular expresó:

"Que no puede este específico motivo invocarse como impedimento, pues por mandato de la ley opera exclusivamente como recusación. Y la demostración de este aserto resulta fácil. En efecto, si lo que la ley precave es que no se cumpla el propósito buscado por quien origina esta situación, o sea, provocar innecesaria y artificiosamente la separación del juez o magistrado, mal pueden éstas contribuir a este logro presentando excusación. De otro lado, cuando la ley hace la reserva de poderse invocar como recusación y a instancia de un determinado sujeto procesal ('no habrá lugar a recusación... a menos que la formule la parte contraria'), no es dable extender el fenómeno al campo del impedimento porque así se desvirtúa la prohibición y los fines perseguidos por el legislador. Por eso la ley fija motivos de recusación que pueden alegarse como tales o como impedimentos, siempre y cuando no se señale una restricción o salvedad. Porque si el legislador ha querido que solo la 'parte contraria' pueda obtener la remoción del juez o magistrado, por el motivo que se analiza, éstos, de obrar en oposición a este dictado, abusivamente invaden esta atribución y se anticipan a la determinación que pueda tomar esa 'parte contraria', o imponiendo su voluntad por

encima de quien ha sido reconocido por la ley, de manera especial, para accionar en este sentido."

Citando esta doctrina con auto de diciembre 2 de 1986 añadió además la Corte mediante ponencia del Magistrado doctor Guillermo Duque Ruiz, y refiriendo aún al artículo 86-2 que en la codificación procesal para ese momento vigente consagraba norma pareja a la que ahora se remite:

"Con esta prohibición la ley ha querido que si el motivo de recusación nace con el cambio de apoderado, la remoción del juez o magistrado pueda intentarse exclusivamente por iniciativa de la parte contraria (entendiendo por ésta a todas las demás que intervienen en el proceso, y que son ajenas al cambio de apoderado), siéndole por tanto e igualmente prohibido al funcionario realizar lo propio, pues esta concesión desfiguraría y haría nugatorio el profiláctico objetivo que el legislador se propone con este mandato: impedir que la parte interesada salga airosa en lo que busca con el relevo de apoderado, esto es, la separación del funcionario.

"Es más: si se tolerara el impedimento en este evento, quien generó el cambio de apoderado, pues simplemente le bastaría esperar la forzosa declaración de impedimento, la cual no podría tener fundamento legal distinto de la causal de recusación. Con esta posición cómoda y nada riesgosa, la misma ley estaría premiando a quien, por el contrario, debería gravar de alguna manera por esa clara traición a la lealtad y buena fe procesales."

El tránsito de normas que impuso la vigencia del Decreto 050 de 1987, lejos de mortificar la anterior comprensión del instituto, lo ratificó como queda expuesto en el actual artículo 113 del C. de P.P., sin que de allí variara la jurisprudencia de esta Sala, como ha tenido ocasión de reiterarlo en reciente ocasión en que resalta más bien la autorización ahora otorgada al Ministerio Público para que recuse en condiciones análogas a aquellas en que interviene la "parte contraria" (C.S.J. Sala de Casación Penal, auto de febrero 6 de 1991, Magistrado Ponente Dr: Gustavo Gómez Velásquez).

Y no sobra añadir aún a lo expuesto, que conteniendo la solución legal del artículo 13 del Código de Procedimiento Penal una armonización cabal de intereses, en ella vela por la conservación de la competencia en el Juez que hasta entonces no ha merecido fundado reproche y permite la posibilidad de que con él prosiga el curso de la actuación a pesar del cambio de apoderado; reconoce la voluntad de la parte (principalmente al procesado), que desea o necesita dejar su representación en las manos profesionales más confiables; facilita a todo abogado el ejercicio de su profesión dentro de los principios de libertad e independencia que la caracterizan, y deja a salvo los intereses de la justicia, de la comunidad y de las partes, cuando eventos extremos puedan romper el equilibrio del proceso, quebrantar la imparcialidad del juez, o desconocer el principio de lealtad, surgiendo entonces para la parte afectada con un traumático cambio de apoderado la posibilidad, como en todo caso para el Ministerio Público la obligación de hacer operantes los mecanismos de recusación.

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

RESUELVE:

DECLARAR infundado el impedimento manifestado por el Magistrado del Tribunal Superior de Orden Público doctor Josué Ramírez, para separarse del conocimiento del presente asunto, ordenando su devolución a la Oficina de procedencia.

Notifíquese y cúmplase.

Dídimo Páez Velandia, Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez (Salvamento de Voto), *Edgar Saavedra Rojas* (con salvamento de voto), *Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael Cortés Garnica
Secretario

Impedimento (Salvamento de Voto) / Recusación (Salvamento de voto) / Apoderado (Salvamento de voto)

La aparente contradicción entre las normatividades de carácter constitucional y legal, planteada en las limitantes del artículo 113 del C. de P.P. en su parte final, debe ser resuelta jurisprudencialmente.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Salvamento de voto

Respetuosamente discrepamos de la decisión mayoritaria de la Sala, porque si bien dicha postura corresponde al criterio tradicional de la jurisprudencia de esta Sala, también lo es que el sostenimiento integral de la misma sin hacer ninguna clase de distingos y precisiones, puede prestarse a que se presenten situaciones indeseadas o verdaderos abusos y manipulaciones de la causal como adelante trataremos de demostrar. Las razones que originan nuestra discrepancia son las que a continuación exponemos.

Es clara cuál sido la intención del legislador al consagrar las limitantes del artículo 113 en su parte final, cuando dispone que no habrá lugar a recusación cuando surja cambio de defensor de una de las partes y dicha restricción está justificada, porque de esa manera se busca ante todo evitar que apoderados de no muy clara posición ética se presten a recibir poderes en procesos que se tramitan ante Despachos Judiciales, respecto de los cuales existen causales de impedimento con sus titulares, porque con tales procedimientos torcidos y reprochables se logra escoger el juez que una de las partes quiere, o evitar que el proceso sea adelantado por el funcionario judicial al que no quiere, bien sea por su reconocida rectitud, su posición interpretativa respecto a determinada norma o cualquiera otro aspecto que lo impulse a quitarle el conocimiento de un determinado proceso.

Una característica del proceso judicial entre otras, es la independencia de los jueces y su imparcialidad, por ello toda la estructura judicial se ha concebido con la

nominación de sus miembros, sin intervención de las ramas políticas del poder público y sometida a criterios de carrera judicial; de la misma manera que para garantizar la adecuada imparcialidad judicial los procesos que llegan a conocimiento de los jueces lo son por sorteo y no por asignación, y se ha consagrado la institución de los impedimentos y recusaciones, para que cuando de un proceso surjan circunstancias afectivas, familiares, económicas, políticas o de cualquiera otra naturaleza, que puedan hacer temer por la debida imparcialidad, pueda el funcionario judicial o del Ministerio Público separarse del conocimiento del proceso donde surgen tales circunstancias y si no lo hace, la posibilidad de las partes de poderlo recusar para separarlo de dicho conocimiento.

La independencia e imparcialidad de los jueces está muy estrechamente unida con el concepto constitucional del debido proceso y algunas de las garantías allí contenidas. No puede desconocerse que conceptos como el del derecho a la defensa, la aplicación de la ley favorable, podrían perder su integral vigencia cuando el proceso esté manejado por un juez parcializado y motivado por tales condiciones emocionales. Pero ante todo y sobre todo, no puede pensarse en las formas propias del juicio, cuando no existe como prócedente y requisito *sine qua non* la necesaria imparcialidad judicial, porque es evidente que los ritos y las formalidades constitutivas de lo que se conoce como formas propias del juicio no tendrían razón de ser si no existe garantía normativa de la imparcialidad del juez.

De un lado entonces se está en presencia de una normatividad de carácter constitucional y legal que busca garantizar la independencia judicial y su necesaria imparcialidad, pero de otro, surge una previsión legal reguladora de los impedimentos, que trata de evitar que éstos sean manipulados para por medio del cambio de defensor, buscar al juez que les convenga o para evitar que el proceso sea fallado por quien no desea y se está entonces en presencia de una aparente contradicción legislativa, porque ese juez no puede declararse impedido, ni aceptar la recusación por expresa previsión legal; pero podrían presentarse hechos aberrantes, tal la situación que se daría si como consecuencia del cambio de defensor el proceso lo apodera el padre o una persona por cualquier razón íntimamente unida o gravemente desunida con el fallador; situación que repugnaría, puesto que se estaría en presencia inminente de una vulneración de la necesaria imparcialidad que debe tener y garantizar el poder judicial.

La anterior y aparente contradicción debe ser resuelta jurisprudencialmente, porque si tramita la recusación o se declara impedido, está conscientemente dejando manipular el proceso, desconociendo expresa prohibición y si no lo hace, se vulnera la necesaria imparcialidad judicial. En circunstancias tan dramáticas debe darse prevalencia a la normatividad de mayor jerarquía e importancia y en este caso es la que consagra el debido proceso y las formas propias del juicio, y en tales condiciones debe el juez negarse a aceptar el poder que significa cambio de apoderado, para evitar que se presente la situación de impedimento que posteriormente no podría declarar.

Podría argumentarse en sentido contrario que de todas maneras le quedaría la facultad a la contraparte o al Ministerio Público para que formulen la recusación, pero ante tal hipótesis deben destacarse dos situaciones, una que por el exceso de trabajo de los Fiscales (varios juzgados para un solo Fiscal) no tenga conocimiento de

la causal, o no advierta la situación que conoce ante la multiplicidad de procesos que debe conocer; o que sí se conozca y se advierta y se formula la respectiva recusación obteniéndose lo que quiere quien prefabrica la causal de impedimento, esto es quitarle un proceso del conocimiento de un funcionario que por diversas razones, como ya se dijo, no se quiere que lo falle y así estaríamos en presencia y conocimiento pleno de una verdadera manipulación del proceso, sin que los jueces puedan hacer nada para impedirlo.

La anterior solución no quiere decir que se esté vulnerando el derecho a la defensa también de rango constitucional, ni que se esté menoscabando la libertad de escoger al defensor que considere más conveniente para sus intereses, sino que ante la conflictividad normativa planteada, debe establecerse un limitante a esa libertad de escogencia de apoderado, en el sentido que pueda designar a quien bien considere, excepto aquellos respecto de los cuales el juez estaría en imposibilidad de declarse impedido, por existir alguna de las causales expresamente previstas como tales, y porque al haberse presentado con anterioridad, es de público conocimiento la existencia de la misma.

Con la solución propuesta se evita, de un lado que se pudiera presentar eventualmente la situación aberrante planteada, es decir, que a pesar de ser tan clara la causal de impedimento el nuevo abogado es el padre, no pudiera tramitarse la situación del impedimento vulnerándose de esta manera una norma de mayor jerarquía cual es la del debido proceso, porque es claro que bajo ninguna perspectiva podría imaginarse la existencia de éste, sin que esté debidamente garantizada la imparcialidad de los funcionarios de la administración de justicia.

Gustavo Gómez Velásquez, Edgar Saavedra Rojas.

* * *

Nulidad / Debido proceso

Entratándose de la segunda causal de las contempladas en el artículo 305 del nuevo Código de Procedimiento Penal, la sustancialidad de la irregularidad que afecte el debido proceso, deberá tener "comprobada existencia".

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Dídimo Páez Velandia.*
Aprobada Acta No. 017.
Bogotá, D.E., marzo trece (13) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Vistos

Mediante sentencia del 7 de septiembre de 1989, el Juzgado 3º especializado condenó a Eduardo Enrique Atehortúa Garrido, José Ricardo Escobar Laverde y José Andrés Obando Castro a la pena principal de 120 meses de prisión, como coautores responsables del delito de secuestro extorsivo. Recurrida esta decisión, el Tribunal resuelve rebajar la pena impuesta a Escobar Laverde y a Obando Castro, en 24 meses Para ello, reconoce la procedencia de aplicar en su favor las diminuentes consagradas en el artículo 34 de la Ley 2ª de 1984.

En lo demás, confirma el fallo del juzgado.

Inconformes con estos pronunciamientos, los defensores de Atehortúa Garrido y Escobar Laverde han interpuesto Recurso Extraordinario de Casación, en cuyo trámite, a su vez, el defensor de Obando Castro presentó memorial por medio del cual coadyuva las demandas de los recurrentes. Corresponde a la Corte decidir.

Hechos

El Procurador Delegado, en su concepto, hace de ellos la siguiente presentación:

"Estos tres individuos –se refiere a Atehortúa Garrido, Escobar Laverde y Obando Castro– se concertaron en voluntad y acción para arrebatar y mantener retenida a la menor de cuatro años Viviana Marcela Atehortúa Rojas, hija de un hermano del primero de ellos. Fue así como arrendaron un apartamento en el barrio

Palermo y posteriormente un vehículo en una agencia de la ciudad y el día 22 de febrero de 1988, cuando la pequeña llegaba del colegio, la sustrajeron de la custodia de la empleada doméstica que la iba a recoger para llevarla a casa, la introdujeron a un vehículo y la llevaron al apartamento en mención. Esta tarea la cumplieron Escobar Laverde y Obando, y este último, a su vez, fue encargado de su custodia.

"Durante 36 días la tuvieron en su poder. Ese tiempo lo utilizaron para negociar con el padre de la niña la entrega de una fuerte suma de dinero, diligencia que en un principio fue de 60 millones de pesos y que se había logrado rebajar a poco más de treinta. Amenazas de distinta índole recibió el señor Atehortúa Mejía, entre ellas las de mutilación de la criatura y la de darle muerte. Pero el 29 de marzo en horas de la noche, tras concertar a su víctima económica para que se dirigiera a su fábrica donde debía recibir una llamada telefónica que le suministraría instrucciones, una patrulla del DAS, que seguía al señor Atehortúa en cumplimiento de un dispositivo de seguridad y de pesquisa para dar con el paradero de la menor, atisbó el seguimiento que un vehículo hacía al que conducía éste. Interceptado el automotor, en él fueron hallados el tío de la pequeña, Eduardo Atehortúa, y su amigo Jorge Obando Castro. Estos individuos confesaron el hecho y llevaron a los secretos al apartamento donde estaba Viviana Marcela. A ella se le rescató y en el lugar fue aprehendido Ricardo Escobar Laverde, que esa noche la cuidaba."

Actuación procesal

1. El mismo día de aprehensión de los procesados, se les vinculó mediante indagatoria. Esta diligencia, en desarrollo de la investigación, fue motivo de ampliación, en algunos casos, en varias oportunidades.

2. Resuelta la situación jurídica, los procesados fueron afectados con medida de aseguramiento consistente en detención preventiva.

3. Mediante decisión de 14 de junio de 1988, el Juzgado Especializado calificó el mérito del sumario disponiendo la citación a audiencia de los procesados, en calidad de coautores del delito de secuestro extorsivo.

4. Rituada la causa, se dictó la sentencia de primera instancia por los delitos a que se hace referencia en el auto de citación a audiencia. De acuerdo con esto, cada uno de los procesados fue condenado a la pena principal de 120 meses de prisión, decisión a la cual el Tribunal Superior le impartió confirmación, aunque reformándola en el sentido de reducir la pena impuesta a Escobar y Obando a noventa y seis meses, en aplicación del reconocimiento de las diminuentes de punibilidad por confesión.

La demanda presentada en nombre de Eduardo Atehortúa Carrido

Al amparo de la causal 3ª de casación, contemplada en el artículo 226 del C. de P.P., modificado por el artículo 15 del Decreto 1861 de 1989, se plantean por el censor dos cargos contra la sentencia. El primero, haberse dictado en juicio viciado de nulidad por la existencia de comprobadas irregularidades sustanciales que afectan

el debido proceso y, el segundo, haberse dictado el fallo en juicio viciado de nulidad por violación del derecho a la defensa.

En su demostración, se parte de asumir como irregularmente practicadas las indagatorias de los procesados, en cuanto, de acuerdo con las constancias sobre la hora en que cada una de ellas concluyó, resultaba prácticamente imposible que el juez y el defensor común de los implicados, hubieran podido intervenir personalmente, cuando menos en una de ellas, si se toma en cuenta que dos de tales diligencias se recepcionaron en las instalaciones del DAS y la otra en el juzgado.

A partir de este planteamiento básico, se procede a indicar el grado de afectación al debido proceso. En este sentido, se sostiene, no siendo factible establecer a cuál de las diligencias que vienen de mencionarse dejaron de asistir el juez y el defensor, sin caer en la arbitrariedad o el azar, debe convenirse que la irregularidad denunciada lo es de todas ellas. Por tanto, se colige, el proceso fue adelantado con desconocimiento de fundamentales pautas para su desarrollo, como es la de que en la recepción de la indagatoria sólo el funcionario instructor puede dirigir preguntas al procesado; o, la de la vinculación previa a la resolución de su situación jurídica y a la calificación del sumario, sin tomar en cuenta que tales diligencias fueron tenidas como confesión y medio para la formulación de cargos a terceros.

Destacándose cómo las posteriores ampliaciones que los procesados hicieron de sus injuradas, no convalidan la inexistencia jurídica de la primera, esencia del vicio denunciado, por ser la que sienta las bases de vinculación al proceso, se demanda la casación de la sentencia.

En punto a la violación del derecho a la defensa, como otro motivo de la nulidad alegada, su demostración se apoya en el carácter continuo y unitario que tal garantía debe poseer como condición para la regularidad de la relación jurídico-procesal, los cuales, se dice, han sido desconocidos por la ausencia del defensor en las injuradas irregularmente recepcionadas, las que, por serlo, también afectan la defensa material motivo por el cual, por este aspecto, se concluye, procede igualmente la casación del fallo recurrido, declarando la nulidad de la actuación a partir del auto de cierre de la investigación, para que los procesados, en el período de reposición del trámite, sean vinculados legalmente.

La demanda presentada en nombre de José Ricardo Escobar Laverde

Con fundamento en la causal primera de casación, numeral 1º inciso 1º del artículo 226 del C. de P.P., modificado por el artículo 15 del Decreto 1861 de 1989, se formula contra la sentencia el cargo de ser violatoria de la ley sustancial por aplicación indebida de los artículos 268, 270, 61 y 67 del Código Penal y 34 de la Ley 2ª de 1984.

Alega el recurrente, en demostración de la censura, que el sentenciador, al aplicar la diminuente consagrada en el artículo 34 de la Ley 2ª de 1984, sólo afectó el incremento de 4 años de prisión que al mínimo de 6, de que se había partido, fueron agregados como resultado de conjugar la pena básica prevista en el artículo 268 del Código y las circunstancias 1ª, 3ª y 6ª del artículo 270 *ibidem*. Es decir, que

disminuyó en la mitad, 2 años, el incremento de 4, que adicionados a los 6 del mínimo dio los 8 en que, definitivamente, se fijó la pena a cumplir por Escobar Laverde.

Este proceder, en cuanto deja intangible el mínimo punitivo a partir del cual se dosificó la pena, constituye una aplicación indebida de las normas citadas anteriormente, pues lo procedente es "afectar ese mínimo de seis años de prisión, con la disminución ya de una tercera parte, ya de la mitad, o dentro de esas dos proporciones. Si lo primero, los 6 años se reducirían a 4, y, si lo segundo, a 3 años de prisión".

Sobre esa base, prosigue en la proposición, habría que hacer los incrementos por las circunstancias 1ª, 3ª y 6ª del artículo 270 que prevé un aumento de hasta la mitad de la pena del artículo 268, razón por la cual, dependiendo de si la disminución es de la tercera parte o la mitad, la pena que correspondería a Escobar sería la de 6 años de prisión, o 4 años y seis meses. En este sentido, concluye solicitando la casación del fallo para que se proceda a dictar el de sustitución correspondiente.

El concepto de la Procuraduría

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal, es de la opinión que el recurso no debe prosperar.

En relación con la demanda presentada en nombre del sentenciado Atehortúa Garrido, considera que el hecho constitutivo del vicio *in procedendo*, sustento de la nulidad alegada, no adquiere cabal demostración en su ocurrencia para oponerlo a la presunción de legalidad con que aparece revestido el juicio.

La indemostrabilidad anotada, la sustenta en que si bien, de acuerdo con los términos de presentación del cargo por el demandante, resulta insostenible que las indagatorias, una de ellas recepcionada en lugar diferente, se practicaran de manera personal por el juez de la causa y los reos hubieran sido asistidos por el mismo defensor, siendo de mínimas fracciones temporales las diferencias de su culminación, el vicio implícito que en tal actuación se denuncia, resulta ser probable pero no de ocurrencia necesaria.

Aduce, al respecto y en pro de su tesis, las cortísimas distancias existentes entre los lugares en que se llevaron a cabo las indagatorias; las facilidades de movilización del juez y el defensor y la duración y extensión de una de las injuradas –la de Atehortúa Carrido– dando lugar a pensar que tan precario interrogatorio y respuesta puedan verbalizarse en instantes y que sea otro en el que se formalice su escritura. Por esto y tanto, estima que la demostración comprobada del vicio no se logra, no siendo posible su sola deducción como hecho probable.

Contrariamente, prosigue, las solas comparaciones del tiempo y los contenidos de las diligencias impugnadas permiten sostener, la presencia del defensor y el juez en la fase oral de las diligencias, precisamente por lo reducidas que fueron, las cuales, además, no han sido cuestionadas en el trámite del proceso a través de las actividades idóneas para hacerlo. Esto, no obstante, culmina el estudio del punto, no debe ser entendido como que la Procuraduría patrocine equívocas e irregulares maneras de adelantar los procesos, por lo que, en situaciones como éstas, de acreditarse la

falsedad de las actas a que se ha hecho referencia, procedería la remoción de la cosa juzgada por medio de recurso extraordinario, puesto que el motivo por el cual no prospera el Recurso de Casación se origina en la fuerza probatoria de los actos que, como documentos públicos, hacen fe de su contenido y autenticidad.

Con fundamento en los yerros técnicos que ostenta la demanda presentada en nombre de Escobar Laverde, es de la opinión que deben ser desestimadas las pretensiones en ella contenidas. A este respecto, destaca falta de demostración en el cargo de aplicación indebida de la ley, como sentido de la violación directa que se aduce, en cuanto no se especifica el motivo por el cual se consideraron indebidamente aplicadas unas disposiciones.

Estima que la inconformidad del libelista, surge de comparar los criterios tomados en cuenta para gradnar la pena de Atehortúa Garrido con los aplicados a su pupilo, pero, por parte alguna logra demostrar, que la manera como él cree que debe hacerse la tasación punitiva, es la correcta por disponerlo así la ley que se aplicó de manera no debida. Por eso mismo, concluye, el planteamiento del censor corresponde a un alegato de instancia.

Alegación de no recurrente

Durante el período de traslado a las partes no recurrentes, el defensor del sindicado Jorge Andrés Obando hizo presentación de un escrito de coadyuvancia a las demandas formuladas en nombre de Atehortúa Garrido y Escobar Laverde. Identificándose con los planteamientos en ellas consignados, responde a las observaciones hechas por el Ministerio Público; reitera la solicitud para que la sentencia sea casada y se dé aplicación extensiva en relación con su cliente a la respectiva decisión.

Consideraciones de la Corte

1ª *La demanda en nombre de Eduardo Atehortúa Garrido:*

Como oportunamente es recordado por el Procurador Delegado en su alegación, mediante la cual se opone a la prosperidad del recurso, por el carácter de extremo remedio procesal para la protección del derecho de las partes que posee la nulidad y por el conjunto de exigencias y principios a que queda sometida su proposición, es indispensable que el vicio in procedendo *que le sirve de fuente, en la reclamación de ineficacia de la relación jurídico procesal, obtenga una perfecta y cabal demostración de su ocurrencia.*

Es en este sentido que el legislador, en aquellos casos en que la esencia misma del motivo de invalidación no denota con suficiente objetividad esa exigencia, la señala de manera expresa. Por eso, entratándose de la segunda causal de las contempladas en el artículo 305 del Nuevo Código de Procedimiento, precisamente invocada para este asunto, se menciona que la sustancialidad de la irregularidad que afecte el debido proceso, en que consiste, tenga "comprobada existencia"; esto es, como lo advierte el Procurador, que aparezca nítidamente en el proceso, de modo objetivo, claro e inconfundible.

Significa lo anterior, que al establecimiento de las causales de ineficacia de la relación jurídico-procesal, no puede llegarse por vía de deducciones. Debe, la irregularidad que les dan razón de ser, ofrecerse, en los términos antes expuestos, sin lugar a discusión, concitando el parecer sobre su existencia de cualquier desprevenido observador.

El fundamento material de esta exigencia legislativa y jurisprudencial, no puede ser otro que la presunción de legalidad con que es amparada toda actuación procesal, la cual, como es obvio, no puede ser desvirtuada en el campo de las deducciones o elaboraciones abstractas; insístese, a ella no pueden serle opuestas sino irregularidades manifiestas que, por serlo, se evidencian por sí solas.

Independientemente de si la recepción de la diligencia de indagatoria sin haber concurrido a ella el juez, el defensor, o ambos, es irregularidad sustancial que compromete las bases mismas del juzgamiento; es, de acuerdo con los criterios expuestos en precedencia, condición sine qua non para su establecimiento, que una tal situación aparezca evidenciada en el proceso, lo cual, precisamente, en el cargo que a la sentencia se formula bajo su amparo, en el desarrollo de este recurso, no acontece.

El planteamiento del censor, en este sentido, se ofrece compuesto de dos aspectos: El señalamiento de que entre la indagatoria de Escobar Laverde y el encabezamiento de la correspondiente a Atehortúa Garrido, momento en que fue suspendida, sólo media el límite temporal de cinco minutos y que, de acuerdo con las actas, tales diligencias se practicaron en lugares distintos; una en el recinto del juzgado y la otra en la sede del DAS. El otro componente, surge de una serie de deducciones que, a partir de la situación expuesta, hace el recurrente, tales como que es imposible llevar a cabo estas dos diligencias con la presencia real de Juez y del común defensor de oficio nombrado al efecto y que frente a la imposibilidad de determinar a cuál de tales interrogatorios asistieron y a cuáles no, todos son inexistentes, incluido también el correspondiente al otro procesado, Obando Castro.

Así vistas las cosas, es innegable que la relación entre las conclusiones del casacionista y el fundamento de que parte, constituyen apenas una posibilidad, por supuesto, no suficiente para desvirtuar la presunción de legalidad con que llega amparado el juicio a esta Sede. Es que, como lo anota el Procurador, con fundamento en la cortísima distancia entre los lugares en que fueron practicadas las diligencias materia de cuestionamiento, las facilidades de movilización del juez y el abogado, la cortísima extensión y duración de estas injuradas –una consta de 2 y 1/2 folios y la otra de 1–, dando lugar a que tan precarios interrogatorios y respuestas puedan verbalizarse en instantes y en otro pueda levantarse el acta, surgen, entonces, razones suficientes para entender la intangibilidad de la legalidad de las actuaciones en entredicho, con todo y lo inusual del tiempo empleado en la elaboración, el cual, dicho sea de paso, sólo posee tal carácter para el censor.

Sin que la observación de la Corte implique una proposición en orden a plantear particulares trascendencias o convalidaciones en los vicios que afectan el debido proceso, demuéstrase aún más la carencia de comprobación en la irregularidad que sustenta el cargo, a la que se ha venido haciendo referencia, con la ausencia de denuncia oportuna del vicio, a pesar de la posibilidad para ello que tuvieron los

defensores de confianza designados por los implicados, quienes si bien cuestionaron las indagatorias, lo hicieron por su contenido, mas no por las condiciones de producción, es decir, no ven el tipo de irregularidad alegada por el impugnante, ni siquiera el otro recurrente en casación, quien formula demanda por aspectos diversos a los de la nulidad del juicio, con todo y que al aducirse la ilegalidad de las indagatorias, en ella son comprendidas todas las que aparecen en el proceso.

Es así, entonces, que el vicio, sustento de la causal alegada, no encuentra demostración; menos, referida a la totalidad de las indagatorias, como se pretende con la solicitud de la invalidación integral de la actuación. En este orden de cosas, pues, resulta imperativo mantener la legalidad del fallo acusado, declarando que el cargo no prospera.

Las razones anteriores, igualmente, son el fundamento para desestimar el segundo cargo de nulidad formulado al fallo, consistente en que se violó el derecho a la defensa. Si él, de acuerdo con el planteamiento que se hace en la demanda, aparece determinado por la imposibilidad de que el defensor de oficio designado para la asistencia de los procesados en indagatoria, por las circunstancias en que se dice fueron practicadas, pudiera haber asistido a ellas y esto no encuentra demostración, como antes se expuso, la causal no puede prosperar.

2. Demanda en nombre de Ricardo Escobar Laverde

Varias son las deficiencias que acusa el libelo en la proposición y desarrollo del cargo, por medio del cual se busca la casación parcial de la sentencia, en favor de este procesado.

Consistiendo el reproche en que se violó de modo directo la ley sustancial, en cuanto fueron aplicados indebidamente los artículos 268, 270, 61 y 67 del Código Penal y el 34 de la Ley 2ª de 1984, toda vez que reconociéndosele a Escobar la diminuente prevista en la última de las disposiciones citadas, ella fue aplicada sobre el incremento punitivo de 4 años, *reduciéndolo en la mitad*, que por virtud de las circunstancias de mayor punibilidad consagradas en el artículo 270 del Código Penal, se había hecho a partir de la imposición de la pena mínima señalada para el secuestro extorsivo en el artículo 268, de 6 años, con lo cual terminó fijándose, como pena total la de 8 años, es lo cierto que el recurrente no impugna ni la selección de las normas llevada a cabo por el sentenciador, ni su interpretación, limitándose a sostener, en demostración del cargo, que la diminuente reconocida a su representado, ha debido afectar la pena básica impuesta, aminorándola de una tercera parte a la mitad, para, a partir de ahí, realizar los incrementos correspondientes a las circunstancias de mayor punibilidad.

Esta disconformidad del recurrente, no satisface las exigencias para la alegación de la violación directa en el sentido al que alude. En efecto, el error de subsunción, entendido como la no coincidencia entre los hechos procesalmente reconocidos con los condicionantes del precepto aplicado, en que consiste la aplicación indebida de la ley, no encuentra demostración en la demanda.

El planteamiento, en este sentido, que ofrece el recurrente, no va más allá de la elaboración de un cálculo personal de cómo ha debido ser tasada la pena, pero, de modo alguno, orientado a concretar y evidenciar los errores del sustanciador, dentro del marco de la causal que se invoca. Por eso mismo, resulta en extremo relevante para la suerte de la censura, la omisión en señalar qué norma de tipo sustancial exige que la diminuente de punición reconocida en la sentencia deba aplicarse sobre la pena mínima imponible por el tipo básico, o que los incrementos deban hacerse a partir de un subtotal en que se computen previamente las diminuentes, lo cual equivale a concluir que, del argumento del censor, no se establece cuál es la fuente legal de la fórmula de tasación punitiva que aduce como correcta y a la que ha debido acudirse en la sentencia.

Tampoco, como lo advierte la Procuraduría, se indica cómo, al proferirse sentencia de reemplazo, de ser acogidos los razonamientos del censor, la pena que allí se impusiera no excedería la señalada en el fallo, o fuera igual, pues las agravantes genéricas del artículo 66 del Código, deducidas en la sentencia de primera instancia, las cuales fueron halladas procedentes por el Tribunal, en cuanto ninguna objeción le merecieron, en la tasación personal que hace el recurrente, no son tomadas en cuenta, pero, a la Corte sí le obligarían en el evento de tener que erigirse como Tribunal de Instancia.

Son, pues, este tipo de imprecisiones, desconocedoras de los principios que orientan el recurso de casación, las que llevan a concluir la improsperidad de este cargo.

3. El alegato de no recurrente

Las razones anteriormente expuestas, en cuanto el defensor de Jorge Andrés Obando Castro coadyuva en su alegato las demandas presentadas en nombre de los restantes procesados, constituye suficiente respuesta a sus planteamientos.

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.

Dídimo Páez Velandia, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael I. Cortés Garnica
Secretario

* * *

Violación directa / Demanda de casación – Técnica

Cuando se intenta impugnar un fallo por violación directa de las leyes sustanciales, el casacionista debe aceptar los hechos tal como aparecen probados en el proceso, pero esto no quiere decir que no pueda mencionar pruebas para efectos de fundamentar sus ataques.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Doctor *Edgar Saavedra Rojas.*
Aprobada Acta número 017, del 13 de marzo de 1991.
Bogotá, trece de marzo de mil novecientos noventa y uno (1991).

Vistos

Por sentencia del tres de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve del Juzgado Tercero Superior de Aduanas y tres de abril de mil novecientos noventa proferida por el Tribunal Superior de Aduanas, se condenó a Fernando Felipe Salas como responsable de los delitos de contrabando y falsedad por uso en concurso material.

Se interpuso oportunamente el recurso extraordinario de casación, que fue concedido y posteriormente admitido por esta Corporación. Presentada la demanda fue declarada ajustada. Se escuchó la opinión del Procurador Delegado, quien solicitó no se casara el fallo.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia procede a resolver lo pertinente, luego de hacer una síntesis de los siguientes

Hechos

El veintinueve de mayo de mil novecientos ochenta y ocho miembros de la Policía Nacional retuvieron en esta ciudad un automóvil Chevrolet Monza, que al ser examinado por los técnicos resultó ser de contrabando, pues se demostró que las plaquetas de identificación eran falsificadas, lo mismo que las placas y la matrícula.

estableciéndose que el vehículo era de fabricación venezolana y que el presunto manifiesto de importación correspondía en realidad a unos aparatos ortopédicos.

Actuación procesal

Se abrió proceso penal por auto del diecisiete de junio de mil novecientos ochenta y ocho.

Indagado Fernando Felipe Salas Quin, se decretó su detención preventiva por auto del trece de agosto de mil novecientos ochenta y ocho.

Se dictó resolución de acusación por contrabando y falsedad por uso, por providencia del veintitrés de febrero de mil novecientos ochenta y nueve.

Realizada la audiencia pública se condenó al procesado por sentencia del tres de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve y abril tres de mil novecientos noventa.

La demanda de casación

Al amparo de la causal primera el impugnante plantea un único cargo contra la sentencia al considerar que se presenta una violación directa de la ley sustancial por ser la providencia *"violatoria del artículo 222 del Código Penal en vigor* (que es norma sustancial), *al haberse aplicado indebidamente aquél, como consecuencia de haber dado el juzgador por existentes la totalidad de los elementos estructurantes de tal hecho punible, cuando denota ausencia de antijuridicidad material. Incurrió en error de juicio en forma directa"*.

En la demostración del cargo luego de hacer un análisis jurídico del delito de falsedad, concluye que la adulteración del documento tachado de falso fue muy burda y que por tanto no era susceptible de causar perjuicio y por tanto siendo inocua la conducta, carece de antijuridicidad.

Son sus argumentos los siguientes:

"Se predica como tal; toda falsificación documental, que carezca de poder ofensivo, esto es, que no pueda en la realidad atacar contra 'el poder probatorio de la verdad'. Y en tales condiciones se debe obligadamente registrar, al documento aquel que, como en el caso *sub judice*, resulta burdo en su elaboración, pues basta mirar el mismo, para, de primera mano, a simple vista, apreciar su falsedad.

"En efecto, no a otra conclusión se puede llegar, sin necesidad de ser experto, para advertir lo espurio de un documento, en cuyo cuerpo, en un mismo sector, se aprecia la mención de tres oficinas de tránsito todas distintas, Roldanillo, Convención (N. de S.) y Bogotá (DATT), lo cual al romper, a simple vista (*ictu oculi*), lleva a la desconfianza y a ningún mérito al documento, pues es imposible la producción de un documento así, en condiciones tales. Carece, por ende, de todo virtuosismo para vulnerar el bien jurídico tutelado de la fe pública en ese concreto aspecto, pues sus contenidos *ab initio*, lo desmienten."

Los argumentos del Procurador Delegado

El Colaborador Fiscal solicita no se case la sentencia impugnada y para llegar a tal conclusión razona de la siguiente manera:

"Propone el impugnante la violación directa de la ley sustancial por indebida aplicación de la ley, al condenarse a Fernando Felipe Salas Quin por el delito de falsedad documental, en la modalidad de uso. Hace depender el cargo de la actitud del juez de segunda instancia al aceptar como 'existentes la totalidad de los elementos estructurantes de tal hecho punible, cuando denota ausencia la antijuridicidad material...', lo cual lo condujo a la comisión de un 'error de juicio en forma directa'.

"Para demostrar el cargo recurre al análisis crítico de la licencia de tránsito número 159824 obrante a folio 52, infiriendo de la evaluación de los elementos de la falsedad, imitación y perjuicio, que tal documento 'resulta burdo en su elaboración, pues basta con mirar el mismo, para, de primera mano, a simple vista, apreciar su falsedad', razón por la cual 'ni por la forma, ni por los contenidos tenía potencialidad el documento de marras para inmolar la fe pública, ni tan siquiera, para ponerla en serio peligro. Y si no resultaba punible su elaboración en circunstancias tales, con mayor razón su mero uso...'. La premisa presentada es la falsedad inocua, cuya concurrencia obstaculiza la presencia de la antijuridicidad material, pues el medio de prueba aludido 'no tiene capacidad para lesionar o poner en peligro el interés protegido por la ley...'.

"Con los presupuestos esbozados, en criterio de la Delegada yerra el actor cuando plantea la violación directa de la ley por aplicación indebida. Para el efecto es preciso observar la naturaleza de la violación directa de la ley. Ocurre ésta cuando la norma sustancial se infringe de manera inmediata, sin intermediación de hechos y de su prueba. Por lo tanto es de su incumbencia sólo la ley, ya porque no fue aplicada, o se aplicó indebidamente o se interpretó erróneamente. Es punto ineludible la aceptación por el recurrente de que los hechos se plasmaron correctamente en el proceso y el material probatorio fue valorado correctamente.

"En el evento en examen es claro que el impugnante al estructurar el cargo recurre a la valoración de la licencia de tránsito que obra a folio 52, que como tal constituye una prueba. En realidad, es un medio de prueba. De su evaluación, es que indica la violación de la ley sustancial por indebida aplicación. E incluso aduce el medio, 'error de juicio...' del juez.

"Con esta configuración el error de técnica en que incurre el casacionista es protuberante, al introducir en una impugnación por violación directa consideraciones propias de la interpretación sobre el alcance de una prueba, contraponiéndose al alcance dado por los jueces de primera y segunda instancias. Si bien éstos no plasmaron un párrafo expreso sobre los aspectos enunciados en la demanda de casación, al estimar que el documento aludido era espurio y se usó puniblemente, se partió de la convicción de que en su confección tuvo los rasgos necesarios de una imitación, cuya potencialidad de engañar era suficiente para vulnerar la fe pública.

"Tergiversó el sentido de la violación alegada el casacionista al realizar una estimación probatoria cuya discusión no pertenece a esta sede. Con ello no dejó

indemne la apreciación de la prueba hecha por el juez o los fundamentos de hecho, los cuales en la infracción directa se dan por establecidos. Cualquier disquisición en este sentido para demostrar la violación desquicia el cargo o lo introduce por senderos propios de infracción mediata de la ley sustancial, máxime cuando el mismo censor alude a la ocurrencia de un 'error de juicio...', que es propio de ésta.

"Sobre este punto la Corte ha sido clara y reiterativa en señalar que 'en todas las hipótesis de la violación directa de la ley, el recurrente que alega este quebranto en casación, acepta los hechos en la forma plasmada en el fallo; discute o controvierte sus consecuencias jurídicas, vale decir discute únicamente la escogencia de la norma por el fallador, o el contenido que éste le atribuye en la sentencia. Quien aduce esta violación *no impugna la prueba* y muestra la conformidad con los hechos tal como se hayan configurado en el fallo motivado de la censura, esto es que el demandante los acepta, discrepando sólo del sentenciador en cuestiones relativas a la aplicación de la norma, o de la interpretación jurídica de su contenido' (Sala de Casación Penal, sentencia del 26 de enero de 1977).

"En cuanto a la modalidad invocada, también se ha sostenido por la Corte que 'en la aplicación indebida el error del fallador recae sobre la selección de la norma sustancial aplicada, es decir, en la adecuación de ella al caso concreto por no ser la que lo contempla o subsume...' (Salas de Casación Penal, febrero 20 de 1985, M.P. Fabio Calderón Botero. En igual sentido, sentencia de marzo 15 de 1988, M.P. doctor Jorge Carreño Luengas).

"Advirtiendo las precisiones realizadas a nivel jurisprudencial y teniendo en cuenta que la impugnación efectuada contra la sentencia de segundo grado proferida por el Tribunal Superior de Aduanas privilegia en la demostración del cargo un análisis puramente probatorio, desvirtuando la naturaleza de la violación directa, no queda otra alternativa que solicitar a la Corte NO CASAR la sentencia que fue objeto del recurso de casación. Es patente que el actor erró en la invocación de la causal mencionada, porque como vale reiterarlo, en la violación directa no se impugna la prueba habida en el proceso. Cuando así se hace o se realiza la más leve crítica a ellos, la censura se desvía hacia la violación indirecta."

Consideraciones de la Sala

Es cierto que esta Corporación ha sostenido de manera reiterada que cuando se intenta impugnar un fallo por la vía directa, esto es, por violación directa de las leyes sustanciales, el casacionista debe aceptar los hechos tal como aparecen probados en el proceso y por tanto le está vedado hacer tachas y consideraciones sobre la apreciación que de las pruebas hizo el juzgador. Debe entenderse esta posición doctrinaria de la Corte en el sentido de que el casacionista acepta no sólo los hechos sino la apreciación probatoria que de los medios de convicción se hicieron en la sentencia, es decir que no formula críticas de haberse apreciado erróneamente una prueba o haberla dejado de estimar o habérsele dado un valor distinto del que la ley le asigna o fustigar el proceso legal de formación o aducción de la prueba.

Pero el hecho de sostener la doctrina que se comenta no quiere decir o indicar que el casacionista no pueda mencionar pruebas para efectos de fundamentar sus ataques

en relación con la violación directa de la ley que propone; esto sí es posible, siempre y cuando, como ya se advirtió, que acepte la apreciación probatoria que sobre dicho medio de convicción se hizo en las instancias.

Por lo anterior no comparte la Sala el concepto emitido por su muy distinguido colaborador fiscal, porque no es cierto que el demandante incurra en errores de técnica, pues si bien es verdad que dirige el ataque por infracción directa de la ley, no falta a la técnica del recurso cuando menciona un medio de convicción, partiendo precisamente del análisis probatorio que de él hacen las instancias, para de esa manera tratar de demostrar la ausencia de antijuridicidad y consecuentemente la infracción directa de la ley.

Habría incurrido en la falta de técnica que denota el Procurador si hubiera cuestionado el valor probatorio de los dictámenes y documentos con los que se demostró la existencia del delito de falsedad, pero este ataque no se formula por el impugnante, sino que por el contrario, partiendo de dichos documentos termina por concluir que la falsedad es muy burda y que en tales circunstancias no podían darse perjuicios, ni posibilidades de falsear la verdad y que como consecuencia de tales circunstancias se trata de una falsedad inocua por ausencia de antijuridicidad.

Si el demandante no ha incurrido en los errores de técnica advertidos por el Procudador Delegado es preciso que la Corporación proceda a analizar el cargo en la plenitud de sus argumentaciones. Debe precisar la Sala que el procesado no fue detenido por las autoridades al advertirse la burda falsificación de la matrícula del vehículo, de acuerdo con el criterio del impugnante, sino que llamó la atención de los aprehensores en razón de que el vehículo presentaba características similares a los que son ensamblados en la República de Venezuela y en el informe de decomiso se destaca precisamente que se tomó tal decisión por tener el automóvil los sistemas de identificación falsos. Pero hasta ese momento no se ha advertido aún que las placas son igualmente falsificadas y también el documento de matrícula.

En relación con el documento de matrícula debe advertirse que el formato es original, ya que el Intra informó que la licencia número 159824 fue enviada a Zipaquirá y ya sobre esta base se comienza a concluir que la pretendida inocuidad del documento no existe tal como lo predica el impugnante. Fue indispensable que las autoridades de tránsito de Convención informaran que el vehículo distinguido con las placas NL 7470 no se hallaba inscrito en dicha localidad, fue necesario que los técnicos determinaran que tales chapas habían sido falsificadas integralmente, al igual que la plaqueta de serie y la de la cabina, fue preciso que la Registraduría del Estado Civil informara que el cupo numérico 19767224 corresponde a Mompós y que aún no se ha expedido cédula con dicho número y que por tanto el que aparece en la matrícula del vehículo a nombre de Rodolfo Carrascal Torrado es falsificado.

Fue indispensable que la Oficina de Tránsito de Roldanillo informara que la placa NL 7470 aún no ha sido asignada, para que se pudiera concluir en la falsedad documental.

La evidencia de la falsedad de la matrícula, de las plaquetas de identificación y de las placas, surge como consecuencia de los informes oficiales que rindieron los diversos despachos públicos y de los varios dictámenes técnicos realizados. Con tales

pruebas es claro entonces que surge con absoluta certidumbre que el documento es adulterado, al igual que las plaquetas de identificación y las placas, pero no precisamente de la burda falsificación material que predica el censor para de allí concluir en la ausencia de antijuridicidad, porque como se puede evidenciar fueron necesarias pluralidad de pruebas para poder demostrar la falsedad.

Sólo con la ayuda de un experto y con los datos que se recogieron en el curso de la investigación se concluyó en la falsedad del tantas veces citado documento y de los demás elementos de identificación del automotor. Tantos visos de autenticidad tiene el mencionado documento que los policías que decomisaron el vehículo hablan de la falsificación de las plaquetas, pero no se atreven a hacer igual afirmación en relación con la matrícula.

De las anteriores consideraciones forzosamente se ha de concluir que la falsificación no es inocua, sino que por el contrario tiene visos de verosimilitud y por tanto tiene la capacidad de falsear la realidad, tanto que el vehículo en tales condiciones tuvo la oportunidad de circular durante varios meses sin que hubieran advertido las autoridades de las irregularidades que presentaba el automóvil y los documentos de identificación del mismo, recuérdese que el automotor fue comprado en abril y sólo en el mes de junio fue retenido.

En las condiciones anteriores se ha de concluir que no se presentó una infracción directa de la ley penal y que por tanto, tal como lo solicita el Fiscal de la Corporación, pero por razones diversas de las esgrimidas por él, no se casará el fallo impugnado.

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.

Dídimo Páez Velandia, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael Cortés Garnica
Secretario

* * *

IMPEDIMENTO

Si el concepto se emite dentro del proceso, el funcionario sólo está cumpliendo con la función que la misma ley le impone y, por tanto, no puede declararse impedido para seguir conociendo del mismo.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Carreño Luengas.*
Aprobada Acta número 017, del 13 de marzo de 1991.
Bogotá, D.E., marzo catorce (14) de mil novecientos noventa y uno (1991).

VISTOS

La doctora Nidia López de Salamanca, integrante del Tribunal Superior de Aduanas se declaró impedida para conocer en segunda instancia del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Primero Superior de Aduanas de Bogotá, dentro del proceso adelantado contra Jaime Rojas Ramírez y otros por el delito de contrabando.

Fundamenta su impedimento la honorable Magistrada en lo dispuesto en el artículo 103-4 de. C. de P.P., o sea, por haber manifestado su opinión sobre el asunto materia del proceso.

Expresa la doctora López de Salamanca que ella en su calidad de Fiscal del Juzgado Primero Superior de Aduanas, emitió concepto de fondo previo a la calificación del sumario con resolución de acusación y que por ello ahora en su calidad de Magistrada se siente impedida para conocer de la segunda instancia de la sentencia proferida dentro del mismo proceso.

El Tribunal Superior de Aduanas, con un salvamento de voto, consideró infundado el impedimento manifestado por la honorable Magistrada y expresó con apoyo en reiterada jurisprudencia de la Corte que el concepto u opinión que genera impedimento es el emitido por fuera de la correspondiente actividad funcional, y no aquel que debe manifestar el juez o fiscal en ejercicio de los deberes propios de su cargo, o en acatamiento a los mandamientos legales. Agrega el Tribunal que la doctora López conceptuó en su calidad de Fiscal dentro del mismo proceso en el

momento de su calificación y que por ello nada le impide conocer ahora de la sentencia, pues no se trata de revisar su propia decisión.

Consideraciones de la Corte

La institución de los impedimentos y recusaciones procura ante todo garantizar la imparcialidad e independencia del juez frente al caso sometido a su consideración. Los tribunales y jueces por cuyo conducto se ejerce la potestad punitiva del Estado deben ser, por sobre cualquier otra consideración, imparciales y por ello deben declararse impedidos cuando concurran en ellos alguna o algunas de las causales de recusación que señala el C. de P. Penal. Si el juez no se declara impedido, las partes tienen el derecho de recusarlo.

Pero el juez no puede declararse impedido, ni las partes pueden recusarlo por cualquier motivo, sino por las claras, precisas y taxativas razones que consagra el artículo 103 del C. de P. Penal.

Las normas legales, igualmente establecen que las causales de impedimento predicables de los jueces son aplicables a los agentes del Ministerio Público.

En el caso concreto que se examina, la doctora López de Salamanca considera que se encuentra impedida para conocer en segunda instancia de la sentencia mediante la cual el juez de aduanas dio por terminado el proceso y por el hecho de haber emitido como fiscal concepto dentro del mismo proceso en el momento de su calificación legal.

Sin embargo, como atinadamente lo consigna el Tribunal en su decisión, la razón aducida no constituye causal de impedimento que autorice a la honorable Magistrada a separarse del conocimiento del proceso.

Como bien lo recuerda el Tribunal, la Corte ha sostenido en jurisprudencia pacífica y reiterada que el concepto que inhabilite al funcionario es aquel que se profiere extraproceso, es decir, por fuera de él, y siempre que sea de tal naturaleza que comprometa el criterio del funcionario en relación con el punto que ha de ser objeto de su decisión.

Si el concepto se emite dentro del proceso, el funcionario sólo está cumpliendo con la función que la misma ley le impone y, por tanto, no puede declararse impedido para seguir conociendo del mismo. Tal situación se presenta en todos aquellos juicios donde el juez, el Tribunal o la misma Corte, profieren la resolución de acusación y por voluntad de la ley deben dictar la sentencia dentro del mismo proceso, sin que exista impedimento al respecto.

En reciente decisión, la Corte ratificó este planteamiento, precisando que el concepto es opinión que no constituye causal de impedimento, es el emitido dentro del mismo proceso con las excepciones que consagra la ley.

Dijo la Corte:

"Debe aclararse que la exigencia legal para la aceptación del impedimento que se analiza es que la opinión haya sido expresada extraprocesalmente, pues bien es sabido por reiterada jurisprudencia de esta Corporación que la opinión emitida en un mismo

proceso no es causal de impedimento, excepto el caso especial de impedimento consagrado en el artículo 535 del C. de P.P. y artículo 34 del Decreto 1861 de 1989" (auto, febrero 20 de 1991, M.P. Edgar Saavedra Rojas).

Como en el caso sub examine, *el concepto emitido por la honorable Magistrada López de Salamanca no es extraprocesal, sino que fue proferido dentro de las excepciones del artículo 535 del C. de P.P. modificado por el artículo 34 del Decreto 1861 de 1989, no puede constituir causal de impedimento que la autorice como integrante de una sala única a separarse del conocimiento del juicio penal en segunda instancia.*

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que no se trata de que la funcionaria deba revisar su propia decisión, lo que sí constituiría causal de impedimento, porque la sentencia de primera instancia que es objeto de apelación fue proferida por funcionarios diferentes, sin la intervención de la Magistrada López de Salamanca, actuando como fiscal.

Además, debe tenerse en cuenta que aunque los Agentes del Ministerio Público son sujetos procesales con titularidad para intervenir en el juicio penal, no son "contraparte" de nadie, puesto que ellos en el juicio no sostienen intereses particulares, sino los de la Nación y la sociedad que representan y que no son otros que los de procurar la sanción de quienes hayan quebrantado la ley penal o asumir la defensa de las personas acusadas sin justa causa.

Por lo anterior, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, declara INFUNDADO el impedimento manifestado por la honorable Magistrada del Tribunal Superior de Aduanas, Nydia López de Salamanca, para separarse del conocimiento del presente proceso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Dídimo Páez Velandia, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael Cortés Garnica
Secretario

* * *

Revisión / Prescripción

Cuando se dispone la revisión no son aplicables las normas sobre prescripción de la acción penal.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel.*
Aprobada Acta número 016, 8 de marzo de 1991.
Bogotá, D.E., marzo quince (15) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Vistos

El Juzgado Primero Penal del Circuito de Girardot, mediante sentencia de febrero 18 de 1987, condenó a Ismael Enrique Peña Galvis a la pena principal de tres (3) años de prisión y multa de cinco mil pesos ($5.000.00), como responsable del delito de elaboración de estupefacientes previsto en el artículo 38 inciso 1° del Decreto 1188 de 1974.

Por vía de consulta, el Tribunal Superior de Bogotá confirmó la decisión anterior en proveído de junio 5 de 1987.

Contra esta sentencia que se encuentra debidamente ejecutoriada, se interpuso el recurso extraordinario de revisión, el cual procede la Sala de Casación Penal a resolver.

I. Hechos

Fueron resumidos por el Tribunal así: "Las autoridades de Policía Judicial Unidad de Estupefacientes de esta ciudad, el día 5 de diciembre de 1979, se trasladaron a la localidad de Girardot, en este departamento, y en sus afueras en la finca denominada 'La Marianita' de propiedad de los esposos Luis Antonio Duarte Amézquita y Beatriz Amézquita de Duarte, pero arrendada a Ismael Enrique Peña Galvis, incautaron elementos propios para el procesamiento de cocaína, como también la cantidad de aproximadamente cinco kilogramos de esta sustancia, cuyo experticio técnico dio un 33% de concentrado".

II. Actuación procesal

Inicialmente el sumario fue instruido por el Juzgado Setenta y Siete de Instrucción Criminal radicado en Girardot, quien vinculó mediante indagatoria a Siervo Humberto Jiménez, celador de la finca y, a Ismael Peña Galvis, arrendatario de la misma, declarándolo reo ausente. Posteriormente por cambio ordenado por la Seccional de Instrucción Criminal, el Juzgado Quince de Instrucción Criminal declaró reos ausentes a Constanza Ramírez Vásquez y Alonso Elías Ramírez Vega, coarrendatarios del inmueble.

El Juzgado Primero Penal del Circuito calificó el mérito del sumario con sobreseimiento temporal para todos los vinculados a la investigación, en auto de marzo 9 de 1983. El 15 de septiembre de 1984, sin que se hubiera podido practicar ninguna prueba, cerró nuevamente la investigación. El día 3 de diciembre del mismo año, capturaron a Alonso Elías Ramírez Vega y fue puesto a disposición del juez en las dependencias del DAS. Tres días después, el mismo funcionario calificó el mérito del sumario, sin oír la versión del detenido y dispuso lo siguiente: sobreseyó en forma temporal y por segunda vez a Siervo Humberto Jiménez, Constanza Ramírez Vásquez y Alfonso Ramírez Vega, a quien puso en libertad bajo caución; llamó a juicio a Ismael Enrique Peña Galvis, como responsable del delito consagrado en el artículo 33 inciso 1° del Decreto 1188 de 1974.

En el período probatorio de la causa no se practicó ninguna diligencia, y agotada la audiencia pública, la juez que reemplazó al anterior funcionario dictó sentencia condenatoria contra Peña Galvis, en su condición de reo ausente, el 18 de febrero de 1987, la cual fue confirmada por el Tribunal Superior al conocer en consulta.

El 12 de febrero de 1990, el condenado llegó al aeropuerto de la ciudad de Cúcuta procedente de Bogotá y al verificar en la pantalla del DAS, encontraron que tenía orden de captura expedida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Girardot, razón por la cual quedó detenido y fue trasladado a esa ciudad.

III. Fundamentación de la sentencia

En primera instancia la condena se sustentó en estas consideraciones:

"Frente a esos actos punibles aparece responsable Ismael Enrique Peña Galvis, cuya ausencia al proceso pese al tiempo transcurrido desde la incautación de la droga –diciembre 5/79– a la fecha resulta por demás diciente. A más se sabe que fue la persona principal que tomó en arrendamiento la finca 'La Marianita', en donde se encontraron los elementos apropiados para el procesamiento del alcaloide y los cuatro kilos sobrados de cocaína base ya elaborada. Los dueños de la finca bajo la gravedad del juramento han sido contestes en precisar que fue Ismael Peña el gestor del contrato respectivo y Siervo Humberto Jiménez, contratado por él como vigilante, lo señala igualmente como la persona que daba órdenes e indicaba quiénes podían entrar a la casa principal, lugar donde se guardaban los equipos y estupefacientes, al tiempo que le prohibía su ingreso.

"La descripción que dan los arrendadores y dueños de la finca al serles exhibida la fotocopia de la cédula del mismo, visible a folio 202, no deja duda de que se trata

del promotor de los hechos investigados y que los datos personales allí estampados responden a los del acusado quien de otra resulta aún más comprometido con el hecho de que al firmar el contrato de arrendamiento no era la suya, pues respondió al señor Adriano Ortiz Caicedo, descartado por los testigos como el arrendatario.

"Por lo antes considerado infiere el despacho que en el presente caso se encuentra legalmente producida la prueba para condenar que demanda el artículo 215 del C. de P.P., porque está demostrado el cuerpo del delito y se allegó prueba suficiente e idónea que señala con fuerza de plena convicción que fue Ismael Enrique Peña Calvis uno de los autores del punible objeto del proceso."

En segunda instancia, el Tribunal estima en el fallo que hay plena prueba, porque el imputado no se presentó a rendir descargos y además porque se identificó con un documento que no le correspondía. Textualmente dice: "Pero surge, además, la prueba de responsabilidad que lo compromete de manera ostensible con la explicación suministrada por Siervo Humberto Jiménez, quien fuera contratado por Peña Calvis para cuidar la finca, con la advertencia de que no podía pasar a la casa y que permitiera sólo el paso a las personas designadas por él, los cuales abandonaban el lugar siempre en horas de la noche. Todo ello dejó en evidencia que el único responsable de lo que allí sucedía y se encontraba era el procesado, pues quien daba las órdenes, estaba al frente de lo que sucedía, al verse descubierto huye, era él".

IV. La demanda de revisión

El impugnante invoca las causales 3ª y 5ª de revisión consagradas en el artículo 231 del Código de Procedimiento Penal.

Respecto a la tercera, el hecho nuevo consiste en que para la fecha en que aparece suscribiendo el contrato de arrendamiento, agosto 14 de 1978, se encontraba detenido en la estación de policía de Medina (Cundinamarca), por un altercado que tuvo en estado de embriaguez.

En cuanto a la causal quinta, sostiene el demandante que el contrato de arrendamiento no fue firmado por su poderdante y por lo tanto dicho documento es falso. Además los funcionarios no advirtieron que la fotocopia del contrato que se allegó al expediente en 1980 aparece autenticada con fecha 8 de agosto de 1984.

Anexa, para que se tengan como pruebas, la copia del contrato de arrendamiento, la certificación de la estación de policía de Medina (Cundinamarca) y la constancia de la denuncia formulada por el delito de falsedad en documento privado. Además, solicita que se practique una inspección judicial a los libros del comando de policía para que se ratifique la certificación aportada, un cotejo grafológico y reconocimiento en fila de personas entre su representado y los señores Beatriz Amézquita de Duarte, Luis Antonio Duarte y Siervo Humberto Jiménez.

V. Pruebas decretadas y practicadas

De las pruebas aportadas y solicitadas por el defensor únicamente se admitieron las siguientes: la diligencia de inspección judicial sobre los libros de registro de la

estación de policía de Medina; el reconocimiento en fila de personas; la certificación expedida por la Policía sobre la retención del condenado en agosto 14 de 1978. De oficio se ordenó solicitar información al Juzgado Treinta y Nueve de Instrucción Criminal, con el fin de saber si en las diligencias realizadas por la denuncia formulada por el apoderado de Peña Galvis había sindicado individualizado.

De las pruebas ordenadas se practicaron las que a continuación se relacionan, con su correspondiente resultado.

1o. Inspección Judicial a los libros de la estación de policía de Medina en la cual dice en la parte pertinente:

"Dentro de estas hojas o folios cuyas anotaciones tienen secuencia o continuidad, a los folios u hojas 16 y 17 la siguiente anotación que dice: 'Día 14 mes 08 año 78 horas 15:00. Conducción: A esta hora del perímetro urbano fue conducido el señor Ismael Enrique Peña Galvis, natural de Guasca, Cundinamarca, profesión agrologo (sic), casado, residente en la calle 51 No. 16-14 de Bogotá, portador de la cédula de ciudadanía número 17093938 de Bogotá, fue conducido por embriaguez y riña en vía pública'. Sigue otra anotación de conducción del señor Juan Jiménez Osorio, quien fue entrado a las 17:00 horas del mismo día. Más adelante y a continuación se encuentra la siguiente anotación que dice 'día 15 mes 08 año 78 horas 10:00. Libertad: a esta hora fue dejado en libertad el señor Ismael Enrique Peña Galvis, por orden del señor comandante de la estación. Salió sin novedad'. A continuación sigue una anotación..."

2o. El reconocimiento en fila de persona sólo fue posible con el testigo Siervo Humberto Jiménez Jiménez, quien textualmente dijo:

"Señor juez, en la fila de personas que tengo presente, que tengo a la vista, y que he observado con detenimiento, no se halla la persona de Ismael Enrique Peña Galvis, a quien me referí en un proceso que se adelantó en Girardot, ya que el señor Peña Galvis, quien me contrató a mí como administrador de la finca 'La Marianita' ubicada en las afueras de Girardot, es alto, de aproximadamente de 1,70 de estatura, delgado, de tez morena."

Después de reordenar la fila agregó: "Como lo dije anteriormente, en la fila que tengo de presente por segunda vez, y que he observado en forma detenida, no se encuentra la persona a que me referí en la declaración o declaraciones que rendí en un proceso que se adelantó en la ciudad de Girardot".

3o. El oficio dirigido al Juzgado Treinta y Nueve de Instrucción Criminal fue respondido negativamente.

VI. Alegatos de las partes

Unicamente presentó alegación el apoderado del condenado, y en él, además de los argumentos que expone, solicita que se tenga en cuenta un memorial presentado oportunamente por el anterior abogado.

En el primer escrito se insiste en que la inspección y la diligencia de reconocimiento son pruebas suficientes para demostrar la inocencia del condenado y consti-

tuyen pruebas nuevas que no fueron conocidas en las instancias. Reitera el planteamiento sobre la falsedad del contrato de arrendamiento y asegura que la declaración de la señora Beatriz Amézquita de Duarte es falsa en cuanto afirma que la finca "La Marianita" la tenía arrendada.

En el memorial presentado posteriormente, el apoderado coadyuva lo dicho en el anterior y lo complementa con un análisis sobre la falta de defensa de su representado, por la ineficacia del DAS para ubicarlo y los informes presentados que no corresponden a la verdad, pues él se encontraba llevando una vida normal, sin ocultarse a las autoridades y sin alterar la realización de sus compromisos personales y profesionales.

Destaca nuevamente que la persona que se procesó no es la misma que se encuentra detenida y que ello se evidencia con las pruebas nuevas y con las recaudadas durante la investigación, de las cuales hace una detallada crítica. Lamenta que habiendo capturado al correndatario Alfonso Ramírez Vega, no se le hubiera recibido siquiera una declaración.

La petición es que se ordene la revisión del proceso y se conceda la libertad referida en el capítulo octavo de la demanda.

VII. Consideraciones de la Sala

Para establecer la trascendencia de las pruebas aportadas en el trámite del recurso, es muy importante partir de las circunstancias que motivaron la vinculación al proceso de Ismael Enrique Peña Galvis como reo ausente, por eso a ellas nos referiremos a continuación:

Según el informe de la Policía Judicial, el 4 de diciembre de 1979 capturaron a varios sujetos en un apartamento de la ciudad de Bogotá en poder de seis (6) kilos de cocaína, y por labores de inteligencia, tenían indicios de que esa droga había sido traída a la capital desde una finca ubicada en Girardot, razón por la cual resolvieron desplazarse a ese lugar y penetrar a su interior, operación en la cual encontraron cinco (5) kilos de materia prima para procesar cocaína y un equipo de laboratorio apto para ese fin.

La única persona que se encontraba en la finca era el celador Siervo Humberto Jiménez, quien quedó detenido y rindió una exposición en la cual informó que el inmueble era de propiedad del doctor Alberto Duarte French, pero en ese momento lo tenía en arriendo al señor Ismael Peña, individuo que lo contrató para que se encargara del aseo y cuidado del inmueble.

En la indagatoria, Jiménez Jiménez explicó que desde el 29 de septiembre de 1978 había empezado a cuidar la finca, que recibía un salario de cinco mil pesos ($5.000.00) mensuales, y que Ismael Peña le había dicho cuatro meses atrás que cuando fueran unos muchachos los dejara entrar, los cuales efectivamente estuvieron en unas cinco oportunidades en la casa del fondo, pero él tenía prohibido pasar para allá. Sobre su patrón dice que sólo estuvo allí una vez, como al mes de estar trabajando para él, y lo describe así: "... es alto, de un poco más o menos uno con setenta, es delgado...".

Llamado a declarar Luis Antonio Duarte Amézquita, hijo de los dueños de "La Marianita", aportó fotocopia de un contrato de arrendamiento sin autenticar, en el cual figuran como arrendatarios Ismael Enrique Peña Galvis, con cédula de ciudadanía número 17093716 de Bogotá; Constanza Ramírez Vásquez, cédula de ciudadanía 41729414 de Bogotá, y Alfonso Ramírez Vega, cédula de ciudadanía 17070153 de Bogotá. El declarante dice haber visto a Peña Galvis por no más de tres minutos y lo describe como de "aproximadamente unos cuarenta (40) años de edad, regular de estatura, tez trigueña, más o menos bien vestido, creo que el pelo es negro, más bien delgado sin llegar a flaco, me parece que estaba sin bigote" (fl. 133). A los coarrendatarios no los conoció.

La señora Beatriz Amézquita de Duarte, propietaria de la finca, dice en su testimonio que arrendó el bien a Ismael Peña desde el 15 de julio de 1978, cliente que le recomendó el comisionista Alvaro Doncel. Describe al arrendatario así: "... un señor no muy alto es Ismael Peña, se pudiera decir que como de mi estatura; con tacones, de 1,68 con tacones, poco más o menos era como así de alto... más bien delgado, moreno, por ahí como de unos 35 años, y 38 años, me dijo que era soltero, de nariz avileña (sic) más bien, yo pienso que los ojos eran oscuros, porque eran morenos, poquito como manchadito, yo lo vi tres veces, el día que entregué la finca, el día que fue a contarnos lo de la bomba, y la otra vez que fue a pagarnos el arriendo y que teníamos que preguntarle (sic) al arrendatario sobre la finca porque se iba para México" (folio 209).

El deponente Alvaro Doncel Reyes niega haber presentado a Peña Galvis a los arrendadores y afirma que no lo conoce, ni estuvo presente el día de la entrega. Aclara que él es arrendatario del resto del inmueble, excluidas las casas y tiene allí varios cultivos.

El número de la cédula de ciudadanía del condenado es 17093938 de Bogotá, y el número anotado en el contrato es 17093716 el cual, según la Registraduría Nacional del Estado Civil, pertenece a Adriano Ortiz Caicedo. No obstante esta ostensible diferencia, el jefe de la División de Identificación envió fotocopia de las dos tarjetas decadactilares y de la del coarrendatario Alfonso Elías Ramírez.

Las fotos de las tres tarjetas fueron mostradas a los testigos, para que dijeran cuál de ellos era Ismael Peña, con el siguiente resultado:

Siervo Humberto Jiménez contestó: "No, doctor; ellos no son, ninguno de ellos es" (fl. 231).

Beatriz Amézquita de Duarte dijo: "el primero y el último son dos rostros completamente desconocidos; el segundo (se refiere a la fotocopia que obra al folio 202), me da como la impresión como en un algo, de una persona conocida, me da la impresión de haberlo vista (sic), no es del todo desconocida para mí, tengo una vaga idea de esa persona, se me hace como parecida a alguien, pero no puedo decir exactamente quién es, ni puedo decir en dónde lo haya visto, únicamente que me impresionó" (folio 224).

Luis Antonio Duarte Amézquita respondió: "En cuanto a la foto que se me pone de presente y que obra al folio 201 del expediente, manifiesto que no corresponde a

ninguna de las personas, es decir a Ismael Enrique Peña. En cuanto a la foto que aparece a la hoja 202, puedo manifestar al juzgado que de manera general podría corresponder al vago recuerdo del rostro y fisonomía del señor Ismael Enrique Peña, pero que no obstante no podría asegurar a este Despacho que lo es. Y en cuanto a la foto que aparece al folio 203, no le veo ningún parecido con el señor Ismael Enrique Peña, ni haberlo visto en ninguna parte".

Alvaro Doncel Reyes manifestó: "No, doctor; no es ninguna".

Como ya se vio, estas pruebas permitieron afirmar a la juez que dictó la sentencia de primera instancia, que no había ninguna duda de que Ismael Enrique Peña era uno de los autores del punible investigado, conclusión que luego comparte el Tribunal, en decisión bastante discutible, pero desde luego amparada por la presunción de legalidad y justicia que corresponde a las sentencias mientras no se demuestre lo contrario utilizando los recursos pertinentes.

En el contrato figura que fue suscrito el 14 de agosto de 1978 en Girardot. Luis Antonio Duarte asegura que fue firmado en su apartamento de soltero ubicado en Bogotá en la calle 43 número 15-50, pero luego agrega que no recuerda si los arrendatarios firmaron antes o después que él y que en el momento exacto de las firmas no estaba presente. Beatriz Amézquita de Duarte sostiene que la finca se la arrendaron a Ismael Peña a partir del 15 de julio de 1978, y que firmó el contrato un sábado en el momento en que se la entregaron y se hizo el inventario, oportunidad en la cual estuvo presente Alvaro Doncel; pero éste asevera que eso no es cierto y que no le consta nada sobre el contrato, ni conoce al arrendatario.

El demandante aportó una certificación expedida por el comandante de la estación de policía de Medina (Cundinamarca), sobre el registro de la detención de su poderdante, de las tres de la tarde del 14 de agosto de 1978 al día siguiente de la mañana, por embriaguez, y riña en vía pública. La veracidad del contenido del documento fue constatada por la inspección judicial practicada al libro llevado en la estación de policía. De acuerdo con esta prueba, el condenado difícilmente podía estar el mismo día firmando el contrato en Girardot, pues aunque no figura la hora, la distancia entre las dos poblaciones y la situación de embriaguez son aspectos que se deben tener en cuenta.

Sin embargo, no es una prueba que tenga la contundencia suficiente para remover la cosa juzgada, porque, como se observa, no hay precisión sobre el día y el momento en que se produjo la firma del contrato, y nada impide en este tipo de documentos privados que sean suscritos en oportunidades diferentes de la que hacen figurar en él. Además como no están autenticadas las firmas ni fue cancelado el impuesto correspondiente, se carece de elementos de juicio para inferirlo con certeza.

La diligencia de reconocimiento en fila de personas, entre el detenido y su supuesto empleado Siervo Humberto Jiménez, constituye una prueba nueva y definitiva para determinar que el proceso debe revisarse, pues cómo puede desconocerse que el testigo dice que en la fila no está la persona que lo contrató para cuidar la finca, agregando a esto que ni la descripción dada en la indagatoria, ni las descripciones aportadas por los arrendatarios, tienen el más leve parecido con las características

personales del que ahora está pagando la pena, persona de sólo un metro con cincuenta y nueve centímetros de estatura.

Ahora bien, como se le juzga en calidad de reo ausente y con fundamento en la observación de la fotocopia de la cartilla decadactilar de una cédula cuyo número no correspondía exactamente al consignado en el contrato —aunque el nombre sí—, no hay duda de que la individualización del presunto responsable es muy endeble, razón por la cual la categórica negativa del reconocimiento personal adquiere una mayor dimensión. Y es aún más si recordamos que ninguno de los declarantes afirma que se trata de la misma persona, siendo el de Luis Antonio Duarte el testimonio más comprometedor, simplemente dice que la foto podría corresponder al vago recuerdo que tiene de Ismael Peña, a quien no vio sino por unos tres minutos, pero, como es obvio, no se atreve a asegurarlo.

De otra parte, las explicaciones dadas por el celador de la finca son infantiles y por lo mismo inaceptables. Quién puede creer que él tenga un patrón del cual no sabe dónde vive ni a qué número telefónico puede llamarlo, y además sólo lo vio una vez en un año; un vigilante que deja entrar a unos muchachos que no conoce, ni tiene idea de quiénes son; así mismo, es tan obediente que a la casa que debía cuidar le dijeron que no se acercara y por lo tanto no sabía qué tenían allá.

No lo son menos las dadas por la propietaria de la finca y su hijo, pues ellos contrataron con un arrendatario a quien conocieron el día que le entregaron el bien objeto del contrato, documento suscrito por unos coarrendadores que nunca conocieron y de los cuales tampoco tenían ninguna referencia sobre su domicilio, su actividad laboral, etc., y como prueba de que en ese momento no tenían la tenencia de la casa destinada a la elaboración de cocaína, aportaron al proceso la fotocopia del supuesto contrato en agosto de 1980, con un sello de autenticación en el que dice que fue tomada de un original, con fecha agosto 8 de 1984. No se explica la Sala semejante negligencia e ingenuidad en un funcionario instructor, que admite como válidas esas explicaciones y no se le ocurre investigar los múltiples vacíos y contradicciones existentes de modo ostensible. Lamentablemente la acción penal por la posible ilicitud en el comportamiento de los jueces que intervinieron está prescrita, por lo tanto no se compulsarán copias.

En lo único que todo estuvieron de acuerdo (incluidos los jueces) fue en escudarse en el nombre "Ismael Enrique Peña Galvis", consignado en la fotocopia del contrato, sin siquiera detenerse a observar que la firma contenida en él es totalmente diferente de la de la tarjeta decadactilar que se utilizó para el irregular reconocimiento, observación para la cual no se necesita ser perito porque basta la simple confrontación.

Es importante recordar que cuando se dispone la revisión no son aplicables las normas sobre prescripción de la acción penal, pues no se puede desconocer que ya hubo una sentencia, luego no es predicable del Estado la inactividad que se sanciona con esa medida. Así mismo, nada impide que el nuevo fallo, el cual debe producirse, sea igualmente condenatorio, dada la oportunidad que se ofrece para practicar nuevas pruebas.

La situación del condenado a quien se le autoriza la revisión de la sentencia (salvo por la causal segunda) debe ser resuelta con similar decisión, en la cual se determine si en realidad atendiendo a los nuevos elementos de juicio es o no responsable. Sería absurdo que no existiendo límite de tiempo para interponer el recurso extraordinario, la simple concesión de él permitiera la cesación del procedimiento por prescripción, dando lugar así a una muy expedita vía para la impunidad y cambiando la finalidad que le da razón de ser a este especial medio de impugnación.

Por las consideraciones precedentes, se ordenará la revisión de la causa a partir del auto que abrió el juicio a prueba, inclusive, y se concederá la libertad provisional del recurrente, mediante caución prendaria que garantice su presentación a la autoridad que lo requiera por razón de este proceso.

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 REVISIÓN del proceso seguido contra Ismael Enrique Peña Galvis, en los términos fijados en la parte motiva, y designar para llevarla a cabo al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Girardot, a donde será remitido el expediente por conducto del Juzgado de origen.

Segundo

DECRETAR LA LIBERTAD PROVISIONAL del condenado Ismael Enrique Peña Galvis, previa caución prendaria por valor de dos salarios mínimos y suscripción de la diligencia en la cual se comprometa a presentarse ante la autoridad que lo requiere por razón de este proceso. La libertad se hará efectiva siempre que no esté solicitado por otro despacho. Para estos fines se comisionará al Juez Primero Penal del Circuito de Espinal.

Notifíquese y cúmplase.

Dídimo Páez Velandia, Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Edgar Saavedra Rojas, Juan M. Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael Cortés Garnica
Secretario

* * *

PENA – Rebaja / VIOLACIÓN DIRECTA

La falta de aplicación de la Ley 48 de 1987 sobre rebaja de pena, no conlleva el quebranto directo de ninguna otra norma legal sustantiva.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Doctor *Guillermo Duque Ruiz.*
Aprobada Acta número 019.
Bogotá, D.E., veinte (20) de marzo de mil novecientos noventa y uno (1991).

Conoce la Sala del recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 21 de marzo de 1990, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, condenó a Martha Lucía Valencia de la Roche a 24 meses de prisión por el delito de hurto.

ANTECEDENTES

Entre los meses de abril y diciembre de 1986, Martha Lucía Valencia de la Roche, cajera de la Sección del "proyecto de periferia" de la firma "Distribuidora de Aceites y Grasas Bogotá" (Dacegra), que se encarga de distribuir los aceites, grasas y jabones que fabrica la empresa "Lloreda Grasas S.A.", con sede en Cali, se apoderó paulatinamente de dinero efectivo por la suma de $10.676.379.00, y para ocultar esos hurtos cada vez falsificaba los documentos contables correspondientes.

La investigación de esos hechos fue asumida por el Juzgado 71 de Instrucción Criminal de Bogotá, que, una vez capturada e indagada Valencia de la Roche, dictó en su contra auto de detención por falsedad y abuso de confianza, "en concurso", decisión que repuso a instancias del apoderado de la parte civil, en el sentido de que la falsedad no concurría con dicho delito sino con el de hurto "agravado por la confianza". El mismo juzgado cerró la investigación y calificó su mérito con resolución acusatoria por los punibles citados, más al revisar por apelación el proveído, el Tribunal revocó y cesó procedimiento en cuanto a la falsedad, confirmando el enjuiciatorio por el hurto. Dijo al respecto que como "las adulteraciones" documentales siempre se llevaron a cabo con posterioridad al apoderamiento de los dineros, las mismas "carecen de relevancia jurídica" (fls. 30-2).

Ya la causa en el Juzgado 9º Penal del Circuito de Bogotá, se celebró audiencia y con fecha 14 de diciembre de 1989 se dictó fallo de primer grado, por medio del cual se condenó a la procesada a la pena principal de 38 meses de prisión, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, al pago de $10.676.379.00 por perjuicios, y se le negó la condena de ejecución condicional (fls. 568 y ss. del cuaderno número 1), sentencia que, recurrida en apelación por la defensora, fue confirmada por el Tribunal mediante la suya que recurrió en casación ella misma, pero con las modificaciones de fijar la pena en 24 meses de prisión, y en $20.285.120.10 la cuantía de la condena en perjuicios y que realmente corresponde al avalúo hecho por el perito (fls. 507 y siguientes).

La demanda

Alega la casacionista violación directa de la ley por falta de aplicación del artículo 1º de la Ley 48 de 1987, "e igualmente de los preceptos 1º, 6º, 20 del Código Penal, y del inciso 2º del artículo 26 de la Constitución Nacional", y afirma que se ha debido conceder a su representada la rebaja prevista en la norma primeramente mencionada, "debido a que los hechos se empezaron a cometer en el mes de abril de 1986 y la rebaja debe otorgarse a los hechos punibles cometidos antes del 1º de julio de ese año".

Se apoya en un auto de esta Sala sobre la aplicación, por favorabilidad, de las "leyes temporales" (mayo 10 de 1982, Magistrado Ponente, doctor Reyes Echandía), y pide que al casar parcialmente el fallo, se imponga a la procesada pena de 20 meses de prisión.

La delegada y consideraciones de la Sala

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal señala en primer lugar que la mención de las normas del Código Penal y de la Constitución Nacional, que se indican como igualmente inaplicadas al todo del artículo 1º de la Ley 48 de 1987, resulta "poco técnica", pero es intrascendente, ya que "la inaplicación de la disposición en comentario no guarda correlación específica con ninguna otra norma de derecho sustancial, salvo las reglas sobre la sentencia misma y su contenido. Por manera que la falta de aplicación de la norma sobre rebaja de pena no conlleva el quebranto directo de ninguna otra norma legal sustantiva".

Luego dice la delegada que "el sentenciador de las instancias tomó el fenómeno como un concurso de hechos punibles según la regla del artículo 26 del Código Penal, criterio en el que cada acto completo de realización del tipo penal agota la descripción del tipo y permite fundar la imputación penal hecha", y agrega:

"Si lo anterior es supuesto no controvertido, también lo será el de que hubo hechos constitutivos de hurto agravado –conforme calificaron el hecho las instancias– tanto antes del 1º de julio de 1986 como después de esa fecha límite para la concesión de la rebaja de pena por indulgencia."

Y en seguida enfatiza la Procuraduría el carácter de la ley que se reclama dejada de aplicar, que "no tiene vigencia hacia el futuro", sino "al contrario sus efectos cubren hechos acaecidos antes de su expedición y sólo puede aplicarse exclusivamente a

ellos. Es una ley de efectos retroactivos, como se infiere del artículo y que no es aplicable a hechos sucedidos con posterioridad a su vigencia como ocurre con toda ley".

"Admitir la argumentación del recurrente en esta materia –precisa la Delegada– llevaría a dejar de aplicar el texto del artículo 1° de la Ley 48 de 1987, en donde se dice que el beneficio es para delitos 'cometidos antes del 1° de julio de 1986', so pretexto de remediar la inaplicación que hizo el sentenciador de las instancias, en forma correcta como se ve, pues la serie de actos posteriores a la fecha indicada inhibe jurídicamente la utilización del texto legal para conceder la rebaja de pena..."

Pide entonces mantener el fallo.

La Delegada tiene razón y es poco lo que hay que agregar a su concepto. En efecto, el artículo 1° de la citada Ley 48 de 1987, norma que tilda de inaplicada la demandante, dice:

"Concédese una rebaja de pena de la sexta parte de la pena privativa de la libertad impuesta o que llegue a imponerse por delitos cometidos antes del 1° de julio de 1986."

A partir de diciembre 4 de 1987, fecha en que empezó a regir la susodicha ley, opera la rebaja de pena en ella prevista para los delitos (excluidos los relacionados en su artículo 3°) cometidos antes del 1° de julio de 1986. Y esta ley no predetermina su fecha de vigencia, motivo por el cual no es acertado considerarla (como lo hace la casacionista) como "ley temporal", cuya característica es, de acuerdo con la doctrina, la de "prefijar su auto abrogación".

Tampoco es dable la cita que se aprecia en la demanda de preceptos constitucionales y legales sobre el principio de favorabilidad, pues éste, es bien sabido, se vislumbra sólo en eventos de tránsito de legislación, que en modo alguno entraña la expedición de la ley "papal", como se le conoce, la cual se limitó a otorgar, "hacia atrás", una merma de pena para determinados delitos.

Ahora bien: la señorita De la Roche fue condenada por un concurso de hurtos (son varios delitos, y no uno sólo, como lo da a entender la censura, al señalar que la delincuencia "comenzó" antes del 1° de julio de 1986) que transita, en el tiempo, de abril a diciembre de 1986.

Entonces, si varios de esos delitos materia del fallo atacado, los cometió la procesada después del 1° de julio del referido año, resulta apenas obvio que esos hurtos "posteriores" se encuentran, por disposición expresa de la misma norma cuya aplicación se reclama, *excluidos de la rebaja de pena, orden de ideas dentro del cual es fácil entender que el cargo no prospere.*

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

RESUELVE:

No CASAR la sentencia impugnada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Cúmplase.

Julio E. Rozo Rozo, Conjuez; *Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael Cortés Garnica
Secretario

* * *

Nulidad / Casación

No es aceptable en Casación y en materia de nulidad que el censor impetre su declaratoria, sin rigor, ni precisión alguna.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Enrique Valencia M.*
Aprobada Acta número 0019.
Bogotá, marzo veinte (20) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Vistos

Está acusada ante la Corte, la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, el treinta y uno (31) de mayo de mil novecientos noventa (1990), por medio de la cual confirmó la dictada por el Juzgado Doce (12) Penal del Circuito de esta ciudad, en enero treinta y uno (31) de la misma anualidad, si bien modificándola en el sentido de imponer al acusado Luis María Fonseca Mayorga, treinta (30) meses de prisión, en lugar de los veinticuatro (24) meses que como pena principal le había fijado el Juez del conocimiento, como autor responsable del delito de hurto agravado.

Declarado admisible el recurso extraordinario de casación, interpuesto y sustentado por el defensor de Fonseca Mayorga, y agotada la tramitación correspondiente, ha de resolverse ahora sobre lo que sea de ley. En su concepto, la Delegada impetra desestimar las razones de la impugnación, según argumentos de los cuales hace eco el representante de la parte civil en su alegato para impetrar similar decisión (fls. 37 a 47 y 39/40, cdno. Corte).

Hechos y actuación procesal

Con apego a las constancias del proceso, los resume así el señor Procurador Tercero (3º) Delegado en lo Penal:

"... Se ejercitó la acción penal por Luis María Fonseca Mayorga al instaurar denuncia el 21 de enero de 1988 (fl. 2). En ella señaló que al regresar de vacaciones colectivas en enero de 1988 notó faltantes de mercancías depositadas en las bodegas de la empresa "Dilacol", por monto de $24 000.000.00. Así mismo de $65.000.00

dejados en su escritorio. Para el efecto no advirtió que se hubiera utilizado violencia alguna, suponiendo la utilización de las llaves pertinentes. Informó además que el 18 de diciembre se efectuó inventario de mercancías de la empresa en cita, pues ese día salió todo el personal a descanso. Ello no fue óbice para que el 21 de diciembre estuviera en la empresa, con autorización del gerente, con el fin de sacar dos vehículos para efectos del mantenimiento anual. Que una vez realizada esta actividad cerró la bodega y depositó las llaves en una caja de seguridad del edificio de administración y las llaves de las bodegas internas las dejó en el escritorio, con el dinero del fondo de empleados...".

"... Con fundamento en tal denuncia comenzó una acuciosa indagación preliminar que concluyó con la apertura de investigación en agosto 8 de 1988 (fl. 134), por el Juzgado Ochenta de Instrucción Criminal. Luego se recibió indagatoria a Luis María Fonseca Mayorga (fls. 274 ss.) y se le definió situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva, sin derecho a libertad provisional (fls. 297 y ss. 307). Apelada la determinación se confirmó integralmente (fl. 12 cdno. Tribunal)... Previo el cierre de la investigación, se profirió resolución acusatoria en auto fechado en septiembre 11 de 1989 (fl. 88 cdno. 2) En firme la determinación, se avocó conocimiento por el Juzgado 12 Penal del Circuito y se abrió el juicio a pruebas (fl. 105 cdno. 2) y dentro del lapso señalado por la ley para el efecto, la defensa solicitó algunas, entre ellas las declaraciones de Diego Vélez Gil y Ramiro Vélez Gil, así como ampliación de declaración de la doctora Marta Elena Hoyos de Naranjo (fl. 106 cdno. 2). El juez ordenó la práctica en la audiencia pública de todas las pedidas por la defensora (fl. 113 cdno. 2). A fin de lo ordenado, se efectuaron las citaciones de rigor. Ante la imposibilidad de llevar a cabo la vista pública se señaló el 30 de noviembre para efectuarla, volviéndose a reiterar las comunicaciones para la práctica de las pruebas. En esta fecha tan solo se recibieron las declaraciones de Judith Ustariz y Noé Pelenje Palechor. En los aspectos restantes la diligencia en cita se desarrolló por los cauces legales, concluyéndose el 16 de enero de 1990 (fls. 131 y 157 cdno. 2). Es de anotar que se recibió telegrama fechado 27 de noviembre y recibido el 29 de noviembre de 1989, en el cual los hermanos Diego Vélez Gil y Ramiro Vélez Gil se excusan por no poder asistir a la audiencia pública a rendir testimonio, toda vez que se encuentran en Medellín donde es su domicilio, plasmando la dirección (fl. 130 cdno. 2). También en relación con Martha Elena Hoyos se adjunta certificado médico en que se señala que por intervención quirúrgica por practicar el 16 de noviembre, le será imposible su asistencia a la audiencia (fl. 137)... En la situación esbozada, el Juzgado Doce Penal del Circuito, en enero 31 de 1990 profirió sentencia condenatoria contra Luis María Fonseca Mayorga por el delito de *hurto agravado*, en concurso. Impuso 24 meses de prisión como pena principal, las accesorias de rigor, y en concreto el pago de los perjuicios causados con la infracción. También lo absolvió por otros cargos contra el patrimonio económico. El Tribunal Superior de Bogotá, con proveído de fecha mayo 31 de 1990 (fl. 25 cdno. Tribunal), impuso 30 meses de prisión, concretó en $24.000.000.00 la condena por los daños y perjuicios causados y limitó la pena accesoria señalada al lapso impuesto por la pena principal. Con estas modificaciones y la confirmación en lo demás, el Tribunal Superior de Bogotá despachó la segunda instancia en virtud del recurso de apelación interpuesto por la defensa... Contra la sentencia de segundo grado se interpuso recurso extraordinario

de casación. Admitido y presentada demanda ajustada a la ley, le incumbe a la delegada emitir concepto..." (fls. 27/9, cdno. Corte).

La demanda

La acusación al fallo de segunda instancia, sustentada por el apoderado del inculpado Fonseca Mayorga, aparece enmarcada dentro de la causal tercera de casación, contemplada en el artículo 226 del C. de P.P. concerniente a la nulidad "...por violación del debido proceso y del derecho de defensa...". Los razonamientos ofrecidos por el casacionista para demostrar la censura pueden compendiarse, así:

a) Frente a pruebas que no podían practicarse en audiencia pública, concretamente los testimonios de Diego y Ramiro Vélez Gil, declaraciones pedidas por la defensa en la etapa del juicio, el juzgador insistió en evacuarlas precisamente en los días programados para iniciar el debate oral, dieciséis (16) y treinta (30) de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve (1989);

b) Trae el actor un segundo motivo de inconformidad relacionado con el anterior. Trátase de la ampliación del testimonio de Martha Elena Hoyos de Naranjo, quien citada para el dieciséis (16) de noviembre no pudo asistir por incapacidad para lo cual se trajo, oportunamente, la correspondiente certificación médica. Empero, no fue llamada para el día treinta (30) siguiente, omisión que al decir del impugnante genera violación del derecho de defensa toda vez que su versión "...era fundamental y no se hizo nada para su comparecencia ...". En este orden de ideas, señala el censor que no se aprovechó el lapso de suspensión, ya comenzada la vista pública el treinta (30) de noviembre referido, como última solución para corregir la irregularidad lo cual consolida el vicio generador de la nulidad. Remata su argumentación pidiendo a la Corte casar la sentencia recurrida y declarar la nulidad"... desde el auto de fecha 17 de noviembre de 1989, para que se reponga la actuación, vale decir, se libre el despacho comisorio a la ciudad de Medellín y una vez recibido por el juzgado de conocimiento, se cite para la audiencia pública dentro de la cual se recibirán los testimonios decretados en la debida oportunidad y de las personas que residen en esta capital. Se recepcionarán los testimonios de las personas que declararon en la audiencia pública realizada el 30 de noviembre de 1989, ya que se hallan afectados del vicio referido..." (fls. 13 a 23, cdno. Corte).

Concepto del Procurador Tercero (3º) Delegado en lo Penal

Después de examinar a espacio los fundamentos y reproches de la acusación, el Ministerio Público contesta el traslado oponiéndose a sus pretensiones, por lo cual pide que se deseche el recurso. De una u otra forma, la Corte se referirá a las apreciaciones del Colaborador Fiscal en los considerandos de esta providencia (fls. 27 a 37, cdno. casación).

Alegato de la parte civil

Haciendo eco de los argumentos y conclusiones de la Delegada, advierte que el recurrente no indica la trascendencia de los testimonios que echa de menos para dejar

sin piso la sentencia toda vez que ésta cuenta con suficiente respaldo en otras pruebas del proceso (fls. 39-40, cdno. 5º).

La Corte

I. *La Sala ha reiterado en varias ocasiones sobre el cuidado que deben tener los recurrentes al invocar en sus escritos la causal de nulidad. Ella, como las demás, posee su propia naturaleza y alcances, por lo que su deprecación ha de estar precedida de un estudio juicioso que demuestre, a plenitud, la clase de vicio presentado y su incidencia procesal que habrá de alcanzar las categoría de mayúscula.*

Presentada de tal manera la proposición jurídica, la Corte habrá de examinarla, siguiendo el camino trazado por el censor. Sin embargo, si al estudiar el cargo propuesto bien por este motivo ora por otro enmarcado en diferente causal, encontrare un motivo de invalidación distinto, podría, en guarda de su facultad oficiosa, analizarlo con autonomía, imponiendo, si es el caso, el remedio procesal de rigor. Tal el linde que marca las atribuciones de esta colegiatura en dicho aspecto.

La razón es potísima:

La casación no es una tercera instancia en la que le está permitido a la Sala revisar en su integridad el proceso sometido a examen. De hacerlo así, desvirtuaría la esencia de su misión, convirtiéndose en un fallador más que, contrariando su función, escudriña sin tasa ni medida la totalidad de la cuestión jurídica. Prohíjarlase una revisión sui generis *del proceso, creándose un paralelismo singular entre la censura de la parte y la intervención de la Corte, híbrido que consulta tanto la oposición extraordinaria como la tarea instancial.*

II. *Así las cosas, no es aceptable en casación y en materia de nulidad que el censor impetre su declaratoria, sin rigor ni precisión ninguna. Una correcta planificación y un ordenado examen del vicio alegado con todas sus incidencias deben presidir el pedido de invalidación. No bastan, entonces, enunciados generales ni solicitudes indiscriminadas. Equivocado, júzgase el criterio que atribuye a una mera invocación abstracta, despojada de todo tecnicismo, la prioridad de su estudio. Dando un paso más en el racionamiento, el casacionista deberá indicar dentro de moldes específicos, la clase y fundamento de la nulidad que aduce y su adecuación particular frente a las fallas del proceso.*

En rededor del tópico en cuestión, ya esta Sala de la Corte precisó:

"...1. No basta presentar la demanda alegando alguna nulidad, para que la Corte deba proceder a la revisión oficiosa de toda la actuación procesal para determinar si se incurrió en ella en alguna causal de nulidad. No es ése, en manera alguna, el alcance del inciso 2 del artículo 227 del Código de Procedimiento Penal en el que se dice que la Corte podrá declarar nulidades oficiosamente. El recurso de casación 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 porqué 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. La tramitación oficiosa de nulidades en casación es una facultad discrecional del Magistrado Sustanciador, que podrá ejercer cuando a su juicio haya méritos suficientes para ello...".

"...2. El recurso de casación es una demanda contra las sentencias del Tribunal, no una tercera instancia, y esto es lo que determina las características específicas del mismo. Para nuestro caso, conviene aclarar las siguientes.../ a. Sólo procede por las causales taxativamente señaladas en la ley, que de acuerdo con el artículo 15 del Decreto Extraordinario 1861 de 1989, son tres: violación directa o indirecta de la ley sustancial, falta de consonancia de la sentencia y los cargos formulados, y nulidad.../ b. Si se invocan varias causales, cada una debe presentarse en capítulo separado. Igualmente, si cada causal se desenvuelve en varios cargos cada uno de ellos deberá estar debidamente sustentado.../ c. Ni al interior de cada causal, ni entre las distintas causales, podrán plantearse cargos incompatibles entre sí...".

"...3. De acuerdo con los postulados anteriores, cuando se trate de una demanda de casación fundada en la causal de nulidad, deberán cumplirse los siguientes requisitos:.../ a. El recurrente deberá señalar con toda precisión la clase de nulidad invocada, dentro de las que se encuentran las siguientes: falta de competencia, violación del debido proceso, violación del derecho de defensa, violación del principio de legalidad en el delito o la pena, violación del principio de favorabilidad, o falta de motivación de la sentencia.../ b. Con relación a cada uno de los eventos mencionados, indicar en forma clara y precisa los fundamentos de ella, citando las normas que el recurrente considere infringidas, así:.../ Cuando se trate de falta de competencia, deberán darse las razones por las cuales se considera no haber sido competente el funcionario que conoció el proceso, diciendo porqué la falta de competencia tiene prevista como sanción legal la nulidad, teniendo en cuenta la etapa procesal en que ella se haya dado, y las decisiones que dentro del proceso se hayan tomado por las autoridades encargadas de dirimir los conflictos que se hubieren suscitado por esta causa.../ En el caso de violación del debido proceso, se debe establecer la comprobada existencia de una irregularidad sustancial, que son las que afectan la estructura que tipifica el sistema mixto que lo informa. Tales, por ejemplo, la falta de apertura de la investigación; de vinculación del procesado; de existencia de una etapa de investigación y otra de juicio, y de una etapa probatoria y de una audiencia pública dentro de éste; de formulación de cargos; de sentencia, y de posibilidad de recurrir a una segunda instancia, cuando no se trate de procesos de única instancia.../ En la violación del derecho de defensa se deberá determinar la actuación procesal que se considera lesiva, especificando la norma que se viola, y determinando con precisión la manera cómo tal violación incidió desfavorablemente en las decisiones tomadas en la sentencia en contra del procesado.../ Cuando se trate de violación del principio de legalidad, en la demanda se deberá determinar la ausencia de norma sustantiva con relación al delito o a la pena a que se refiera la sentencia, en el momento en que ocurrieron los hechos.../ Si se alega la falta de aplicación del principio de favorabilidad, se deberá determinar no sólo la norma que fue indebidamente aplicada, sino la que se debe aplicar en su reemplazo, dando las

razones jurídicas para ello.../ Si lo que se cuestiona es la falta de motivación de la sentencia, se deberá determinar con toda claridad cuáles de las decisiones en ella contenidas son las que carecen de tal fundamentación, no olvidando que según reiterada jurisprudencia de la Corte para estos efectos la resolución acusatoria y la sentencia, y las sentencias de primera y segunda instancia, deben ser consideradas como una unidad, en aquellos puntos en que las decisiones sean proferidas en el mismo sentido.../ Este mismo tipo de análisis debe realizarse en cualquier otra causal de nulidad que se proponga.../ Si la causal de nulidad alegada no reúne estos requisitos, es decir, no se especifica dentro de ella el evento o los eventos concretos que la constituyen, o si la argumentación desarrollada no corresponde a la naturaleza del evento respectivo, el cargo no podrá prosperar.../ Igual ocurre si el argumento no se desenvuelve a plenitud, constituyendo una proposición jurídica incompleta, pues la Corte no puede sustituir al recurrente en el desarrollo de su demanda. Tal ocurriría, por ejemplo, cuando se alega violación del derecho de defensa, si se demuestra la existencia de una irregularidad dentro del proceso pero no se establece la incidencia que ella haya tenido en las decisiones tomadas en la sentencia en contra del procesado..." *(Auto, enero 31 de 1990, Mag. Pte. Dr. Giraldo Angel).*

III. *Pero más aún, así el casacionista hubiera efectuado su tarea con la precisión necesaria, la no realización de pruebas decretadas en juicio, por petición de una de las partes, no configura* per se, *la consecuencia extrema de la nulidad. El pronunciamiento será favorable tan sólo cuando la probanza excluida tenga la suficiente capacidad para mudar de manera decisiva y concluyente la situación jurídico-penal de la persona imputada. De manera reiterada y exhaustiva —y las sentencias de junio dos (2) de mil novecientos ochenta y uno (1981) y de julio treinta y uno (31) y noviembre veintinueve (29) de mil novecientos ochenta y cinco (1985), son buena prueba de ello así lo ha pregonado la jurisprudencia de esta Sala. En la primera de las doctrinas citadas, con Ponencia del doctor Reyes Echandía, dijo la Corte:*

"...Es cierto, como lo recuerda el demandante, que una de las formas de vulneración del derecho de defensa del procesado, es omitir la práctica de pruebas esenciales para demostrar su inocencia; lo que significa que esta forma de nulidad supralegal...(para aquella época)... no emerge cada vez que el juzgador decide abstenerse de decretar la realización de cualquier diligencia solicitada por las partes, sino cuando la prueba o pruebas omitidas sean por tal modo trascendentales que su registro procesal habría decidido sobre el sentido y alcance del juicio de responsabilidad; por manera que si la prueba negada o simplemente no realizada era impertinente o no habría tenido la virtud de modificar la situación jurídica del procesado en punto a su responsabilidad, tal hecho no tiene la virtud de engendrar nulidad constitucional...".

Pues bien:

Resulta incontrastable en el proceso que ocupa la atención de la Sala, que los testimonios de Diego y Ramiro Vélez Gil, así como el de la doctora Hoyos de Naranjo, solicitados por la defensa en la etapa del juicio, fueron ordenados por el juez del conocimiento para ser practicados en la diligencia de Audiencia Pública. Igualmente lo es que las susomentadas declaraciones no lograron receptarse en aquella oportunidad procedimental pese a las citaciones telegráficas libradas al efecto. También es veraz que el día veinte (20) de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve

(1989), desde Medellín se recibió comunicación de los señores Vélez Gil donde informaban que por tener su domicilio en aquella ciudad les era imposible asistir a la diligencia. Pero en otro sentido no es exacto que para el treinta (30) de noviembre siguiente, no se hubiera citado a Martha Elena Hoyos de Naranjo, por cuanto es visible en el expediente que la citación correspondiente se surtió. Ella es visible a folio 129 del cuaderno No. 2.

Con relación a los testimonios de Diego y Ramiro Vélez Gil, socios de la empresa "Hartung", se inquiría una respuesta a la información suministrada por Jorge Muñoz Pinzón, gerente de la citada organización, en el sentido de que en Medellín, a todos ellos les ofrecieron productos "Christian Dior", precisamente de los sustraídos en las bodegas de la empresa "Dilacol". Jamás se alude al hecho central de la sustracción ni a las circunstancias temporo-espaciales y modales que rodearon la realización del punible ni a nada que tenga relación directa con las modalidades comisivas del mismo.

Y pese a sus esfuerzos, no alcanza a vislumbrar *la Sala*, cómo la omisión de las declaraciones de los hermanos Vélez Gil podría tener la idoneidad suficiente para dislocar el fallo condenatorio y asegurar –si aquello tuviera mérito– la quiebra del mismo. En el supuesto de haberse recepcionado tales testimonios lo único claro que saldría –como bien lo recuerda la Delegada– era la deducción de la actividad de otros intervinientes que concurrentemente participaron en la comisión del mentado ilícito. Ni más ni menos.

De otra parte se tiene que, el testimonio de la doctora Hoyos de Naranjo, carecía de toda enjundia e importancia para los intereses de la defensa. Sus palabras en nada podían paliar o minorar la responsabilidad jurídico-penal del sentenciado. Determinar si después de realizados los hechos se presentaron nuevas sustracciones de mercancías –que es lo que se pretendía verificar con su dicción y en caso positivo, si se ejercitaron o no las acciones legales pertinentes– es situación que en nada incide en lo acaecido con anterioridad. Si aquellas acciones prohibidas y disvaliosas persistían una nueva indagación penal se planteaba encaminada a averiguar la perpetración de ese hecho punible con todas sus circunstancias. Nada más.

Resalta, entonces, sin esfuerzo ninguno, la sinrazón del cargo.

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

RESUELVE:

DENEGAR la casación impetrada.

Devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase.

Dídimo Páez Velandia, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael I. Cortés Garnica
Secretario

* * *

VIOLACIÓN INDIRECTA / PRUEBA – Persuasión racional

Al cambiar la técnica legislativa en el nuevo Código de Procedimiento Penal y no señalarse un determinado valor para las pruebas, es obvio que no se puede atacar por error de derecho una prueba a la que el juzgador apreció racionalmente.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Edgar Saavedra Rojas*.
Aprobada Acta No. 019 de marzo 20 de 1991.
Bogotá, D.E., marzo veintiuno (21) de mil novecientos noventa y uno (1991).

VISTOS

Por sentencia del Juzgado Cuarto Superior de Manizales del dieciocho de mayo de mil novecientos ochenta y nueve se condenó a Juan Jairo Valencia López como autor responsable del delito de homicidio cometido en perjuicio de José Fernando Londoño Londoño.

La anterior decisión fue confirmada con algunas modificaciones, por providencia del Tribunal Superior de fecha doce de julio de mil novecientos noventa.

Interpuesto oportunamente el recurso extraordinario de casación fue concedido, y posteriormente admitido. Presentada la correspondiente demanda se declaró ajustada a las exigencias legales y se escuchó el concepto del Fiscal de la Corporación, quien solicitó no se casara el fallo impugnado.

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

HECHOS

Tuvieron ocurrencia el veintiséis de septiembre de mil novecientos ochenta y nueve en el Bar "Rigoleto" de la ciudad de Manizales, cuando departían el conductor José Hernando Londoño Londoño y las mujeres Ana Mariela Núñez y Elizabeth Morales Martínez en una de las mesas del establecimiento, y en otra bebía licor en solitario el también conductor Juan Jairo Valencia López.

Hacia la medianoche y tratando de lograr la compañía de Elizabeth Morales, cuando ésta compartía con Valencia López, se presentó un pequeño incidente sobre el que no existe unanimidad ni claridad, pero que de todas formas culminó con un ataque de Valencia López con una navaja a su contertulio, que finalmente le ocasionaron la muerte a consecuencia de cinco heridas.

ACTUACIÓN PROCESAL

Por auto del veintisiete de septiembre de mil novecientos ochenta y nueve se dio inicio al proceso penal.

Indagado Juan Jairo Valencia López el veintinueve de septiembre de mil novecientos ochenta y nueve, se decretó su detención preventiva el seis de octubre del mismo año.

Cerrada la investigación se calificó el mérito del sumario con resolución de acusación por el delito de homicidio simple.

Por auto del veintiséis de mil novecientos noventa se confirmó por el Tribunal Superior de Manizales la resolución de acusación.

Realizada la diligencia de audiencia pública sin jurado el cuatro de mayo de mil novecientos noventa se dictaron sentencias de primera y segunda instancia el diecio chó de mayo y el doce de julio de mil novecientos noventa, respectivamente.

LAS ARGUMENTACIONES DEL CENSOR

Al amparo de la causal primera el impugnante presenta dos cargos, uno por violación indirecta de la ley sustancial por error de derecho en la apreciación de las pruebas, por habérsele atribuido a éstas un valor diverso del asignado por la ley; concretamente por no reconocérsele al testimonio de Elizabeth Morales la calidad de plena prueba por haber sido la única testigo presencial, vulnerándose de esta manera el artículo 295 sobre la apreciación y valor probatorio del testimonio; y otro, por violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida de los artículos 323 y 60 del Código Penal. En la demostración del primer cargo enfatiza la importancia del testimonio de Elizabeth Morales para deducir de él que el occiso fue quien presentó una actitud desafiante y colocarse luego en situación de agresor, para obligar al procesado a defenderse justamente de tal ataque. Afirma que la única persona que pudo presenciar la totalidad de los acontecimientos fue la referida testigo y justifica que inicialmente no hubiera mencionado el arma en manos del occiso por supuestas amenazas recibidas de los familiares de éste.

Considera que la errada apreciación probatoria condujo a una vulneración del artículo 26 de la Constitución Nacional por equivocada valoración de las pruebas bajo la perspectiva del artículo 253 del Código de Procedimiento Penal. Considera violado igualmente el artículo 247 *ibidem*, que habla de la prueba para condenar, pues la responsabilidad del procesado fue deducida objetivamente. Estima igualmente violado el artículo 295 del Código de Procedimiento Penal por no dársele ninguna credibilidad al dicho de la anteriormente mencionada testigo.

Que la violación de las anteriores normas procesales condujo a la violación indirecta de los artículos 29 y 323 del Código Penal.

En la demostración del segundo cargo pretende la existencia de una violación directa del artículo 60 del Código Penal que consagra la disminuente de la ira por grave e injusta provocación, dónde plantea que los protagonistas de los hechos estaban pendientes de pasar la noche con la misma mujer, pero que el occiso se había alterado de una manera más violenta agrediendo al procesado, presentándose los resultados ya conocidos. Termina solicitando la absolución del procesado.

El concepto del agente del Ministerio Público

El Procurador Primero Delegado en lo Penal solicitó no se casara el fallo impugnado con fundamento en las siguientes argumentaciones:

"a) Infortunadamente, el escrito del Dr. Arboleda Vélez tiene todas las trazas de un alegato de instancia, pero en manera alguna, cumple las exigencias formales y de fondo, exigidas en una demanda de casación, entendida ésta, como el severo enjuiciamiento a la sentencia de segundo grado.

En efecto:

a. 1) Por mandato del artículo 224, numeral 3º del Código de Procedimiento Penal los planteamientos del censor han de ser claros y precisos y con la mera lectura de la demanda de casación, aflora la duda de si como consecuencia de la casación de la sentencia implorada, el censor reclama para su prohijado sentencia de absolución o de condena, pues como ya se acotó, en la parte final del libelo de demanda, el doctor Arboleda Vélez es enfático en reclamar para su defendido '... Se le absuelva del cargo por el que fue condenado...'; pero, al inicio de su escrito, consignó: '... Como consecuencia del recurso, respetuosamente solicito a la Honorable Corte Casar la sentencia proferida por el Honorable Tribunal Superior de Manizales, en relación con Juan o John Jairo Valencia López y en su lugar se dicte la que corresponda...', vale decir, que al formular la petición que es consecuencia de su demanda, presenta dos posibilidades alternativas que se contradicen en cuanto sobre el mismo material probatorio se buscan conclusiones diversas y divergentes sustancialmente. Ello porque el primer cargo, que no desenvolvió a cabalidad el demandante, se centra en el otorgamiento de una legítima defensa del artículo 29 del C.P. apenas esbozado como se vio, y en el segundo se pretende sobre el mismo acervo de pruebas que se conceda una atenuante de punibilidad como la prevista en el artículo 60 del C.P., pero que se implica responsabilidad penal y la condenación consecuencial.

En síntesis: sentencia absolutoria o condenatoria reclama el casacionista y en este último evento, se tiene:

a. 2) Cuando el censor escoge para atacar la sentencia, la senda de la violación directa de la ley sustancial, le está vedado promover nuevamente un debate probatorio, como quiera que su actividad debe centrarse en quebrar los fundamentos jurídico-legales del fallo, mas no puede controvertir los pilares fácticos del mismo, pues en este punto debe acatar las conclusiones probatorias a que haya arribado el fallador de segundo grado.

No resulta entonces acompasado con la técnica exigente de este recurso, para sustentar el cargo de violación directa de los artículos 60 y 223 del C.P., discutir el valor probatorio asignado por el fallador al testimonio de la exponente Morales Martínez, para desechar los argumentos del Honorable Tribunal e insistir en la fuerza de convicción de esta pieza probatoria, con la cual se demostraría que el hoy occiso fue el provocador y quien desencadenó la reacción violenta de Juan Jairo Valencia López.

El fallador de segundo grado, sobre este específico tópico, dio por establecido:

'... La pretensa ira e intenso dolor que el *a quo* predica en favor del procesado, la ha estribado en el dicho de la "testigo" Elizabeth Morales Martínez, otorgándole una credibilidad que desde el procesatorio se le había restado. Y ello por la flagrante contradicción que se advierte. Dijo el procesado que cuando el imperfecto se acercó a la mesa, "... cogió a Elizabeth de una mano y *la tiró al suelo*", al paso que la testigo adujo que "el muerto me cogió de la mano muy brusco...", sin que aluda a que fuera arrojada al suelo, pues esto apenas sí sucedió porque alguien la empujó, golpeándose contra una mesa "... quedando como muerta...". Y si esto es así ¿cómo pensar en darle credibilidad? el simple cotejo de la versión que suministra el procesado desde su ingreso al establecimiento y el testimonio(?) que propuso "la testigo" hace recelar de su veracidad. No hay acuerdo en aspectos centrales y fundamentales de la narración... Elizabeth en modo alguno se ha hecho acompañar de la verdad en su "testificación"...' (fl. 253).

Así pues, esta valoración probatoria del testimonio de la declarante Morales Martínez, efectuada por el Honorable Tribunal, debe ser aceptada sin reparos por el recurrente, si pretende como es el caso de autos, criticar la sentencia, por el sendero de la violación directa de la ley sustancial.

Los protuberantes errores de técnica en la presentación de la demanda, puntualizados antes, serían más que suficientes para determinar la improsperidad del recurso.

b) Pero, además, frente al primer cargo endilgado a la sentencia, es preciso decir:

Protuberantes errores tanto de forma como de fondo, irremediablemente conducen al rechazo frontal de este cargo. Entre los primeros, se pueden anotar:

b. 1) Hasta el cansancio ha repetido la Honorable Corte que cuando se ataca la sentencia, acudiendo a la senda de la violación indirecta de la ley sustancial, es imperioso para el casacionista citar todas las disposiciones tanto procedimentales como sustantivas, supuestamente agraviadas en el fallo criticado.

Esta operación se conoce como integración de la proposición jurídica completa, con todos los elementos legales llamados a gobernar la situación controvertida. Síguese de lo dicho que el señalamiento de estas disposiciones no puede ser arbitrario ni incoherente, pues mal podría integrarse una proposición jurídica completa con elementos que no estén firmemente ligados entre sí.

Para el preciso evento que nos ocupa, resulta inexplicable la pretensión de construir una proposición jurídica completa con disposiciones de tan diversa índole, cuya ligazón se desconoce en absoluto. La cita entre las disposiciones presuntamente

agraviadas del artículo 26 de la Constitución Nacional, viene a colmar la confusión del censor, pues adviértase que bajo el cargo primero, el recurrente le está irrogando al sentenciador errores *'in judicando'* y el agravio al artículo 26 de la Carta Fundamental siempre se ha venido planteando como un error *'in procedendo'*, pues el texto constitucional ha consagrado en esencia las garantías procesales fundamentales, y el principio de favorabilidad según lo ha definido la jurisprudencia nacional, y es en tal sede como se debe examinar la cuestión como resulta obvio decirlo.

b. 2) Además, el cargo por violación indirecta de la ley sustancial, impone al casacionista la indeclinable obligación a atacar todos los fundamentos probatorios de la sentencia impugnada, pues si permanece incólume, uno de éstos y es suficiente para soportar el fallo impugnado, es fácil comprender que el defecto de legalidad que se plantea de la sentencia, no tiene la virtud de infirmar el fallo en casación.

El Doctor Arboleda Vélez centró sus esfuerzos en tratar de demostrar el posible mérito de convicción que pudiese aparejar la atestación de Elizabeth Morales Martínez, mas no tuvo en cuenta el resto del material probatorio obrante en autos. De haberlo examinado se hubiera percatado de inmediato que los pilares probatorios de la sentencia de segundo grado, seguían inconmovibles, aun admitiendo –en gracia de discusión– las críticas que el censor ha endilgado a la sentencia de segundo grado respecto del testimonio antes citado.

No podría llegar el sentenciador de segundo grado a conclusiones diferentes a las que arribó, persistiendo en autos, testimonios como los de John Jairo Rodríguez, Luis Hernando Giraldo, Ana Maricla Núñez y Jorge Bergel Mejía, en especial este último, quien manifestó:

'... el occiso se paró de la mesa para darle a esa niña (Elizabeth Morales Martínez) una porción de pollo, la cogió de la mano y en esas se paró el agresor y sacó una navaja y sin mediar palabra alguna entre estos dos sujetos, el agresor empezó a darle navaja, es decir, chuzones con una navaja que sacó como del bolsillo de su pantalón y le migó por detrás, continuando por delante del tórax, explicó, le dio parado por detrás y como cayó al suelo se le fue encima para seguir dándole ahí...' (fl. 29).

b. 3) En cuanto dice relación con el fondo mismo del cargo propuesto, conviene relevar:

Atribuir al sentenciador de segundo grado, falso juicio de convicción, porque no le reconoció al testimonio de Elizabeth Morales Martínez la calidad de plena prueba, es un verdadero desatino pues la ley, en parte alguna, le tiene conferido al testimonio, pleno mérito de convicción, pues el convencimiento que tal pieza procesal pueda llevar al ánimo del fallador se ha dejado al prudente arbitrio de éste, instándolo tan sólo a proceder, siguiendo las normas de la 'sana crítica'.

Ya vimos cómo, haciendo uso de su prudente arbitrio, con atendibles razones, compartidas integralmente por esta Delegada, el Honorable Tribunal Superior de Manizales le restó todo mérito probatorio a la declaración de Elizabeth, dadas las abultadas contradicciones en que incurrió frente al dicho del acusado, con quien pretendió solidarizarse.

Así las cosas, el Honorable Tribunal acató al pie de la letra, el mandato contenido en el artículo 295 del C. de P.P.:

'Corresponde al Juez apreciar la credibilidad del testimonio, teniendo en cuenta los principios de la sana crítica, entre ellos las condiciones del objeto a que se refiere el testimonio, las personales y sociales del testigo, las circunstancias en que haya percibido el hecho y en que haya rendido la declaración'.

b. 4) Desde luego, a todo defensor se le conceden ciertas licencias, se le otorgan determinados privilegios, se le permiten algunas demasías, mas no se le puede tolerar la alteración de la verdad que fluye de los autos.

Resulta por ello, inadmisible la conducta del censor, cuando para fundar su aserto en el sentido de que a la atestación de Elizabeth Morales Martínez debe reconocérsele el valor de prueba plena, arguye como fundamento que '... fue la única testigo que presenció los hechos de principio a fin...', cuando la verdad es que esta declarante, ni fue testigo único, ni presenció los hechos de principio a fin. El expediente da cuenta que al momento de los hechos se encontraban presentes John Jairo Rodríguez, Luis Hernando Giraldo, Jorge Bergel Mejía y Ana Mariela Núñez, quienes rindieron atestación y de los cuales certificó el investigador en la diligencia de inspección judicial, que bien pudieron ver y oír todo cuanto narran en sus exposiciones. Quien no pudo captar en toda su integridad la tragedia fue precisamente Elizabeth Morales Martínez, porque según su propio dicho: '... a ninguno de los dos le vi arma, ambos se pusieron a darse puños los dos y a mí me mandaron por allá por lo que estaba en medio de los dos, alguien me empujó, no vi y caí al suelo y estaba embriagada y con el golpe quedé como muerta...' (folios 46 y ss.).

Significa lo anterior, que este primer cargo endilgado a la sentencia, no consulta las exigencias formales para su proposición, carece de seriedad, y de todo fundamento, por manera que ni siquiera resiste el menor análisis, debiendo ser rechazado de plano.

c) Ya al inicio de este escrito habíamos anticipado que quien ataca la sentencia de segundo grado por violación directa de la ley sustancial, está obligado a respetar la valoración probatoria efectuada por el sentenciador de segundo grado no pudiendo por tanto, reabrir el debate probatorio.

El Honorable Tribunal Superior de Manizales, estimó así los elementos de convicción, traídos al informativo:

'... con el acta de levantamiento del cadáver, registro civil de defunción, protocolo de necropsia y testimonios aportados al proceso, quedó plenamente demostrado que en la madrugada del 27 de septiembre del año próximo pasado, se produjo el deceso violento del ciudadano José Fernando Londoño Londoño, a consecuencia de múltiples lesiones inferidas en su humanidad con arma cortopunzante (navaja), interesando órganos vitales, que ocasionaron su muerte por anemia aguda, que conlleva la adecuación típica del comportamiento en la abstracta descripción legislativa del artículo 323 del Código Penal...' (fol. 250).

'... No encuentra la Sala fundamento procesal que conlleve a reconocer en favor del procesado la atenuante de la "ira e intenso dolor", pues como ya lo acotamos en

consonancia con la Honorable Corte Suprema de Justicia, es menester que ella devenga de un comportamiento ajeno, grave e injusto, que es precisamente el elemento estructural que en parte alguna vislumbra este proceso, evidenciándose en forma clara y contundente la comisión de un delito de homicidio, simple y voluntario, porque el (sic) que debe responder el procesado Juan Jairo Valencia López, sin atenuantes ni agravantes..." (fol. 253).

Estas conclusiones probatorias del Tribunal resultan inatacables por el camino elegido por el censor, pues la causal de casación invocada, impone una confrontación entre las normas sustanciales consagradas en la sentencia y las aplicables al caso, para deducir de allí, el error *'in judicando'* que se atribuye al sentenciador.

Por lo demás cuando se predica como hace aquí el censor, violación del artículo 323 del Código Penal por aplicación indebida, está a cargo del recurrente señalar, cuál entonces la disposición que en su sentir recoger la situación fáctica de que tratan los autos, pues sin una severa confrontación de esas dos normas, la plasmada en la sentencia y la realmente aplicable al caso, se hace imposible emitir un juicio de prevalencia a fin de otorgarle la razón bien al fallador, ora ya al casacionista.

Si los hechos no encajan dentro de las previsiones del artículo 323 del Código Penal, ha debido indicar entonces en qué otra disposición del Código Penal se subsumen. Al guardar silencio el recurrente sobre este otro extremo de la relación, privó a la Honorable Corte de un elemento indispensable de comparación que le permita inclinarse ante una u otra tesis.

Así las cosas, este segundo cargo a la sentencia, tampoco puede prosperar".

Consideraciones de la Sala

Razón le asiste al señor Procurador Delegado cuando afirma la existencia de notables inconsistencias técnicas en el libelo de la demanda, que finalmente llevarán a la Sala a compartir su criterio y a no aceptar las pretensiones de casar el fallo impugnado.

El primero de los cargos lo plantea por una posible infracción indirecta de la ley sustancial, por no habérsele proporcionado valor de plena prueba al testimonio de la deponente, que fue la causa inmediata de los hechos que han sido motivo de investigación, y en la sola enunciación del cargo comienza a hacer gala de una clara insuficiencia técnica respecto del recurso extraordinario de casación, pues es bien sabido, que el nuevo Código de Procedimiento Penal, se moderniza en cuanto deja a la sana crítica, a la libre valoración judicial, al ponderado criterio del Juez, el análisis y valoración de los medios de convicción y en tales circunstancias no señala ningún valor a los medios de prueba, dejando su evaluación al correcto criterio del juez; al contrario de lo que existía en la legislación procesal anterior cuando a algunos medios probatorios se les asignaba un determinado valor probatorio, siguiendo la tendencia legislativa ya casi completamente superada en la mayoría de las legislaciones contemporáneas del sistema tarifado. Es así como al acta de inspección judicial se le daba valor de plena prueba (art. 228), o se creaban algunas presunciones (arts. 232 y 233), le asignaba valor de plena prueba a los documentos públicos o auténticos (art. 261), etc.

Al cambiar la técnica legislativa y no señalarse un determinado valor para las pruebas, en este caso al testimonio, es obvio que no se puede atacar por esta modalidad de error de derecho una prueba a la que el Juzgador apreció racionalmente para darle o quitarle la credibilidad que se consideró en su recto criterio. Lo contrario es lo que pretende el casacionista al darle al testimonio que él considera apreciado erróneamente, la estimación probatoria desde su personal perspectiva de defensor.

Las pruebas así consideradas dentro de la técnica de la libre apreciación del juzgador aplicando su ponderado criterio, podrán ser atacadas en casación dentro de la perspectiva del error de derecho, cuando la prueba haya sido considerada a pesar de la violación de sus propios ritos de formación, o cuando ha sido apreciada a pesar de violar los presupuestos generales para su aducción o finalmente cuando el juzgador le dio a la prueba un valor que la ley no le atribuye.

Es entonces completamente equivocada la pretensión del censor cuando afirma que erró el juzgador al no darle valor de plena prueba al testimonio de una de las deponentes.

A pesar de que en la demostración de este cargo se hace un ataque eminentemente probatorio, en el segundo plantea una supuesta violación directa de la ley por no aplicación del artículo 60 e indebida aplicación del 323, incurriendo en una doble falta técnica, pues es bien sabido que de manera reiterada esta Corporación ha sostenido que cuando se ataca la sentencia por supuestas violaciones directas de la ley se deberán respetar tanto los hechos, como la demostración de los mismos tal como aparezcan evidenciados en el proceso, regla que no acató el censor puesto que cuestiona los hechos y su prueba, pero al mismo tiempo pretende la existencia de una violación directa de la ley sustancial.

Pero no quedan allí sus errores técnicos, porque en el inicio de la demanda plantea a la Corporación que se dicte el fallo que corresponda, pero en la parte final del mismo solicita se dicte una sentencia de reemplazo de carácter absolutorio, pero es que con el primer cargo sólo alcanza a pincelar una legítima defensa, que llevaría en caso de ser aceptada a una decisión de absolución, pero como consecuencia de la aceptación del segundo cargo se estaría en presencia de una sentencia de condena pero atenuada y aquí se incurre por el censor en evidente contradicción en sus pretensiones cuando solicita al mismo tiempo absolución y condena para su poderdante.

Desconociendo la realidad probatoria, afirma que la única testigo es la Srta. Morales y es por ello que pretende que el juzgador no ha debido darle valor de plena prueba, pues la verdad es que en el acervo probatorio militan otras pruebas que dan una versión sobre los hechos y es por el contrario la testigo magnificada por la defensa quien dice que fue como consecuencia del empujón que sufrió y de su embriaguez que no pudo percibir los hechos finalmente ocurridos.

Como una consecuencia de lo que el censor considera la demostración del segundo cargo, termina afirmando falta de aplicación del artículo 60 e indebida aplicación del 323 del Código Penal, pero respecto del primero en ningún momento demuestra que se hayan dado los requisitos específicamente exigidos por la ley para la aceptación de esta excepcional disminuente de responsabilidad y tampoco explica en

relación con la segunda norma supuestamente aplicada indebidamente, en qué forma hubiera debido serlo.

Tan innumerables faltas de técnica necesariamente, como ya se había anticipado, deben originar el claro rechazo de las pretensiones del impugnante, como así lo solicita el Fiscal de la Corporación.

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,

RESUELVE:

NO CASAR el fallo impugnado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Dídimo Páez Velandia, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael Cortés Garnica
Secretario

* * *

Nulidad / Demanda

El demandante en casación debe precisar la existencia de la irregularidad en que apoya su petición de nulidad, y la trascendencia de la misma.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel.*
Aprobada Acta No. 019 de marzo 20 de 1991.
Bogotá, D.E., marzo veintidós (22) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Vistos

Procede la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, a resolver el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado Jorge Bravo Cabrera, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Florencia, en la cual modificó la del Juzgado Primero Superior de la misma ciudad, en el sentido de reducir la pena impuesta a dieciocho (18) años de prisión como responsable de homicidio agravado y hurto, y absolverlo por el cargo de hurto calificado de un motor.

I. Hechos y actuación procesal

Los primeros los resume el Procurador Segundo Delegado así:

"Ante las sospechas de que Jorge Bravo Cabrera tuviera conocimiento acerca del paradero de un motor marca Yamaha Enduro 75, hurtado en horas de la noche del 27 de agosto de 1988 de una lancha que se encontraba anclada a orillas del río Orteguaza, concretamente en el sitio denominado Puerto Arango –Caquetá–, Urbano Medina Aldana lo contactó, proponiéndole que a cambio de la información pertinente le entregaría a manera de gratificación la suma de cien mil pesos ($100.000.00) acordándose para tales efectos –ubicación y recuperación del citado bien– el 6 de septiembre del mismo año. Efectivamente en este día, a Medina Aldana y a Bravo Cabrera se les vio partir con tal propósito, notándose al cabo de unas pocas horas, el regreso únicamente de éste y localizándose cuatro días después el cadáver de Medina Aldana sin ningún elemento de valor, en avanzado estado de descomposi-

ción y quien falleciera a consecuencia de heridas producidas por arma contundente (garrote)."

El Juzgado Tercero de Instrucción Criminal radicado en Florencia adelantó la investigación y vinculó mediante indagatoria a Bravo Cabrera, quien negó haber participado en los hechos, pero aún así fue dispuesta en su contra medida de aseguramiento de detención preventiva. Luego de revocar en más de una oportunidad el auto de cierre de investigación, finalmente calificó el mérito del sumario con resolución de acusación dictada en providencia de marzo 7 de 1989, por el concurso entre homicidio y hurto.

El Tribunal Superior confirmó el llamamiento a juicio, y el Juzgado Primero Superior de Florencia realizó el trámite correspondiente a esta etapa, la cual finalizó con sentencia condenatoria por los delitos de homicidio agravado en concurso con hurto agravado y hurto calificado, imponiéndole al procesado una pena de prisión de 25 años.

Con las modificaciones referidas, el *ad quem* confirmó la sentencia condenatoria.

II. La demanda

La impugnante invoca la causal tercera del artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, afirmando que la sentencia se dictó en un proceso viciado de nulidad.

El cargo consiste en que, en su opinión, se incurrió en la causal de nulidad prevista en el numeral 2° del artículo 305 del estatuto procesal que dice: "La comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso".

La fundamentación se orienta a demostrar que existieron dos irregularidades sustanciales: La primera, porque atendiendo al recurso de reposición interpuesto por el defensor del implicado, el Juez de Instrucción revocó el auto de cierre de investigación sin correr el traslado de dos días a las partes como lo ordena el artículo 202 del C. de P.P.; y la segunda, porque al resolver el recurso de reposición interpuesto contra el auto que negó la nulidad y la libertad solicitadas por el defensor, el Secretario dijo que el expediente quedaba en Secretaría por dos días en traslado a las partes, sin fijar la lista que ordena el artículo 108 del Código de Procedimiento Civil. De esto infiere que tampoco le dio aplicación al artículo 202 del C. de P.P., por lo cual insiste en que la sentencia se dictó en un proceso viciado de nulidad por violación del artículo 26 de la Constitución Nacional y el artículo 305 numeral 2° del estatuto procesal.

La petición es que se declare la nulidad a partir del auto de diciembre 7 de 1988 inclusive.

III. Concepto del Ministerio Público

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal solicita que no se case la sentencia porque no le asiste razón al demandante.

La fijación en lista prevista en el artículo 108 del C. de P.C., no es necesaria frente al actual Código de Procedimiento Penal, porque éste regula autónomamente el trámite del recurso de reposición, ordenando únicamente que la solicitud debe permanecer en Secretaría por dos días en traslado a las partes.

Respecto al cargo por haber revocado el auto de cierre de investigación sin correr traslado a las partes, no es una irregularidad que tenga la connotación sustancial exigida por el ordinal 2º del artículo 305 del C. de P.P., para generar nulidad. La pretensión buscada con el recurso la logró la defensa sin que en nada incidiera la omisión del traslado.

El casacionista se conforma con enunciar la informalidad, pero ni siquiera intenta demostrar por qué puede constituir nulidad.

IV. Consideraciones de la Sala

1. Ha sido jurisprudencia reiterada de esta Corporación, que el demandante en casación debe precisar la existencia de la irregularidad en que apoya su petición de nulidad, y la trascendencia de la misma, esto es, debe demostrar en qué medida se afectaron las garantías que le corresponden dentro del proceso.

Como acertadamente lo anota el Ministerio Público, el defensor se limita a indicar unos presuntos errores en el trámite de los recursos de reposición interpuestos, afirmando que son irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso, pero sin ningún fundamento relativo al por qué las considera sustanciales, ni cuál de las garantías que comprenden "el debido proceso" resultó afectada.

2. El artículo 202 del Código de Procedimiento Penal es muy claro al señalar el trámite para el recurso de reposición. Textualmente dice:

"Cuando el recurso de reposición se formule por escrito, vencido el término para impugnar la decisión, la solicitud se mantendrá en Secretaría por dos (2) días en traslado a las partes, de lo que se dejará constancia. Surtido el traslado se decidirá el recurso."

"La reposición interpuesta en audiencia o diligencia se decidirá allí mismo, una vez oídos los demás sujetos procesales."

La obligación de fijarlo en lista existía cuando se aplicaba el trámite señalado por el Código de Procedimiento Civil, en vigencia del Decreto 409 de 1971, pero de acuerdo con las disposiciones actualmente aplicables, esa formalidad no está exigida. El Secretario del Juzgado cumplió estrictamente con lo dispuesto en el mencionado artículo 202, de manera que el cargo carece de respaldo legal.

3o. Es verdad que la señora Juez resolvió el primer recurso de reposición sin correr traslado a las partes, pero también es cierto que lo hizo concediendo la revocatoria del auto que cerró la investigación accediendo a lo pedido por el defensor recurrente, luego resulta inédito que sea precisamente él quien demande la nulidad, y en un momento en que no hay ninguna duda de que esa irregularidad no afectó la estructura del proceso, ni las garantías del procesado.

El ataque carece por completo de seriedad, ya que la parte interesada en el traslado era el Ministerio Público, no el defensor. Además, fue una irregularidad intrascendente, porque el trámite se repitió, de modo que simplemente se omitió un paso para reponer un auto de mera sustanciación, que al dictarse nuevamente eliminó toda posibilidad de que hubiera afectado algún derecho, razón por la cual el impugnante se limita a invocar el error cometido por el Secretario del Juzgado. En estas condiciones la acusación no puede prosperar.

4. Se observa que existió equivocación en el cómputo del término de ejecutoria del cierre de investigación, pero fue subsanado inmediatamente de acuerdo con lo solicitado en ese momento por el defensor.

Por las consideraciones precedentes se desestimarán los cargos imputados contra la sentencia recurrida.

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.

Didimo Páez Velandia, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Edgar Saavedra Rojas, Juan M. Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael Cortés Garnica
Secretario

* * *

Revisión

Lo importante en Revisión es la prueba de que otra y opuesta fue la realidad de los hechos juzgados.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Dídimo Páez Velandia.*
Aprobada Acta No. 19 de marzo 20 de 1991.
Bogotá, D.E., marzo veintidós (22) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Vistos

Sobre la aptitud del escrito de demanda de Revisión presentado en nombre de Vitelio y José Frailin Solano Santos, quienes fueran condenados a la pena principal de once años de prisión, como autores de los delitos de homicidio, lesiones personales y porte ilegal de armas, debe pronunciarse la Corte.

Hechos

En la copia de la sentencia de segunda instancia allegada con la demanda, sintéticamente se hace de ellos la siguiente presentación:

"Denuncia Drigelio Tovar Bahamón que el 20 de enero de 1988, cerca del mediodía, fue hasta el predio 'Vega de Las Estacas', en jurisdicción del municipio de Tello, en compañía de sus hermanos Silvino y Antonio Tovar Bahamón, de María Blair, María Licela y José Stalin Cardozo, Esteban Tovar, Arnulfo Tovar y José Antonio Bahamón, a hacer el almuerzo y a cortar un sorgo. Cuando se disponían a encender el fuego para preparar los alimentos, se escuchó un disparo que hizo blanco en 'la rancha'. Ya cerca de las cuatro de la tarde, cuando algunos se disponían a grapar un cerco y a recoger leña, se produjeron otros disparos que lesionaron levemente a los hermanos Cardozo; y ante los gritos de las mujeres, acudieron Antonio y Drigelio, que aún permanecían en 'la rancha', y se siguieron los disparos resultando lesionado Antonio, lo que motivó a Drigelio a disparar un par de veces una escopeta de fisto, consiguiendo la huida de los agresores a quienes lograron identificar Antonio, Drigelio y Silvino como Vitelio Solano y sus dos hermanos. Diecisiete días después falleció Antonio Tovar Bahamón a consecuencia de la agresión."

La demanda de revisión

Con invocación de la causal 3ª prevista en el artículo 231 del C. de P.P., el defensor de los procesados, instituido especialmente para el efecto, demanda la revisión de la sentencia. Aduce que la prueba pericial de balística, practicada en diligencia de ampliación de una inspección judicial llevada a cabo en el lugar de los hechos, fundamento de la sentencia, es ostensiblemente falsa.

Luego de transcribir apartes del fallo, en procura de demostrar el carácter fundamental de la pericia luchada y citar una jurisprudencia de la Corte sobre el alcance de la causal a la que se acude, se consignan las razones que, en criterio del recurrente, evidencian la falsedad alegada.

La primera de tales razones sería "la seriedad, claridad y contundencia" de la primera diligencia de inspección judicial, practicada sin la intervención de ningún perito de balística, quedando la constancia de lo allí establecido en el respectivo plano levantado por los topógrafos del DAS.

Posteriormente, afirma que el perito de balística designado en la ampliación de la diligencia de inspección antes indicada, "varió en forma por demás manifiesta y ostensible" la dirección desde donde fueron producidos los disparos "para sacar avante las pretensiones del defensor de la Parte Civil", lo cual, en su opinión, constituye los delitos de falsedad y fraude procesal. Luego de anotar que el perito se dedicó a refutar las conclusiones de la primera diligencia, propósito en que, de mala fe, afirmó que algunos de los disparos hallados en los árboles fueron colocados allí mediante incisión con "chuzo", relieva cómo el defensor que asistió a sus clientes en la diligencia no dejó constancia sobre esta falsedad, a pesar de las protestas de Vitelio Solano, quien, además, las reiteró en memorial sustentatorio de apelación a la sentencia.

En consideración siguiente, anota que este perito es amigo personal del apoderado de la Parte Civil, quien es militar retirado; que fue designado sin pertenecer al Cuerpo Técnico de Policía Judicial y que frente a la denuncia contra él formulada, el juez de instrucción, sin practicar ninguna diligencia, dictó auto inhibitorio, el cual fue confirmado por el Tribunal, motivo por el que también su cliente Vitelio Solano presentó denuncia contra los magistrados que tomaron tal determinación.

A la demanda se anexan copias de las sentencias, de la indagatoria de Vitelio Solano Santos, de las declaraciones de Delio Barreto, Marleny Garrido, Arcesio García, Pablo Lozada y Camilo Tovar, el alegato presentado ante el Tribunal por Vitelio Solano, de algunos trámites ante autoridades administrativas relativos a las disputas sobre propiedad y tenencia del predio donde sucedió el hecho y las inspecciones judiciales practicadas sobre los rastros dejados por éstas.

Consideraciones de la Corte

Como de manera reiterada ha sido expuesto por la jurisprudencia, es el recurso extraordinario de revisión medio de impugnación de carácter excepcional. Esto, referido no sólo a la escasa ocurrencia de sus causales, sino fundamentalmente a que él

se dirige contra la cosa juzgada como expresión revelada en el proceso, a efecto de demostrar por su intermedio que esa verdad, formalmente declarada, no es coincidente con la material o real del hecho y de su autor en su fenoménico acontecer. Y, de esa falta de identidad entre lo declarado y lo acaecido, debe emerger la inocencia del condenado, cuando de este tipo de sentencias se trata, de manera tal que determine al Estado, mediante la jurisdicción a levantar el amparo debido a su propia verdad para dar lugar a la justicia real por medio de la revisión del proceso.

Consecuencia de la anterior orientación, es que el régimen de causales por las que procede este extraordinario medio de impugnación, haya sido previsto en función de la prioridad de la realidad sobre lo procesalmente demostrado, con el objeto de poner en evidencia la inocencia del reo. Por eso es que, se ha dicho, lo importante en revisión es la prueba de que otra y opuesta fue la realidad de los hechos juzgados; que la sentencia es injusta en cuanto condena a un inocente, inocencia allí mismo demostrada como verdad real.

En el presente caso, la proposición del recurso desatiende las orientaciones antes expuestas, haciendo que la causal en que dice apoyarse no sea entendida en sus alcances y, consecuencialmente, tornando la demanda técnicamente inepta.

En efecto, del examen del libelo, se establece que los planteamientos en él contenidos, si bien se dice apuntan a evidenciar la falsedad en una pericia de balística como fundamento de la sentencia, corresponden más a la pretensión de reabrir el debate sobre el mérito probatorio de dos inspecciones judiciales, una con intervención de perito, precisamente, la cuestionada como falsa por quien ejerce el recurso.

Así lo determinan los términos mismos de demostración de la causal. De acuerdo con ellos, la falsedad de la prueba alegada, se establece por el reconocimiento de "la seriedad, claridad y contundencia" que, de acuerdo con el planteamiento del recurrente, muestra la primera inspección judicial, en la cual no hubo intervención del perito en balística; por la práctica de un "nuevo examen judicial" en el lugar de los hechos a hacerse como consecuencia de la prosperidad de este recurso; porque el perito se limitó a contradecir lo consignado en la primera inspección; porque el procesado Vitelio Solano ha advertido la mala fe del perito en la diligencia y alegato posterior; porque el perito fue denunciado penalmente por el procesado y se le dictó auto inhibitorio y los magistrados del Tribunal de Neiva fueron denunciados por confirmar tal decisión y, porque el perito es amigo del apoderado de la Parte Civil.

Este tipo de cuestionamiento, lejos de constituir un verdadero juicio al medio tachado, como la configuración de la causal 5ª alegada lo exige, de donde surja con connotaciones de *realidad* su alteración, con entidad tal que pueda ser opuesta a las declaraciones del fallo, no pasan de ser argumentaciones de oposición a las apreciaciones que sobre la estimación de la prueba han hecho los sentenciadores.

No son suficientes para el buen suceso de la admisión de la demanda, cuando ella está basada en la causal 5ª de revisión, alegar que hubo *falsedad de la prueba* y proponer unas cuantas premisas para que la Corte *deduzca* su existencia; es imprescindible que el impugnante con *medios* más allá de sus personales apreciaciones evidencie, así sea de modo sumario, las mutaciones introducidas a la prueba cuestionada. En este caso, los planteamientos del libelista, con todo y que en ellos hace

referencia a procederes dolosos del perito, no demuestran la *alteración* del medio. No se dice en qué consistió, simplemente se alega que contradice la primera inspección la que es reflejo de la realidad ocurrida; que el experto en balística es "amigo" del abogado de la Parte Civil; que se denunció; etc., con lo cual, fácil es concluir que el objeto de demostración en la demanda es el reconocimiento de mayor credibilidad a la primera inspección judicial que la alteración de la pericia. Esto, por supuesto, hace que su fundamento sea la "falsa" apreciación, antes que la falsedad del medio probatorio. Por tanto, siendo el recurso instituido para este último evento que no para el anterior, habrá de rechazarse la demanda por su ineptitud formal.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *rechaza* la demanda de revisión presentada a nombre de Vitelio y José Frailín Solano Santos contra la sentencia mediante la cual fueron condenados por homicidio, lesiones personales y porte ilegal de armas. Reconócese personería al doctor Cristóbal Rodríguez García según poder adjunto.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Dídimo Páez Velandia, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael J. Cortés Garnica
Secretario

Casación – Técnica

El recurso extraordinario de casación no constituye una tercera instancia, sino una postulación técnico-jurídica de puro derecho que recae sobre la corrección de la sentencia.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Enrique Valencia M.*
Aprobada Acta número 0021.
Bogotá, D.E., abril tres (3) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Vistos

Está acusada ante la Corte, la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, de fecha agosto seis (6) de mil novecientos noventa (1990), por medio de la cual confirmó la sentencia dictada por el Juzgado Once (11) Superior de esta ciudad, calendada a treinta y uno (31) de mayo del mismo año, si bien modificándola en el sentido de imponer al procesado José Aned Ibáñez, la pena principal de ciento veintidós (122) meses de prisión en lugar de la señalada por el juez del conocimiento doscientos ocho (208) meses–, como autor penalmente responsable de los delitos de homicidio y lesiones personales en concurso.

Declarado admisible el recurso extraordinario de casación –únicamente por el delito de homicidio–, interpuesto y sustentado por apoderado especial y agotado el trámite pertinente, ha de resolverse lo que sea de ley. La delegada solicita desestimar la demanda por fallas de técnica.

Hechos y actuación procesal

Los resume el Ministerio Público en la forma que aparece a continuación y que la Sala recoge por hallarlos en un todo conforme con la realidad procesal:

La señora Cruz Elena Hincapié Beltrán hacía vida marital con el procesado José Aned Ibáñez y compartían una habitación en una casa inquilinato ubicada en el barrio San Francisco de esta ciudad. Aproximadamente a la medianoche del día veintiséis de marzo de mil novecientos ochenta y nueve se presentó entre los

mencionados concubinos una disputa ocasionada al parecer por la llegada tarde de la señora Cruz Elena y el estado de alicoramiento en que se encontraba José Aned.

En desarrollo de la pelea el procesado agredió físicamente a la mujer, lo que motivó la reacción del hermano de ésta, Fernando Hincapié Beltrán, que fue repelido por José Aned y abandonó el sitio de los hechos en busca de la policía. En el entretanto los ataques continuaron entre los concubinos y en un momento determinado José Aned se aprovisionó de una navaja con la cual infirió una herida en la ingle a Cruz Elena, con la cual seccionó la vena ilíaca externa izquierda, a consecuencia de lo cual le sobrevino la muerte.

Habiendo practicado la diligencia de levantamiento del cadáver el Juzgado Ochenta y Dos de Instrucción Criminal de Bogotá, las diligencias pasaron luego al Juzgado Veintidós de la misma especialidad quien ordenó la apertura de la investigación el día veintiocho de marzo de mil novecientos ochenta y nueve.

Indagado el acusado, se profirió contra él auto de detención preventiva el tres de abril del mismo año. Cerrada la investigación, se procedió a la calificación del mérito del sumario en proveído calendado el veintiuno de junio de mil novecientos ochenta y nueve, con auto de resolución de acusación contra José Aned Ibáñez por el delito de homicidio.

La anterior decisión fue declarada nula por el Juzgado Once Superior de Bogotá y por ello se repitió la calificación el día dieciocho de julio de mil novecientos ochenta y nueve con auto de resolución de acusación contra José Aned Ibáñez por los delitos de homicidio y lesiones personales.

El Juzgado Once Superior asumió el conocimiento del asunto para la etapa de juzgamiento por auto del seis de octubre de mil novecientos ochenta y nueve. El día cinco de febrero de mil novecientos noventa el defensor del encausado solicitó la libertad provisional del mismo bajo el argumento de que habían transcurrido más de seis meses desde la ejecutoria de la resolución de acusación, sin que se hubiese celebrado la audiencia pública sin jurado, ya que por razón de las modificaciones introducidas al procedimiento por el Decreto 1861 de 1989, se eliminó la intervención del jurado de conciencia en los juicios por homicidio. La petición fue despachada desfavorablemente por el Juzgado en auto del seis de febrero siguiente en decisión que al ser apelada recibió confirmación del Tribunal Superior de Bogotá el día dieciséis de marzo.

La vista pública se llevó a cabo el catorce de mayo de mil novecientos noventa y la sentencia de primera instancia se produjo el día treinta y uno de mayo siguiente, la cual fue confirmada con alguna modificación por el Tribunal Superior el día seis de agosto del mismo año.

Concepto del Ministerio Público

En juicioso estudio, el Procurador Tercero (3°) Delegado en lo Penal examina el aspecto vertebral de la acusación, observando que el libelo no constituye una demanda de casación más que en el plano meramente formal, al dirigirse la impugnación no contra la sentencia "...sino contra una porción del proceso en la cual, aun

de aceptarse sus planteamientos con conclusiones y bases equivocadas, no se incurrió en vicio alguno que afecte el fallo proferido". Refuta el cargo y concluye solicitando a la Corte, no casar la sentencia recurrida.

La demanda

Un solo cargo plantea el recurrente contra la sentencia de segunda instancia, la que considera proferida en juicio viciado de nulidad. Expresa el impugnante que durante el trámite de la etapa del juicio impetró la libertad provisional del acusado por haber transcurrido más de seis (6) meses desde la ejecutoria del auto de resolución de acusación sin que se hubiere celebrado, como es de rigor, la audiencia pública de juzgamiento, no obstante lo cual en ambas instancias se negó el derecho de excarcelación a su poderdante, con quebrantamiento del principio de favorabilidad de la ley "...porque el argumento de los juzgadores para su negativa se construyó como 'un híbrido jurídico' tomando el Decreto 1861 de 1989 lo desfavorable al reo".

Finalmente el actor plantea una serie de argumentaciones acerca de la favorabilidad y su consagración constitucional, sosteniendo que su violación comporta clara infracción a la preceptiva del artículo 26 de la Carta Política y a las reglas prevenidas en los artículos 6º del C.P. y 5º y 439 del Código Instrumental.

La Corte

I. *Pese a que esta Sala de la Corte ha sido infatigable en su labor de recordar los lineamientos estructurales del recurso y las reglas bajo las cuales actúa el control de casación, algunos demandantes se resisten a asimilar ese culto de recto entendimiento, desviando su conducta procesal a posibilidades, condenadas por adelantado al fracaso.*

II. *El comportamiento adoptado por el censor, en el acto* sub examine, *está lejos de adecuarse a las normas debidas, por cuanto su alegato contraría, de principio a fin, la técnica propia del recurso, construyendo las premisas de la demanda sin el rigor, ni la minuciosidad ni la metodología inherentes a las particulares características de la institución. La especulación idealista y el recorrer por cuenta propia concretos pasajes del expediente, para sacar consecuencias y soluciones propias, sin sujeción ninguna a la técnica y a los buenos principios, desvirtúa el objeto del recurso y comprometen la validez misma de la impugnación.*

Siguiendo en esto a la Delegada, se referirá la Corte a dos facetas de singular interés en el examen de la demanda:

a) *Naturaleza del recurso*

Con empeño y tesón apropiados, huse señalado por todos los que tienen que ver con el recurso extraordinario de casación pero especialmente por la jurisprudencia y la doctrina, que aquél no constituye una tercera instancia donde los sujetos buscan la revisión del proceso en su totalidad, en sus diversos aspectos fácticos y normativos, sino una postulación técnico-jurídica, de puro derecho que recae, dado el contenido desfavorable para el impugnante, sobre la corrección jurídica de la sentencia. No tiene que

decir la Corte que la jurisprudencia –con reiteración y unanimidad– se ha inclinado a favor de lo antes escrito. La cita de dos pronunciamientos, entre otros muchos, avala lo dicho: "Como reiteradamente lo ha declarado esta Corporación, el recurso de casación tiene por fin velar por la recta y auténtica aplicación de la ley, sin que se le confunda con una nueva instancia. En él se plantea un juicio de derecho limitado que comprende únicamente el examen de los vicios imputados al fallo y dentro de precisos motivos, a fin de determinar, mediante la comparación con la norma, si ésta ha sido o no correctamente aplicada. Por lo mismo, es obligación del recurrente concretar con claridad los motivos de impugnación y fundarlos a fin de que la Corte pueda comprobar si verdaderamente se ha infringido la ley y cuál el concepto de la violación". (Cfr., Casación, febrero quince (15) de mil novecientos setenta y nueve (1979), Mag. Pte., Dr. Dante L. Fiorillo Porras).

Y esta otra:

"En efecto: 'La casación tiene por objeto la defensa del sistema jurídico a través del control de las sentencias judiciales, en cuanto al quebrantamiento del derecho por las resoluciones de los jueces. Pero su finalidad fundamental es de eminente carácter público, de utilidad social, por encima de pretensiones individuales de contenido privado. El recurso extraordinario de casación, es un juicio técnico-jurídico, de puro derecho sobre la legalidad de la sentencia, sobre el proceso en su totalidad o en diversos sectores del mismo, y excepcionalmente sobre las bases probatorias que sirven de sustentación para dictar la sentencia acusada'." (Cfr., auto, julio cuatro (4) de mil novecientos ochenta y uno (1981), Mag. Pte. Dr. Alvaro Luna Gómez).

El libelista olvida lo que viene de transcribirse, con valor de generalización. Evadiendo un ataque frontal a la sentencia de mérito, objeto de su misión, al capricho de su impaciencia, circunscribe su actividad a relevar la existencia de su irregularidad en el trámite de la secuela del juicio que no afecta en manera alguna la sentencia dictada definitivamente, toda vez que esta podía pronunciarse con total independencia del otorgamiento de la libertad provisional al procesado o de su negativa. Con precisión escribe el Ministerio Público: "De hecho, aún aceptando que pudieran existir irregularidades en la negativa de los jueces de instancia a conceder al encausado su libertad provisional, tales fallas no podrían comunicar sus consecuencias a la sentencia de segundo grado porque no es base sustancial de ésta el que se haya ordenado la libertad del encausado o que se haya tramitado el incidente de libertad de conformidad con las personales pretensiones del defensor. El planteamiento del censor, acorde con esta equivocada concepción de la casación, se quedó en el plano de lo meramente formal y se concretó en un ataque a una porción de la actuación procesal –el trámite del incidente de libertad–, sin fundamentar cargo alguno en contra de la sentencia de segundo grado, que es el objeto preciso del recurso extraordinario, con desconocimiento total de la naturaleza misma de éste".

No es válido, entonces, ni ello de recibo, que el censor aproveche la fundamentación de la demanda para no solamente agitar –cual si se tratara de una nueva instancia– hechos y pretensiones ya dirimidos en el proceso, sino, además, para insertar ad nutum *"correcciones de la actuación que han debido controlarse y resolverse en las instancias, si ellas no tienen trascendencia en la sentencia respectiva". Como con todo acierto lo pone de relieve la Delegada.*

b) *La técnica*

La Corte, por ser su propia historia, ha dicho con absoluta unanimidad y en numerosísimas veces, que la demanda de casación no es un alegato libre y desembarazado que pueda confeccionarse, bajo inspiraciones subjetivas, a plena y concreta conciencia de su autor. Por el contrario: siendo su propósito finalista casar la sentencia, vale decir, anularla y dejarla sin efecto, el recurrente debe señalar, cuál es su obligación, de manera clara y precisa, no solamente la base y fundamento del reproche sino también sus alcances y consecuencias. El criterio rige aún para las demandas donde se agitan causales de nulidad.

Nada dice, en concreto, el casacionista acerca de la anulación del fallo y menos aún señala la clase de nulidad invocada que, como es bien sabido, en la legislación positiva adopta las siguientes manifestaciones: falta de competencia, violación del debido proceso, violación del derecho de defensa, violación del principio de legalidad en el delito o la pena, violación del principio de favorabilidad o falta de motivación de la sentencia. Tampoco, indica, con relación a los supuestos precedentes, los fundamentos de su imprecación, ni cita las normas infringidas, ni precisa si se trata de una nulidad legal o supralegal, ni mucho menos, finalmente, desarrolla argumentación orientada a determinar la naturaleza de una cualquiera de las causales de nulidad antecitadas. Apenas si, en desarrollo deficiente y precario de lo que él denomina *ad nominem* "proposición jurídica", afirma lo que se transcribe a continuación: "El alcance del artículo 26 de la Constitución Nacional desarrolla como juicio previo debe descansar (sic) en la ley anterior al hecho del proceso y la aplicación de una ley posterior para el acusado". Con este pensamiento que abstractamente y al tiempo señala todas y cada una de las garantías constitucionales del esquema teorizador en donde se desconoce e ignora cuál de ellas fue motivo de quebrantamiento o de lesión, no puede la Corte, so capa de suplir la autonomía intelectual de criterios ajenos, reemplazar al casacionista en su faena. Hasta allá no llegan las bondades del recurso, ni la autoridad de la Corporación. *Una vez más la Corte se ve precisada a recordar su jurisprudencia sobre la materia:*

"...cuando se trate de una demanda de casación fundada en la causal de nulidad, deberán cumplirse los siguientes requisitos:

... a) El recurrente deberá señalar con toda precisión la clase de nulidad invocada, dentro de las que se encuentran las siguientes: falta de competencia, violación del debido proceso, violación del derecho de defensa, violación del principio de legalidad en el delito o la pena, violación del principio de favorabilidad, o falta de motivación de la sentencia...;

b) Con relación a cada uno de los eventos mencionados, indicar en forma clara y precisa los fundamentos de ella, citando las normas que el recurrente considere infringidas, así:... cuando se trate de falta de competencia, deberán darse las razones por las cuales se considera no haber sido competente el funcionario que conoció el proceso, diciendo porqué la falta de competencia tiene prevista como sanción legal la nulidad, teniendo en cuenta la etapa procesal en que ella se haya dado, y las decisiones que dentro del proceso se hayan tomado por las autoridades encargadas de dirimir los conflictos que se hubieren suscitado por esta causa... En el caso de violación del debido proceso, se debe establecer la comprobada existencia de una

irregularidad sustancial, que son las que afectan la estructura que tipifica el sistema mixto que lo informa. Tales, por ejemplo, la falta de apertura de la investigación; de vinculación del procesado; de existencia de una etapa de investigación y otra de juicio, y de una etapa probatoria y de una audiencia pública dentro de éste; de formulación de cargos; de sentencia, y de posibilidad de recurrir a una segunda instancia, cuando no se trata de procesos de única instancia... En la violación del derecho de defensa se deberá determinar la actuación procesal que se considera lesiva, especificando la norma que se viola, y determinando con precisión la manera como tal violación incidió desfavorablemente en las decisiones tomadas en la sentencia en contra del procesado... Cuando se trate de violación del principio de legalidad, en la demanda se deberá determinar la ausencia de norma sustantiva con relación al delito o a la pena a que se refiere la sentencia, en el momento en que ocurrieron los hechos... Si se alega la falta de aplicación del principio de favorabilidad, se deberá determinar no sólo la norma que fue indebidamente aplicada, sino la que se debe aplicar en su reemplazo, dando las razones jurídicas para ello... Si lo que se cuestiona es la falta de motivación de la sentencia, se deberá determinar con toda claridad cuáles de las decisiones en ella contenidas son las que carecen de tal fundamentación, no olvidando que según reiterada jurisprudencia de la Corte para estos efectos la resolución acusatoria y la sentencia, y las sentencias de primera y segunda instancia, deben ser consideradas como una unidad, en aquellos puntos en que las decisiones sean proferidas en el mismo sentido... Este mismo tipo de análisis debe realizarse en cualquier otra causal de nulidad que se proponga ...Si la causal de nulidad alegada no reúne estos requisitos, es decir, no se especifica dentro de ella el evento o los eventos concretos que la constituyan, o si la argumentación desarrollada no corresponde a la naturaleza del evento respectivo, el cargo no podrá prosperar... Igual ocurre si el argumento no se desenvuelve a plenitud, constituyendo una proposición jurídica incompleta, pues la Corte no puede sustituir al recurrente en el desarrollo de su demanda. Tal ocurriría, por ejemplo, cuando se alega violación del derecho de defensa, si se demuestra la existencia de una irregularidad dentro del proceso, pero no se establece la incidencia que ella haya tenido en las decisiones tomadas en la sentencia en contra del procesado..." (Auto, enero 31 de 1990, Mag. Pte. Dr. Giraldo Angel)".

No prospera el recurso.

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

RESUELVE:

DENEGAR la casación impetrada.

Devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase.

Dídimo Páez Velandia, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Cómez Velásquez, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael I. Cortés Garnica
Secretario

JURADO DE CONCIENCIA — Cuestionario

El cuestionario sometido al jurado de conciencia debe incluir las circunstancias que individualizan e identifican el hecho sobre el que versa el juzgamiento, pero por modo alguno, las agravantes o atenuantes.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Dídimo Páez Velandia.*
Aprobada Acta número 21.
Bogotá, D.E., abril tres de mil novecientos noventa y uno (1991).

VISTOS

En sentencia de agosto 24 de 1989, el Juzgado Tercero Superior de Bucaramanga, condenó a Pablo Antonio Picón Carreño a la pena principal de dieciséis (16) años de prisión, como autor responsable del delito de homicidio agravado en la persona de Libardo Tarazona Leal.

Recurrido este fallo, el Tribunal Superior le impartió confirmación, mediante decisión del 15 de febrero de 1990), contra la cual, el defensor del procesado, ha interpuesto recurso de casación.

HECHOS

De ellos, el Tribunal hace la siguiente síntesis:

"Se infiere del informativo que en las horas de la noche del 14 de agosto de 1988, en su residencia ubicada en la carrera 1A No. 65B-35 del barrio los Canelos de la ciudad, los esposos Tarazona Valero realizaron una fiesta con motivo de la primera comunión de sus dos hijas. Todo transcurrió normalmente hasta que a eso de la una o dos de la madrugada del día siguiente, arribaron al lugar, entre otros, Pablo Antonio Picón Carreño y Javier Sotelo, quienes, sin ser invitados, ingresaron abusivamente a la casa y bailaron algunas piezas, razón por la cual el señor Víctor Manuel Tarazona les llamó la atención y les pidió que se retiraran, advirtiéndoles que se trataba de una reunión familiar, reparo que no fue del agrado de los mencionados sujetos quienes se retiraron del lugar lanzando insultos y amenazas contra algunos miembros de la

familia Tarazona. Sólo habían transcurrido unos cuantos minutos cuando nuevamente regresaron los revoltosos tirando botellas y apareció desafiante Javier Sotelo, esta vez con un cuchillo en la mano, pero en rápida acción la señora Aminta Valero lo desarmó y entregó el arma a una vecina para que la guardara. Detrás del anterior llegó raudo Pablo Antonio Picón, igualmente portando arma cortopunzante y de inmediato se avalanzó contra varios de los miembros de la familia Tarazona, lo que los obligó a refugiarse dentro de la residencia donde se celebraba la fiesta, intento que no logró el joven Libardo Tarazona porque cuando se disponía a saltar la reja de la casa vecina recibió certera puñalada en la espalda que le asestó el alevoso Picón Carreño, herida mortal que pocos minutos después le produjo el deceso en el hospital Ramón González Valencia, a donde fue trasladado en busca de asistencia médica. Realizado el criminal atentado el procesado se alejó del lugar, pero un poco más tarde en el preciso instante en que se disponía a salir de su casa fue capturado por la policía, ya que un familiar del occiso lo señaló como el autor del lamentable hecho, y como quiera que presentaba una herida en la espalda fue trasladado primero al hospital Ramón González Valencia donde fue suturado y luego a la cárcel Modelo donde quedó a disposición del Juez Diecisiete de Instrucción Criminal, funcionario que adelantó la correspondiente investigación y calificó el mérito del sumario, dictándole resolución de acusación por el delito de homicidio agravado por aprovechar la indefensión de la víctima."

Actuación procesal

1. Vinculado el procesado a la investigación, en su contra fue proferida resolución de acusación por el delito de homicidio agravado, dadas las condiciones de indefensión en que se encontraba la víctima al recibir la herida determinante de su muerte.

2. Rituado el juicio, se celebró la audiencia pública. En ella, el jurado respondió afirmativamente por unanimidad sobre la responsabilidad de Pablo Antonio Picón Carreño en la muerte de Libardo Tarazona Leal, aprovechándose de las condiciones de indefensión en que se encontraba.

3. Acogido el veredicto, en decisión a la cual el Tribunal le impartió confirmación, se impuso al procesado la pena principal de dieciséis (16) años de prisión.

4. Inconforme el procesado y su defensor, han interpuesto recurso extraordinario de casación.

La demanda

Con fundamento en la causal primera de casación, cuerpo segundo, violación indirecta a la ley sustancial por haberse incurrido en error de hecho determinado por falso juicio de identidad en la apreciación de las pruebas, dos cargos formula el recurrente contra la sentencia.

En relación con el primero de ellos, sostiene que en el error denunciado se incurre en dos sentidos:

a) En cuanto al sentenciador tergiversa o distorsiona la prueba testimonial, deduciendo de ello que el procesado fue uno de los promotores del enfrentamiento

presentado en la fiesta organizada por los esposos Tarazona-Valero, lo cual lleva a catalogarlo como injusto agresor, para concluir que su ira no posee motivo diverso que no habérsele permitido estropear la fiesta;

b) Por cercenamiento de la restante prueba testimonial, derivando de él un "marcado interés en la causa" y demeritándola con base en una supuesta contradicción que conduce a desconocer el "ataque" de que fue objeto el sentenciado.

Este tipo de error, prosigue, determinó la no aplicación del art. 60 del C.P. y, consecuentemente, la imposición de una pena superior a la permitida de acuerdo con los criterios del artículo 61 *ibidem*.

Como normas procesales conculcadas, se destaca la inaplicación de los artículos 253, 233 inciso 2 y 248 del Código de Procedimiento Penal.

En demostración del error, de manera minuciosa y con transcripción de los apartes correspondientes, se realiza examen a la prueba testimonial. Por medio de él, pretende el casacionista demostrar que el sindicado no auspició enfrentamiento alguno y que, por el contrario, la ira en que realizó en hecho fue determinada por comportamiento ajeno e injusto. Por esto, concluye hacíase imperativa la aplicación del artículo 60 del C.P., con las consecuencias punitivas que ello determina, lo cual no se hizo por efecto del error alegado y que no se habría presentado de haber sido apreciada la prueba por el sentenciador en su "texto y contexto, y en conjunto", dando lugar a que fuera reconocida la duda favorable, que, por demás, estima, debe ser alegada como error de hecho por falso juicio de identidad.

Al referirse al segundo cargo, el cual, como antes se destacó, es amparado en la misma modalidad de error de hecho, acusa a la sentencia de dar por probado que el procesado se aprovechó del estado de indefensión de la víctima, determinándose así la aplicación indebida del numeral 7º del artículo 324 del Código Penal y la inaplicación del artículo 323 *ibidem*, con un aumento de pena que no corresponde a la realidad fáctica y probatoria.

Sobre análisis probatorio testimonial, análogo al anteriormente hecho, concluye que no hubo aprovechamiento de la indefensión de la víctima, sino que el hecho tuvo ocurrencia por el estado emocional de ira e intenso dolor en que se hallaba Picón Carreño, provocado por la agresión grave e injusta de que había sido objeto, todo lo cual, en criterio del recurrente, resulta ser incompatible con la circunstancia de mayor punibilidad a él deducida.

Con base en lo anterior, culmina con la proposición de que la sentencia sea casada parcialmente para que la Corte dicte el fallo de reemplazo respectivo en que la punibilidad impuesta sea modificada.

El concepto de la Procuraduría

Para el Procurador Tercero Delegado en lo penal, los cargos que contra la sentencia propone el recurrente no pueden prosperar. En relación con el primero de

ellos, estima que el error en que se funda no posee la evidencia manifiesta requerida para su reconocimiento. Si él, se argumenta, desemboca en la solicitud de reconocimiento de la duda favorable al reo, para admitir que obró en estado de ira e intenso dolor, tal como lo propone el casacionista es porque como error, no se ofrece manifiesto y, por lo mismo, no posee la calidad requerida para servir de fundamento a censura del tipo de la enunciada.

En cuanto tiene que ver con el segundo de los reproches formulados, hace el Ministerio Público un doble cuestionamiento. Pretendiéndose por el censor desquiciar el fallo, en la medida que en él se declara probada la circunstancia de mayor punibilidad específica contemplada en el numeral 7° del artículo 324 del C. P., con la consecuencia punitiva correspondiente es de la opinión que la vía escogida –violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho en la apreciación de las pruebas–, resulta improcedente. Destaca al respecto, cómo el punto fue propuesto al Juri y, por lo mismo, tema de su veredicción, lo cual, prosigue, impide que pueda ser debatido en casación por el motivo aducido en la demanda.

Desde otra perspectiva, a partir, por vía hipotética, de la admisión del examen del reproche en los términos propuestos por el recurrente, encuentra igualmente que él no podría prosperar para la formulación de tal planteamiento, toma en cuenta la íntima vinculación entre los dos cargos contenidos en la demanda, dando lugar a que la imprecisión en reclamar a través del reconocimiento de la duda, la diminuente de la ira, en su criterio ciertamente incompatible con el aprovechamiento de la indefensión de la víctima, afecta, negándola, la demostración del segundo cargo, el cual, concluye, también se hace improcedente por la no existencia del falso juicio que se le atribuye al sentenciador.

Consideraciones de la Corte

Primer cargo: Intenta demostrar el casacionista que el sentenciador, en la apreciación de las pruebas, incurrió en falso juicio de identidad, error de hecho, pues les dio un alcance fáctico que no tienen, violando así indirectamente la ley sustancial, artículo 60, por falta de aplicación.

Como ha sido entendido, se incurre en este tipo de error, cuando en la determinación de la coincidencia descriptiva que debe existir entre el hecho probado y el hecho condicionante de una norma sustantiva (juicio de identidad), al hecho que recoge la prueba se le da un alcance que no tiene, se le quita el que realmente posee, se tergiversa su contenido objetivo, o se le encuentra idéntico al de una norma que no lo considera. En todas estas hipótesis, a consecuencia del falso juicio en que ellas consisten, en la medida de su carácter ostensible o manifiesto, hay que convenir violación a la ley sustancial por falta de aplicación o aplicación indebida.

No obstante, en la impugnación que se resuelve, este tipo de error no tiene ocurrencia. Del examen del fallo, advierte la Corte que allí se hace un análisis de conjunto de las pruebas aportadas al proceso, para, de conformidad con él, arribar a la conclusión, en punto al tema de la ira, cuyo no reconocimiento ha motivado la inconformidad del recurrente, que Pablo Antonio Picón Cañeño fue promotor del enfrentamiento presentado en la fiesta de la familia Tarazona-Valero, en el cual

resultó mortalmente herido Libardo Tarazona Leal; que la única ira en que pudo haber actuado, fue la determinada por la prohibición a él hecha de permanecer en la reunión contra la voluntad de quienes la habían organizado y que el occiso no tuvo intervención alguna que provocara reacción de tan graves consecuencias como la de que se le hizo objeto por parte del procesado.

En estas conclusiones, no se observan yerros por parte del fallador de la contemplación fáctica de las pruebas sustentatorias de su decisión. A ellos llega el recurrente, por virtud de anteponer su personal apreciación de los medios de convicción a la realizada por el Tribunal, tarea en la cual parcela la prueba testimonial, orientando su discurrir a la evidencia de que los testimonios desestimados por parcializados y contradictorios merecen mayor credibilidadd, los cuales, de haber sido considerados, habrían conducido al fallador a reconocer la duda favorable al reo y, consecuentemente, que éste actuó en ira diminuente de la responsabilidad.

Difícil resulta admitir la prosperidad de una censura así concebida. En casos como éstos, donde el error denunciado surge de la contraposición de interpretaciones sobre la apreciación probatoria, antes que de la demostración de un falso juicio ostensible por parte del sentenciador en el conjunto de operaciones estimativas del material de convicción, ha sido doctrina la aceptación de la prevalencia del fallo, por virtud de la doble presunción de acierto y verdad que lo ampara.

Pero es más; en la contraposición señalada, puede observarse una serie de confusiones que, en el desarrollo del cargo, evidencia, por modo notorio, su improsperidad

Como antes se expuso, el censor intenta demostrar errores en la contemplación fáctica de la prueba testimonial en que se sustenta el fallo recurrido. Por virtud de ellos, de acuerdo con su planteamiento, se omitió el reconocimiento de la duda favorable al reo y admitir que éste ocasionó la muerte a Tarazona Leal en estado de ira grave e injustamente provocada. Con tal propósito, examina individualmente cada una de las declaraciones, extractando para resaltarlos aquellos aspectos en los que considera se otorgó un contenido que no corresponde.

Aunque desde una apreciación estrictamente formal, bien puede admitirse que el método empleado por el casacionista para la presentación de la censura resulta acorde con el tipo de cargo alegado, es lo cierto que, como atrás se anunciara, en su contenido y desarrollo incurre en manifiestas equivocaciones. Confunde en varios pasajes de su argumentación el falso juicio de identidad bajo cuyo amparo dice formular el ataque, con el falso juicio de convicción.

Esto se aprecia, vr.gr., con respecto a las declaraciones de Marilúz Cruz Caballero, Carmencita Luna Tarazona y Cruz Delina Suárez, testigos en relación con el comportamiento beligerante del procesado, quienes le atribuyen haber lanzado insultos a los presentes en la fiesta de los Tarazona Valero, para luego sacar de la pretina un cuchillo, acción que determinó la huida de quienes allí se encontraban. En la medida en que su censura se orienta a evidenciar cómo tales versiones se hallan desmentidas por otros testimonios y que quienes declaran no estaban en condiciones de percibir los hechos, ella corresponde al falso juicio de convicción, dejando, sin demostración el falseamiento del contenido fáctico de tales pruebas que sería lo

consecuente con el falso juicio de identidad que, según el enunciado, motiva el reproche a la sentencia.

En el mismo sentido procede, en relación con los testimonios desestimados por el Tribunal sobre el fundamento de su interés favorecedor del procesado y en las contradicciones en que incurren, al plantear que ellos acreditan la agresión grave y determinante de la ira.

Sobre esta última conclusión, cabe advertir otro tipo de confusión en los planteamientos del recurrente que hace definitivamente inadmisible la censura.

En efecto, en la confrontación de los hechos recogidos en las pruebas, luego del personal análisis que de ellas hace el recurrente, con los supuestos señalados en la ley que, dice, se dejó de aplicar –art. 60 C.P.–, se genera en el planteamiento del impugnante un vacío, fruto, precisamente, de los términos de desarrollo del ataque, el cual se orienta más a controvertir las afirmaciones del Tribunal que hacia la demostración de la inaplicación de la ley.

En tal situación, no pudiéndose desconocer la conclusión del Tribunal para el no reconocimiento de la ira alegada, consistente en que el occiso no provocó al procesado y, por ende, que se desestructura el fenómeno, no le queda más alternativa al censor, frente a la ninguna posibilidad por vía de ataque probatorio de demostrar el error por parte del *ad quem* en tal apreciación, que acepta la y en típico planteamiento teórico con apoyo en la transcripción parcial de un conocido autor, entrar a discutir el fallo sosteniendo que no es elemento de la ira que la reacción del provocado recaiga en persona distinta de quien la causó.

Planteamiento de tal tenor, no cabe duda, corresponde a vía distinta de la señalada para el desarrollo del cargo. Con él se busca, más que la demostración de la violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho determinado por falso juicio de identidad que se enuncia en el libelo, la de una violación directa de la ley por interpretación errónea. Por supuesto, imprecisión de tal magnitud, necesariamente impone el rechazo del cargo que la contiene.

Segundo cargo: El se hace consistir en la aplicación indebida del artículo 324, numeral 7° del Código Penal –aprovechamiento de las condiciones de indefensión de la víctima– y, consecuentemente en la falta de aplicación del art. 323 ibídem, *debido a los errores de hecho por falso juicio de identidad en que, se dice, incurrió el sentenciador.*

El examen del mérito de esta censura a la sentencia, frente a las observaciones de la Procuraduría Delegada, debe ser condicionado a la resolución previa de si su contenido, debatido ante el jurado por haber sido incluido en el cuestionario, puede ser propuesto ahora en sede de casación y por la vía que al efecto ha seleccionado el recurrente de la violación indirecta.

Estima el Representante del Ministerio Público, que habiéndose incluido en el cuestionario propuesto al jurado el tema de la indefensión, lo cual debió ser así por ser circunstancia objetiva de modo, de acuerdo con las previsiones del art. 529 del C. de P.P. sobre elaboración del cuestionario, el veredicto recae sobre ella también, siéndole

vedado al recurrente el sometimiento a nueva consideración en sede de casación y mediante propuesta que implica discusión de la prueba ya estimada en conciencia por el juri.

En realidad, sobre este punto ya se ha pronunciado la Sala. En la sentencia que decide la casación 3555, sostuvo que la inclusión en el cuestionario sometido a consideración del Tribunal Popular de circunstancias específicas o genéricas de agravación o atenuación punitiva, constituye irregularidad en la elaboración de la cuestión "porque obliga al jurado a pronunciarse afirmativa o negativamente sobre algo para lo cual no tiene competencia", por cuanto no puede hacer agregado a sus respuestas, el cual se entendería no escrito.

Esta posición doctrinal, se reitera. Sin embargo, debe aclararse el punto a partir del cual la Procuraduría elabora su planteamiento. Ciertamente, en las pautas de elaboración del cuestionario, precisadas en el artículo 529 del C. de P.P., se manda incluir las "circunstancias objetivas" de lugar, tiempo y modo que acompañen al hecho o hechos materia de causa. Pero esto, no da lugar a entender que las circunstancias de agravación o atenuación punitiva deban ser parte del tema de pronunciamiento por el juri. *Una interpretación sistemática de las disposiciones sobre las facultades que le son propias, así lo indica. Si como lo dispone el inciso 2° del artículo 531 del Código, cualquier agregado al "sí", o "no" que integre la respuesta al cuestionario, se entiende no escrito, significa que la cuestión propuesta no puede abarcar aspectos que conduzcan al jurado a pronunciarse más allá de lo que le es permitido, como sería la posibilidad de suprimir o agregar el reconocimiento de circunstancias de agravación o atenuación punitiva, las cuales, por disposición del artículo 533, sólo pueden ser declaradas por el juez.*

En este sentido, entonces, debe entenderse que cuando el artículo 529 dispone la inclusión de "circunstancias objetivas" de lugar, tiempo y modo del hecho o hechos materia de la causa, está haciendo alusión a aquellas que individualizan e identifican el hecho sobre el que versa el juzgamiento, pero por modo alguno a los agravantes o atenuantes. Son aquellos accidentes que dan particularidad al suceso, entendidos en su configuración fáctica que no jurídica. Por eso, es recomendable que al hacer mención de ellos en el cuestionario, no sean empleados conceptos de orden jurídico que conduzcan a confusiones del tipo de la que aquí se examina.

Desde luego, esas circunstancias en muchos casos pueden determinar consecuencias jurídicas como agravantes o atenuantes. Sin embargo, insístese, su inclusión en el cuestionario no es con tal carácter, el cual corresponde ser estimado al juez de derecho. Allí, no poseen función distinta a la antes indicada de servir de elemento identificante o particularizante del hecho motivo de juzgamiento, como cualquiera otra sin relevancia punitiva específica.

De acuerdo con lo anterior, debe admitirse la procedencia en el examen del cargo sobre la existencia del agravante del hecho porque fue sentenciado Pablo Antonio Picón Carreño, en cuanto él ha sido materia de debate en derecho.

En este orden de ideas, es dable destacar, inicialmente, que él aparece formulado como derivado del propuesto en primer orden. Efectivamente, de conformidad con el planteamiento del recurrente, la casación del fallo para la supresión del

agravante, resulta ser corolario del reconocimiento de la ira demandada en la primera censura, pues, ella descarta el aprovechamiento de las condiciones de indefensión.

Así propuesto el ataque, él debe fracasar. En primer lugar, porque de acuerdo a los términos de su elaboración queda sin fundamento

Ciertamente, debido a lo inane del cargo en pro del reconocimiento de la ira, no habría sobre qué sustentar la ausencia de aprovechamiento de las condiciones de indefensión, pues, de acuerdo a los extremos de la proposición del recurrente, por la existencia de un fenómeno se excluye el otro, que es tanto como decir que de la desaparición de uno pende el reconocimiento del otro, luego no procediendo lo último, mal puede llegarse a lo primero.

Pero, fundamentalmente, su desestimación viene impuesta por la contradicción en el desarrollo. Aquí como en la primera censura, el casacionista aduce unas tergiversaciones en el sentido fáctico de la prueba que, antes que demostrar el error del sentenciador, lo conducen a darle la razón. En específico, en cuanto el occiso fue herido por la espalda, cuando se hallaba inerme y en posición de huida, aspecto sobre los cuales el Tribunal reafirma el agravante de aprovechamiento de la indefensión de la víctima, para, luego, en giro inusitado afirmar que no hubo "aprovechamiento" y con abandono de la consideración a la prueba, dedicarse a elaboraciones teóricas sobre el alcance de la expresión "aprovecharse", las cuales resultan siendo correspondientes a la violación directa de la ley sustancial por interpretación errónea de la norma que regula la circunstancia discutida.

Esta confusión, en la que se mezcla en una misma alegación violación indirecta y directa de la ley, denota imprecisión y, por ende, la ineptitud del cargo.

No prospera el recurso,

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.

Dídimo Páez Velandia, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael I. Cortés Garnica
Secretario

* * *

1ª Calumnia e Injuria

La misma imputación no puede dar lugar a calumnia e injuria, porque son dos descripciones típicas excluyentes.

2ª Acción disciplinaria

Una conducta investigada que sea atípica penalmente, puede no serlo desde el punto de vista disciplinario.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel.*
Aprobada Acta No. 019 de marzo 20 de 1991.
Bogotá, D.E., abril cinco (5) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Vistos

Procede la Corte a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte civil, contra la providencia de fecha marzo 8 de 1990, proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta, mediante la cual ordenó la cesación de procedimiento respecto de la doctora Rosa Victoria Campo Rodríguez en razón de los hechos que se le imputaron en este proceso.

Hechos y actuación procesal

Los redactó así el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal:

"En un proceso penal en el que actuaba en calidad de defensora la Doctora Dorca González Pérez, adjuntó con el fin de que se le aceptara como prueba documentación relativa a unos exámenes médicos practicados a uno de sus defendidos, 'en donde se establece que padece el señor José María Arregocés de Cardiopatía Enguioesclerosa'; igualmente allegó cardiogramas tomados al mismo defendido 'en diferentes fechas por padecer de enfermedades cardiovasculares' (fl. 24 del sumario).

"Dentro del mismo memorial que anunció el aporte de los documentos anotados, solicitó que ellos fuesen evaluados por médico legista con el fin de determinar si

el sindicado defendido por la profesional del derecho padecía a la sazón de enfermedad relacionada con el corazón o las coronarias, pidiendo igualmente examen personal del legista al paciente (fl. 25 del sumario). En esta oportunidad, no se hizo solicitud alguna de suspensión de la detención preventiva o del estado de captura en que se encontraba el apenas indagado."

"Seguidamente, la misma abogada defensora presentó memorial en el que pone de presente el recrudecimiento de la enfermedad padecida por su cliente, solicita libertad inmediata señalando que los padecimientos de salud pueden ser certificados por el médico oficial del establecimiento carcelario, a la vez que pide el envío urgente de su defendido a una clínica de la ciudad, apelando más a un acto humanitario que al derecho de defensa (fls. 26 y 27 del mismo sumario). La Juez Unica Especializada del Magdalena, Dra. Rosa Victoria Campo Rodríguez, ante quien litigaba la querellante, por providencia del 11 de agosto de 1988, resolvió la situación jurídica de los implicados en el proceso, y en relación con las peticiones de la Dra. González, en la parte motiva expresó lo siguiente: 'En lo atinente a la solicitud elevada por la defensora de los procesados en lo que respecta a la suspención (sic) de la detención preventiva del sindicado José María Arregocés Arátjo, por razón de enfermedad grave, hemos de establecer que la actitud de esta profesional del derecho al allegar en respaldo de su solicitud certificaciones médicas o exámenes proferidos en los años de 1985 y 1987, resulta a todas luces ser una actitud contraria a la ética del ejercicio profesional como quiera que la norma del artículo 432 del Código de Procedimiento Penal numeral 3º resulta ser supremamente claro en establecer que ha de demostrarse el padecimiento (padecimiento actual) de una enfermedad grave, además que sea incompatible con el régimen carcelario porque no otra cosa se desprende de la especificación de la norma de que el Juez determine si el sindicado debe permanecer en su domicilio, en un hospital o clínica o en su lugar de trabajo o estudio. De tratarse el padecimiento, de una enfermedad grave pero qué pueda ser controlada en el regim (sic) carcelario no procede la suspención (sic).

"Pretender la defensora que sobre la base de unos documentos privados casi que ya caducos, constituye acción maliciosa para desviar el recto criterio de esta funcionaria, para que procurara el reconocimiento de una enfermedad que no se ha establecido por los mecanismos legales conducentes, constituyendo esto flagrante violación al Régimen Disciplinario contenido en el Decreto 196 de 1971 (artículo 52 No. 3) por falta contra la lealtad debida a la administración de justicia."

"Como consecuencia de la motivación transcrita, negó la suspensión de la detención preventiva y ordenó examen médico legal con el fin de determinar la real existencia de la enfermedad, así como su gravedad y compatibilidad con el estado de encarcelamiento."

La doctora Dorca González presentó querella penal en contra de la Dra. Rosa Victoria Campo, de la cual se desprendió la investigación cuya calificación llega a la Corte en segunda instancia.

La providencia de primera instancia

Escuchado el concepto del Fiscal 2°, el Tribunal de Santa Marta, mediante auto de marzo 18 de 1990, ordenó la cesación de procedimiento en favor de Rosa Victoria Campo Rodríguez.

Sostiene el Tribunal: "Una simple lectura al proveído de autos y que aludió a la denunciante en la forma conocida, deja ver su ninguna oposición con los fines del Estado en su específica función punitiva. Todo lo contrario, allí se exteriorizó un sentimiento solidario con quienes precisamente víctimas de una empresa mercenaria similar a la que ella investigaba".

"Su rigor conceptual halla explicación con el estado anímico de la funcionaria, condensado en la proposición como expresión del juicio, formado por la naturaleza misma de los hechos, éstos sí, en abierta contradicción con una salud precaria, según se enunciaba padecía el sindicado."

"En el numeral 5º del memorial suscrito por la denunciante, y recibido el 8 de agosto/88, expresamente se pide acepte como prueba, los resultados o exámenes del tórax practicados en la Clínica del Caribe."

"Luego es exacta la afirmación que sobre el punto hizo la Juez; entonces: ¿dónde está la injuria, la calumnia y la falsedad?."

Fundamentos de la apelación

Inconforme con la anterior determinación del Tribunal, la parte civil recurrió en apelación, y sustenta su desacuerdo considerando que pretendió probar ante el Juzgado que la enfermedad padecida por su poderdante le había sido diagnosticada varios años antes y por esa razón pidió se le enviara al médico legista para que dictaminara sobre la actualidad de la novedad, de tal manera que las afirmaciones de la Juez en el auto cuestionado son delictivas y atentatorias de su honor profesional. Agrega que los funcionarios judiciales no obstante la gravedad de los hechos que se investiguen deben conservar la serenidad y ecuanimidad que el cargo demanda.

Insiste la impugnante en sostener que se le causó un perjuicio económico, en razón a que quien le otorgó poder para que lo asistiera en el proceso penal, lo revocó con fundamento en los cargos que le hizo la Juez en la providencia que dio origen a este proceso.

Concepto del Ministerio Público

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal, considera que se debe confirmar la providencia apelada, porque según su criterio si bien el punible de injuria encuentra cabal tipificación en los autos, la acusada actuó sin dolo. En cuanto a los tipos penales de la calumnia y la falsedad, conceptúa que no se configuran en este proceso.

Luego de analizar detalladamente los hechos y las pruebas existentes concluye:

"Los tipos penales que describen la injuria y la calumnia son excluyentes entre sí, por encontrarse en una relación de género a especie; toda calumnia es deshonrosa,

mas no toda injuria es calumniosa; así una conducta no puede tener simultáneamente aptitud para ser tipificada en ambas descripciones, por cuanto son ontológicamente incompatibles, de manera que en el caso concreto no puede hablarse lógicamente de la figura concursal en su modalidad ideológica."

"Ahora bien, las imputaciones hechas por la Dra. Campo Rodríguez se tipifican en la descripción de la injuria y no en la calumnia, porque aunque en sentido amplio se trata de una imputación de hecho punible disciplinario, por violación del estatuto del abogado, en sentido estricto no existió imputación de hecho punible tal como se debe considerar para efectos de esta última modalidad delictiva, si se considera que la expresión 'hecho punible' que utiliza el artículo 314 C.P., constituye un ingrediente normativo penal, referido a la definición y clasificación que el propio Código establece, esto es, delitos y contravenciones, estas últimas por regla general de conocimiento de las autoridades de Policía. Posición contraria llevaría a absurdos tales como considerar calumniosa la falsa imputación de incumplimiento de un contrato; en el entendido de que se trata de un hecho punible de acuerdo con las leyes civiles, cuando en verdad tal acto puede eventualmente considerarse injurioso, pero nunca integrador de calumnia, dado el carácter restrictivo que impone la correcta interpretación de la norma que describe este delito."

"7.2 Tampoco se tipifica, a juicio de la Delegada, el delito de falsedad ideológica, por cuando no se advierte lesión alguna al bien jurídico tutelado; en efecto, las apreciaciones subjetivas vertidas en los escritos (autos o sentencias) no tienen aptitud de afectar la fe pública, porque no pueden considerarse falsas, sino acertadas o equivocadas, y estos últimos conceptos no caben en la descripción típica en la medida en que de ellos no son predicables juicios de verdad."

Consideraciones de la Sala

1ª En realidad la Juez querellada, al referirse a la petición de la abogada defensora en la providencia del 1º de agosto de 1988, utilizó expresiones inadecuadas como, "actitud contraria a la ética profesional". "Acción maliciosa para desviar el recto criterio de esta funcionaria". "Flagrante violación al régimen disciplinario" y "falta contra la lealtad debida a la administración de justicia", que indican una reacción desmedida, ajena a la serenidad, respeto y elegancia que se debe observar, así sea para reprochar a otra persona su mal comportamiento.

Pero esas expresiones constituyen la respuesta indignada de la funcionaria, al caer en el error de creer que había descubierto en la abogada propósito de engañar, anexando al proceso certificaciones médicas expedidas a su cliente en años anteriores. Empleó calificativos injuriosos, con capacidad para lesionar la buena imagen de la profesional litigante, hasta el punto de que al parecer, ese fue el motivo para que le revocaran el poder. Sin embargo, con igual claridad se ve que no la acompañó el ánimo de injuriar.

El dolo de la injuria lo forman la conciencia y la voluntad de deshonrar, de lesionar la integridad moral de otro. Este elemento subjetivo se debe desentrañar de las circunstancias que rodearon el hecho, de los medios utilizados, de los antecedentes en la

relación de los sujetos, de sus condiciones intelectuales y sociales, en fin, de todo aquello que permita obtener certeza sobre la intención del autor de las imputaciones. En el caso que ocupa la atención de la Sala, todo indica que en el comportamiento de la funcionaria no hubo el menor deseo de injuriar, de atacar la honra de la abogada, simplemente le negó una petición de manera enérgica, ofendida por el engaño del cual pensó que iba a ser víctima; prueba de esto es que todas las expresiones utilizadas apuntan a corregirle la supuesta falta, a hacerle ver que obró mal y de una manera censurada en la gestión profesional, exclusivamente.

Tampoco existe prueba de algún antecedente, diferente de la relación procesal, que pudiera haber originado el incidente; o de un interés distinto de exigir lealtad y respeto por la administración de justicia, todo lo cual nos lleva a la misma conclusión del Ministerio Público, de que no existió dolo y por lo tanto no hay lugar a juicio de reproche.

2ª Con relación a la calumnia, también endilgada a la procesada, la Corte en providencia de noviembre 23 de 1982, hizo las siguientes precisiones: "Incurre en calumnia la persona que impute falsamente a otro un hecho punible. Imputar es atribuir a otro determinada acción u omisión; hecho punible es cualquier comportamiento descrito en la ley penal como delito o contravención, tal como lo reconoce el artículo 18 de este mismo estatuto, falso es aquello que no corresponde a la realidad... Cuando la imputación verse sobre un hecho que la ley no ha descrito como delito o contravención, o cuando ella se refiera a un comportamiento efectivamente realizado por el sujeto pasivo y subsumible en cualquier tipo delictivo o contravencional, la conducta del agente no genera responsabilidad penal por ausencia de tipicidad, ya que no se da en tales casos un pleno acomodamiento de la acción del actor en todos y cada uno de los elementos integradores de esta figura, pues el hecho imputado no es punible, o, él corresponde a uno efectivamente realizado por la persona a quien se atribuye y, por ende la imputación no ha sido falsa".

La doctora Rosa Victoria Campo, no le atribuyó a la abogada la comisión de un hecho punible, sino faltas al régimen disciplinario, lo cual descarta la existencia de la calumnia sin necesidad de analizar la antijuridicidad y la culpabilidad.

Es procedente aclarar que la misma imputación no puede dar lugar a calumnia e injuria, porque son dos descripciones típicas excluyentes. Si la afirmación falsa del autor se concreta en la atribución de la comisión de un delito o una contravención, se tipifica la calumnia, o si dichas afirmaciones sean deshonrosas; la injuria se configura en todas aquellas situaciones en que se ataca la honra imputando al ofendido actuaciones que no constituyen hecho punible, pero que tienen capacidad para poner en peligro o lesionar su integridad moral.

3ª Sobre el supuesto delito de falsedad, fácilmente se concluye que no se tipifica, porque las consideraciones de los jueces en las providencias no tienen por objeto dar fe de un suceso o incorporar una verdad, simplemente, se trata es de expresar el criterio que sirve de sustento a una determinada decisión. Razón le asiste al Procurador Delegado, cuando opina que esas apreciaciones no tienen aptitud para afectar la fe pública y de ellas solamente se puede decir que son acertadas o equivocadas.

4ª La mayoría de la Sala encuentra que si bien es cierto que la conducta investigada es atípica penalmente, no lo es desde el punto de vista disciplinario, pues con toda claridad el artículo 60, literal b) del Decreto 052 de 1987 (art. 8º literal c) Decreto 1888/89) instituye como falta de esta índole el proceder de la funcionaria denunciada ("Proferir expresiones injuriosas o calumniosas contra cualquier funcionario o empleado o contra quienes intervienen en los procesos").

Negar la expedición de copias con base en consideraciones de inculpabilidad (que la funcionaria mal interpretó el memorial petitorio del abogado denunciante) es decisión que no compete a la Sala, toda vez que ello es asunto que debe ser analizado y resuelto por la autoridad encargada de faltar al proceso disciplinario.

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

Resuelve:

Primero: Confirmar la providencia apelada.

Segundo: Ordenar que el Tribunal Superior compulse las copias pertinentes, para lo que la Procuraduría estime procedente con relación a la doctora Rosa Victoria Campo Rodríguez, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

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

Dídimo Páez Velandia, Ricardo Calvete Rangel (con Salvamento parcial de voto), *Jorge Carreño Luengas* (Salvo parcialmente mi voto), *Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Edgar Saavedra Rojas* (Salvamento parcial), *Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.* (Salvo parcialmente mi voto), *José I. Talero Lozada* (Conjuez).

Rafael Cortés Garnica
Secretario

Acción disciplinaria (Salvamento de voto) / Culpabilidad (Salvamento de voto)

Si se admite la inculpabilidad del funcionario en un proceso penal, no es posible, con apoyo en el mismo punto, compulsar copias con destino a una averiguación disciplinaria.

Salvamento de voto

Siendo unánime la decisión de la Sala en cuanto a la confirmación del auto apelado, fue necesario nombrar Conjuez para resolver el empate presentado respecto a la determinación de compulsar copias para la investigación disciplinaria.

Como no comparto el pronunciamiento mayoritario sobre el punto anotado, respetuosamente me permito expresar la razón de mi disentimiento:

La doctora Rosa Victoria Campo Rodríguez fue beneficiada con un auto de cesación de procedimiento por los delitos por los cuales se había abierto investigación, con el argumento de que algunos de los comportamientos imputados son atípicos, y el relativo a la injuria, si bien se enmarca en el tipo correspondiente, no constituye infracción.

Lamentablemente, la doctora Campo Rodríguez interpretó erróneamente una petición formulada por la defensora, que de haber sido como lo creyó la Juez, resulta realmente contraria a la ética profesional. Se excedió la Juez en los calificativos utilizados, pero no como reacción inmotivada, o porque simplemente haya querido insultar a la profesional litigante, sino porque sintió que la administración de justicia iba a ser objeto de burla.

Así las cosas, su comportamiento fue considerado inculpable y por lo tanto exento de reproche, luego admitiendo que hubo un error, no se justifica compulsar copias para una investigación que lo lógico y lo jurídico es que termine reconociendo lo mismo.

No entiendo la expedición de copias como una actividad rutinaria, ni como una operación que deba realizarse simplemente para que la autoridad competente refrende en el campo disciplinario lo que se ha dicho en la decisión penal. O de otra manera, admitiendo la inculpabilidad, no veo cómo, con apoyo en el mismo punto, la mayoría halla mérito para compulsar copias con destino a una averiguación disciplinaria.

No desconozco que en providencias desfavorables al procesado puedan encontrarse circunstancias que indiquen una posible falta disciplinaria, pero exigiendo ésta que el autor haya obrado culpablemente, y habiéndose aceptado su inculpabilidad, para qué trasladarse el problema a la Procuraduría? La situación se me ocurre similar, a que alguien denuncie un hecho a sabiendas de que no es delito, con el propósito de que la autoridad competente lo declare así.

Con el debido respeto para con quienes piensan de una manera diferente.

Ricardo Calvete Rangel, Magistrado.

* * *

Acción disciplinaria (Salvamento parcial de voto)

El ardimiento, el brío y aun el celo no pueden ni deben confundirse con la grosería, la rusticuez o la incorrección.

Salvamento parcial de voto

Yo que me he pasado buena parte de mi vida escuchando la ordinariez y la rudeza de los demás, no he encontrado en el continente del proveído, materia de estrépito, en ningún párrafo pero en ninguna parte, excesos, desabimientos e intemperancias en los calificativos utilizados por la Dra. Rosa Victoria Campo Rodríguez, para referirse a la actuación de la abogada que ejerció ante su Despacho. Con criterio edificante se piensa otra cosa. No obstante mi mejor voluntad por comprender los razonamientos de la mayoría no logro captar, de verdad, el fondo vital de la censura por mal entendido irrespeto, encaminada, seguramente, digo yo, a mejorar el inventario de nuestra lengua y la buena educación de nuestros Jueces. Sospecho que en la materia de exhumar frases o párrafos inoportunos o impertinentes tenemos ideas opuestas y nada afines. ¡Qué hemos de hacerle! Es de ver que la razón y la verdad no coinciden jamás en las mentalidades de los hombres. La advertencia es importante. Al menos para mí.

El estilo de la Juez no parece cuidadoso y a buen seguro carece de distinción y eticismo pero dijo con desenfado la verdad cuando creyó que la justicia había sido maltratada. Esto no tiene nada de inverosímil y debo confesar que me satisface en extremo, el acatamiento del deber que lo cumplió aun a riesgo de no ser entendido, sin burlar los fueros del lenguaje ni los de la buena instrucción. El ardimiento, el brío y aún el celo no pueden ni deben confundirse con la grosería, la rusticuez o la incorrección. Algo y mucho va, quiérase que no, de una cosa a la otra. La reacción fue consecuente con el presunto o real abuso atribuido a la litigante. Nada más.

Poner las cosas en su sitio es la mejor acción, valerosa a menudo, que alguien puede intentar en el mundo. La verdad irrita a veces y decirla con galanura o sin ella, origina resquemores y escocimientos. Lo sabré yo que tengo una amplia experiencia sobre el asunto. Cada cual, pues, es cortés a su manera. Lo importante para el urbano o para el rústico es no arriesgarse a traspasar la disciplina de las buenas maneras y dejar a otros el timbre vil y la palabra soez.

Los detalles de las cosas y de los hombres tienen el valor de lo azaroso e inútil cuando conducen a irrealidades. La indagación que se ordena, según la peculiar sensibilidad de otros, no va a conducir a nada, mientras, claro está, no se confundan los conceptos.

No tengo que decir –sin infringir el derecho ni las convenciones de la época– que estoy de acuerdo con el desacuerdo de la mayoría aunque vaya más allá. No debemos volvernos tan susceptibles.

Con todo respeto,

Jorge Enrique Valencia M.

Fecha *ut supra*.

* * *

JURISDICCIÓN DE ADUANAS / TRÁNSITO DE LEGISLACIÓN

El procedimiento que antecedió al actual Estatuto Penal Aduanero, sólo es aplicable a los casos que, para el 1º de julio de 1987, se hallaban con auto de proceder.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Gustavo Gómez Velásquez.*
Aprobada Acta número 19 de marzo 20/91.
Bogotá, D.E., abril cinco (5) de mil novecientos noventa y uno (1991).

VISTOS

El Tribunal Superior de Aduanas mediante providencia de fecha 16 de noviembre de 1990, reformó la sentencia de primera instancia del Juzgado 2º Superior de la citada jurisdicción en el sentido de imponer como pena privativa de la libertad a Eugenia Lucía Vélez de Peñuela la de ocho (8) meses de arresto como autora del delito de contrabando interno consagrado en el artículo 23 del Decreto 051 de 1987.

Contra esta decisión, la defensora interpuso recurso extraordinario de casación el cual le fue negado mediante auto de fecha 22 de enero del presente año. Dentro del término de ejecutoria, la Procuradora Judicial de la acusada interpuso recurso de reposición y, subsidiariamente, la expedición de copias para recurrir de hecho.

Negada la reposición mediante providencia de fecha 13 de febrero último, se ordenó la expedición de copias con destino a esta Corporación las que fueron sometidas a reparto y puestas a disposición de las partes para la debida sustentación del recurso. Dentro del término legal la doctora Rosalba Castro de Sotelo presentó escrito en el que puntualiza:

"... en el presente caso es procedente este recurso de casación porque si ciertamente el Decreto 0051 de 1987, en su artículo 51 estableció que para determinar el valor de las mercancías y saber si es del caso conceder el recurso de casación, las mismas deben referirse a gramos de oro, restringiendo el recurso a los casos en que valgan más de 5.000 gramos de oro, no es menos cierto que el artículo 35 del citado

Decreto 0051 del 87, precisamente para hacer efectivo el principio de favorabilidad consagrado en el artículo 26 de la Constitución Nacional y los artículos 6º y 5º del C. de P.P., consagró que 'el ajuste de cuantías se aplicará sin que en ningún tiempo se afecte la competencia en los casos indicados'."

"En el presente caso, tal y como lo reconoce el Tribunal, el proceso estaba en marcha cuando entró en vigencia el reajuste consagrado en el artículo 51 del Decreto 0051 del 87. Siendo esto así, tal reajuste no tiene aplicación en el caso que nos ocupa y en consecuencia, para determinar si procede el recurso de casación contra la sentencia, lo que debe tomarse en cuenta es el monto señalado en el artículo 20 del Decreto 520 de 1971, que modificó el 65 del Decreto 955 de 1970, norma según la cual hay lugar al Recurso de Casación siempre que el delito tenga señalada sanción privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de cinco años, si a la vez el valor de la mercancía es o excede de $100 000.00 (cien mil pesos)."

"El Tribunal afirma que las competencias derivadas de las cuantías a que se refiere el artículo 35 del Decreto 0051 de 1987 se refieren a los jueces y no a la Corte, desconociendo que el artículo 31 del mismo decreto, cuando se ocupa de las competencias no excluye, como no podía hacerlo, a esa Corporación."

Consideraciones de la Corte

Le asiste razón al Tribunal de Aduanas cuando negó el recurso extraordinario de casación interpuesto por la apoderada de la procesada contra la sentencia de segundo grado.

En efecto: de las piezas procesales remitidas a esta Corporación para los efectos del recurso de hecho, se tiene que la investigación se inició el día 22 de diciembre de 1986, es decir, bajo el imperio del Estatuto Penal Aduanero (Decretos-ley 955 de 1970, 520 de 1971 y Ley 21 de 1977) normas que fueron derogadas expresamente por el Decreto 0051 de 1987 (artículo 85) y, además, las disposiciones especiales que le fueran contrarias, con excepción de la Ley 55 de 1955, que sigue vigente.

El artículo 26 de la Carta enseña que "nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio".

"En materia criminal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable."

Podría pensarse, entonces, que por haberse iniciado la investigación con base en hechos ocurridos antes de la vigencia del nuevo estatuto penal aduanero, el juez debía aplicar las normas vigentes al momento de la consumación del hecho imputado a la acusada. Pero, como puede apreciarse en el fallo de segunda instancia, se le condenó por el delito de contrabando interno consagrado en el artículo 23 del Decreto 0051 de 1987 y no con base en el anterior estatuto, luego el procedimiento debe igualmente sujetarse al estatuto aplicado.

El artículo 51 del Decreto 051 de 1987 prescribe que "habrá recurso de casación contra las sentencias de segundo grado dictadas por el Tribunal Superior de Aduanas,

por los delitos que tengan señalada una sanción privativa de la libertad, cuyo máximo sea o exceda de cinco (5) años y la mercancía tenga un valor superior al equivalente en moneda nacional a cinco gramos oro".

"También habrá recurso de casación, cuando el Tribunal hubiere dictado sentencia por uno o más delitos conexos en relación con los cuales proceda el recurso conforme a las reglas del Código de Procedimiento Penal."

De esta disposición se deduce que las referencias del Tribunal, sobre el delito, el máximo de la pena imponible y el valor de la mercancía, son los aspectos que orientan la procedencia de este recurso, o su negativa. Y, en el caso concreto, la sentencia impugnada por la defensa, cumple los primeros, es decir, fallo proferido en segunda instancia por el Tribunal de Aduanas, por delito cuya pena privativa de la libertad es la de cinco (5) años de arresto, en su máximo, pero, el valor de la mercancía no sobrepasa el equivalente en moneda nacional a cinco mil gramos.

La anterior afirmación se hace con base en lo consignado en el auto del Tribunal de fecha 22 de enero del presente año, cuando expresa que "...el suscrito Magistrado (el sustanciador), en aras de una decisión acorde a derecho, solicitó al Banco de la República, entidad encargada de certificar el valor del gramo oro, informara cuál era su costo para la fecha en que ocurrieron los hechos, obteniéndose como respuesta el que era de $2.641.20 mientras que para la fecha en que se evacuó la pericia de avalúo y aforo –6 de mayo de 1987– se fijó en la suma de $3.592.23 pesos moneda corriente, lo cual viene a significar que si se tuviera en cuenta el primer valor, los cinco mil gramos oro que se exigen como requisito insustituible en el presente asunto, equivaldrían a $13.206.000.00 y si se toma la segunda que es la pertinente, lo sería de $17.914.065.00, sumatorias estas que superan ampliamente el valor de la mercancía declarada de contrabando, pues en pericia de avalúo y aforo, obrante a folios se le asignó un precio de $698.000.00...". Debe agregar la Corte, que esta cuantía en pesos deducida por los peritos, así se incrementé por el factor de devaluación, en ningún caso llegaría al monto requerido para la procedibilidad del recurso extraordinario de casación.

Ahora bien: la recurrente reclama que el valor de la mercancía fue fijado en el proceso en $698.000.00 con anterioridad a la vigencia del actual Estatuto Penal Aduanero, razón por la cual, excedía en mucho el fijado por el legislador para la procedencia del recurso extraordinario de casación que lo era en cien mil pesos ($100.000.00) razón por la cual el Tribunal ha debido concederlo ya que se daban todos los requisitos legales previstos para el efecto.

Aparentemente tendría razón la recurrente, si no se observara que *el nuevo estatuto, en su artículo 86 determina que "el presente estatuto entrará en vigencia el primero (1°) 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" es decir, que sólo le es aplicable el procedimiento anterior a los casos que para el 1° de julio de 1987, se hallaban con auto de proceder luego de la correspondiente solicitud del Ministerio Público (artículo 47 Decreto 955 de 1970).*

En el presente caso, para la fecha en que entró en vigencia el nuevo estatuto aduanero, se hallaba en instrucción, luego el procedimiento y los recursos deben sujetarse a esta disposición y no a la anterior, por expreso mandato del legislador.

No obstante lo anterior y en el evento de que el estatuto aplicable hubiese sido el anterior, en efecto la cuantía determinada daría base para la concesión del recurso extraordinario de casación, pero no así, la pena privativa de la libertad cuyo máximo era la de cuatro (4) años de arresto, insuficientes para la procedibilidad de la impugnación.

El artículo 18 del Decreto 955 de 1970 prescribía: "Contrabando impropio. Quien oculte, dé o reciba en depósito, o transporte, enajene, adquiera o posea mercancía de contrabando, a sabiendas, incurrirá en arresto de seis meses a cuatro años y multa equivalente al doble del valor de la mercancía", y tampoco se le procesó a la acusada por delitos comunes, conexos con el contrabando que eventualmente tuviesen pena privativa de la libertad de cinco (5) años o más que permitieran para éstos, exclusivamente el recurso extraordinario, de conformidad con las normas del Código de Procedimiento Penal.

Finalmente y como la recurrente presenta reparos al criterio del Tribunal respecto de la interpretación del artículo 35 estatuto que trata sobre el "ajuste de cuantías", considera propicio la Sala pronunciarse al respecto.

El título IV del Estatuto Penal Aduanero (Decreto 0051 de 1987) trata sobre diferentes competencias de la jurisdicción, es decir, de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal Superior de Aduanas, los Jueces Superiores, de Instrucción y de Distrito Penal Aduanero (artículos 30 y ss.).

De ahí que la Corte conozca exclusivamente de los recursos extraordinarios de casación y revisión del de hecho cuando se niegue el de casación y, además, de aquellos asuntos determinados en el Código de Procedimiento Penal.

El Tribunal Superior de Aduanas, a su vez, conoce en segunda instancia por apelación, consulta o por virtud del recurso de hecho, de los procesos por el delito de contrabando y los delitos conexos, de que conocen en primera instancia los Jueces Superiores de Aduanas. Y respecto de la cuantía, solamente de aquellos por el delito de contrabando cuyo avalúo de la mercancía exceda de veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales, que son precisamente los que pueden ser objeto del recurso extraordinario de casación, siempre y cuando dicha cuantía equivalga en moneda nacional a cinco mil (5.000) gramos oro. Si el proceso se refiere a mercancía cuyo valor sobrepasa la cuantía de veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales, pero no alcanza a los 5.000 gramos oro, no habrá recurso extraordinario de casación por esta infracción, salvo que, se repite, la sentencia se refiera a los delitos conexos cuya sanción privativa de la libertad sea o exceda de cinco (5) años, en cuyo caso, será procedente pero exclusivamente respecto de esa infracción o infracciones, mas no por el de contrabando.

Como el Gobierno Nacional anualmente fija nuevo valor al salario mínimo mensual, es entendido que a partir de la vigencia del Decreto respectivo, la cuantía se modifica, en cuyo caso, su nuevo valor se multiplica por el número de salarios para

determinar la competencia bien sea de los juzgados superiores en primera instancia o los de Distrito Aduanero en única o primera instancia, pero solamente en los asuntos nuevos por hechos ocurridos a partir de la nueva fijación del valor del salario mínimo mensual.

En el evento de que un proceso por contrabando se inicie en fecha anterior a la fijación del salario mínimo, pero cuya cuantía se determine con posterioridad al incremento, el valor resultante deberá ser dividido por el del salario mínimo legal vigente para el momento consumativo de la infracción y así establecida la cantidad de salarios mínimos equivalentes, se fijará la competencia en forma definitiva.

Ahora bien, todos los asuntos iniciados con anterioridad a la vigencia del nuevo estatuto penal aduanero, y los nuevos en que se haya determinado la competencia en razón de la cuantía, seguirán al conocimiento del funcionario que avocó la investigación, sin consideración a que anualmente la cuantía varíe y, como consecuencia de ella, sea otro el funcionario que debería conocer del proceso. El legislador ha querido que los incrementos decretados en la asignación básica mensual (salario mínimo) no afecte a los procesos ya iniciados y cuya competencia igualmente ha sido determinada, sino exclusivamente a los nuevos que, una vez establecida la cuantía y la competencia, resultan igualmente inmodificables para el futuro.

En tales condiciones, la norma en ningún caso puede referirse a los recursos ordinarios o extraordinarios, ni a la consulta, pues ella, se refiere a la fijación de la competencia en los juzgados penales aduaneros, como bien lo afirma el Tribunal, y no para las corporaciones colegiadas (Corte y Tribunal) pues éstas no tienen competencia juzgadora de primera o de única instancia.

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

RESUELVE:

1. DECLARAR bien denegado el recurso extraordinario de casación interpuesto por la apoderada de la procesada Eugenia Lucía Vélez de Peñuela contra la sentencia de fecha 16 de noviembre de 1990 que la condenó a la pena de ocho (8) meses de arresto como responsable del delito de contrabando interno, proferida por el Tribunal Superior de Aduanas.

2. Remítase la actuación a la citada Corporación para que forme parte del proceso respectivo y se proceda a la devolución del mismo al Juzgado de Primera Instancia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Dídimo Páez Velandia, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael Cortés Garnica
Secretario

* * *

Situación jurídica – Término / Juez

El término de diez días para resolver situación jurídica del indagatoriado, debe asumirse en igualdad de condiciones, sin que se otorguen más garantías al juzgamiento de un funcionario judicial que a otras personas.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Gustavo Gómez Velásquez.*
Aprobada Acta número 19 de marzo 20/91.
Bogotá, D.E., abril cinco (5) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Vistos

Dentro del presente proceso, adelantado contra la doctora Dora Esperanza Murillo Rey, Juez 97 de Instrucción Criminal de Bogotá, por los presuntos delitos de prevaricato y abuso de autoridad, según denuncia del abogado Henry Sanabria Vargas y, encontrándose el mismo con la fase investigativa clausurada en orden a la respectiva calificación, la parte civil, que lo es el mismo denunciante, formula recusación contra el Magistrado Ponente, doctor Eliécer Giovanni Olarte Gamboa, con base en el artículo 103-9 del C. de P. Penal que a la letra dice: "... Son causales de impedimento:... 9. Dejar el juez vencer, sin actuar, los términos que la ley señale al efecto, a menos que la demora sea debidamente justificada...".

Así fundamentó el doctor Sanabria V., la recusación: que por tres veces el proceso ha ingresado al despacho del magistrado, luego de que la doctora Murillo Rey rindiera su injurada, sin que se hubiera dado cumplimiento al artículo 413 del C. de P. Penal que, en lo pertinente, manda que la situación jurídica de aquél a quien se ha dejado en libertad después de la indagatoria (o de quien ha sido declarado ausente) le sea resuelta en el término de diez (10) días. Que, inclusive, en dos oportunidades se le solicitó se pronunciara al respecto, pero vanamente, porque "usted, señor magistrado estaba dando curso a peticiones de perfecta resolución posterior". Que, así, el doctor Olarte Gamboa ha mostrado "una clara voluntad encaminada a no definir la situación jurídica de la procesada e impedir el ejercicio de precisos derechos de la parte civil"; esto último porque "no podrá obtener garantía para el resarcimiento de los perjuicios; no puede, tampoco, recurrir en caso de hacerse una valoración de la

prueba adversa a sus intereses, no podrá pedir más medios probatorios en caso de ser necesarios, para reafirmar la responsabilidad".

Y, a tales argumentos respondió el magistrado así:

"...Aunque no puede desconocerse la existencia del dispositivo legal que señala expresamente marco cronológico para definir la situación jurídica una vez producida la indagatoria, este Magistrado se permite anotar que cuando se trata de un delito de responsabilidad atribuido a un juez de la República, cualquiera sea su categoría, los organismos juzgadores consideran adecuado lo que podría llamarse un compás de espera, que permita un definitivo juicio valorativo de la conducta del funcionario acusado ya en el momento procesal de la calificación del sumario. La explicación de esa reiterada manifestación de prudencia se encuentra en el hecho de que la decisión que afecta a un funcionario de la judicatura tiene innegablemente repercusiones de superlativa trascendencia en la sociedad y por lo mismo se hace aconsejable superar el muy transitorio primer momento procesal de la definición de la situación jurídica para esperar a un recaudo probatorio de mayor densidad y significación con base en el cual es posible un pronunciamiento indudablemente más consistente de parte de la justicia, lo cual es posible como resulta comprensible en el instante de la calificación del mérito del sumario.

"Por tal razón el sustanciador había clausurado ya la fase instructiva cuando se produjo la recusación y es conveniente además destacar que la actuación no permaneció congelada a partir de la indagatoria, que los diez días para resolver la situación jurídica se vencieron en el juzgado comisionado, el que se dio a la tarea de practicar todas las diligencias tendientes al esclarecimiento de los hechos y que si bien el proceso entró dos veces al despacho, en estas ocasiones se resolvieron peticiones formuladas por el apoderado de la parte civil y el defensor. ..."

Breves consideraciones de la Sala

1. *Desacertó el magistrado recusado en cuanto consideró que la no resolución de la situación jurídica dentro del término de los diez días que señala el artículo 413 del C. de P. Penal, para aquellos eventos en los cuales "el procesado fuere dejado en libertad al terminar la indagatoria, o hubiere sido declarado ausente", no es causal de separación del conocimiento del respectivo proceso porque siendo la acusada un funcionario judicial la decisión que sobre ella se asuma tiene "repercusiones de superlativa trascendencia en la sociedad", y entonces es del caso que se arrimen más pruebas antes de un pronunciamiento de tanta importancia; de ahí lo necesario y conveniente del compás de espera para la resolución de la situación jurídica, hasta el instante de la calificación del mérito del sumario.*

El descrito enfoque del asunto privilegia procesal e indebidamente a algunos procesados, realizando distinciones donde la propia ley no diferencia. Por contrario modo a lo que allí se asegura o se da a entender los servidores de la justicia, siempre son y deben ser juzgados en igualdad de condiciones a las que ellos mismos imponen, en cabal cumplimiento de la ley, a los acusados de un delito. No hay razón para que se otorguen más garantías procedimentales de acierto al juzgamiento de un funcionario judicial que a otras personas que igualmente pueden estar desempeñando cargos de

importancia social y desde luego tampoco que a aquellos que así no ostenten una tal calidad, tienen la de persona humana. La igualdad en estas materias es indudable conquista del derecho que el nuestro obviamente consagra en el suyo. Prerrogativas pues de tal orden no tienen ninguna razón jurídica, siendo claro, además, que toda decisión judicial, y primordialmente en materias penales, tiene "repercusiones de superlativa trascendencia en la sociedad".

Resulta pues patente que el asunto se ha examinado con una óptica equivocada, pero, como se verá a continuación, la determinación en sí misma de no separación del conocimiento del proceso, es acertada.

2. El incumplimiento de términos como el comentado (diez días para resolver la situación jurídica del indagatoriado), sólo puede acallar la censura que merece cuando se da, como causa del mismo, una razón plausible, o sea, que cualquiera que se hubiera visto enfrentado a la misma situación, habría actuado de manera similar. Pero el reproche no puede fundarse sobre la base de su simple y objetiva observación. Es imprescindible mirar la trascendencia del comportamiento, su efectivo daño, la facilidad de su remedio, la renuencia a satisfacer el requerimiento que al respecto se haga, etc., para asumir una definición justa del conflicto. La verdad es —y así lo ha señalado la Corte— que se trata de términos que tienen un soporte ideal, de básica orientación, pero que a diario, de la mejor buena fe, avasalla la realidad de las posibilidades de nuestra administración de justicia.

3. Pues bien, regresado el proceso que se encontraba en comisión en el Juzgado Cuarto Superior de Bogotá, el 24 de septiembre de 1990, se dispuso que "previa promesa jurada de no violar la reserva sumarial" se expidieran las fotocopias solicitadas por el ahora recusante Sanabria Vargas. Y, el 25 de octubre de 1990, se ordenó también atender la solicitud del defensor en el sentido de que se ampliara la declaración del doctor Eduardo José Arrubla, comisionándose para tales efectos al mismo Cuarto Superior.

Hasta allí no se había presentado ninguna solicitud escrita del representante de la parte civil sobre resolución de la situación jurídica de Dora Esperanza Murillo Rey. El proceso, se reitera, se encontraba en el mentado juzgado y fue éste el que elevó una petición pero en el sentido de que se extendiera el término de instrucción, en orden a que se practicara una diligencia de ampliación de denuncia, prueba solicitada por la defensa y a lo cual se accedió.

Entonces, recepcionada por el Juzgado Cuarto Superior la declaración de Eduardo José Arrubla, regresó el proceso al Tribunal, entrando al despacho en noviembre 15/90 y es ahí cuando Henry E. Sanabria V. solicita por escrito que se dé cumplimiento al artículo 413 del C. de P.P., haciendo referencia a que por "dos veces ha entrado el proceso a su despacho y en ambas ha salido dando curso a peticiones posteriores que bien habían podido resolverse después de definir aquélla" (la situación jurídica del inculpado). Pero el Tribunal prefiere declarar cerrada la investigación.

En el memorial en el que el abogado Sanabria V., sustenta la recusación, es donde hace referencia a que "expresamente le solicité definiera la situación jurídica de la sumariada". Pero, la Corte por parte alguna encontró la tal doble petición y de allí que haya de concluir su inexistencia porque, como es sabido, "lo que no obra en el proceso no está en el mundo", así aquella solicitud se hubiera hecho verbalmente. Así, las cosas se reducen a que se hizo una sola petición escrita de resolución de la situación jurídica, a la que se atendió, cerrando la investigación.

Procedimiento de tal orden no puede tomarse como una vulneración del esquema fundamental del proceso, pues resulta obvio, que la determinación que importa a la parte civil para poder demandar garantías para el resarcimiento de los perjuicios, bien puede –desde luego que según lo que arroje la investigación– darse en el momento de la calificación del sumario, sin que para asumir la misma, a partir de cuando se demandó por escrito, los términos se hayan extralimitado de manera insólita.

La Corte, pues, distingue de cuando la parte civil ha estado atenta a solicitar el pronunciamiento del juez en el sentido visto y recibe sólo olímpico silencio o infundadas razones, a cuando la petición referida sólo se formula a último momento y se despacha con un cierre de investigación que mal puede comportar una burla para los intereses de la parte civil o un no querer asumir decisión sobre el punto, el que necesariamente habrá de tocar en el calificatorio.

Es obvio que esta interpretación consulta la equidad, entendida en el mejor de los sentidos y en un evento como el presente donde la parte civil no mostró un verdadero interés en la resolución de la situación jurídica en el delimitado marco del artículo 413 del C. de P.P., y también porque la decisión del magistrado, a las alturas del sumario en que fue elevada la petición no puede entenderse como un rechazo a la misma, e igualmente por cuanto así se reconoce la realidad en la que labora nuestra rama jurisdiccional que hace que mientras no sea imprescindible la realización de determinada actuación procesal que demanda obviamente tiempo, la providencia no se emite de inmediato, para poder dedicar aquel al cumplimiento de otros menesteres judiciales.

Finalmente, aquí por parte alguna aparece, como se deja entrever en algún párrafo del escrito de recusación, que el magistrado recusado consciente y voluntariamente busque atropellar los derechos de la parte civil. Al contrario, nada aprecia la Corte que permita dudar en lo más mínimo de la imparcialidad debida al trámite del proceso. Y, el recusante, verdad de a puño, no concretó nada válido al respecto.

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

Resuelve:

Declarar que le asiste razón al magistrado Eliécer Giovanni Olarte Gamboa, para no separarse del conocimiento del presente proceso, según recusación que le formulara el doctor Henry E. Sanabria Vargas.

Notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Dídimo Páez Velandia, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael I. Cortés Garnica
Secretario

* * *

VIOLACIÓN INDIRECTA / *IN DUBIO PRO REO*

No basta probar la existencia del error de hecho o de derecho, sino además se debe demostrar que es de tal trascendencia que quiebra la legalidad del fallo.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel.*
Aprobada Acta No. 021 de abril 3 de 1991.
Bogotá, D.E., abril cinco (5) de mil novecientos noventa y uno (1991).

VISTOS

Agotado el trámite previo, procede la Corte a resolver el cargo presentado por el demandante en casación, contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, mediante la cual confirmó el fallo condenatorio emitido por el Juzgado Primero Superior de la misma ciudad, aumentando la pena de diez (10) a dieciséis (16) años de prisión, por el delito de homicidio agravado, imputado a Jorge Lozano Moreno.

I. HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

El 24 de diciembre de 1988, en las horas de la noche se celebraba una fiesta en la casa del señor Juan Méndez, ubicada en la vereda Sabana del Municipio de Bucaramanga, en la cual se encontraron los ciudadanos Jorge Lozano Moreno y Gilberto Beltrán Calderón.

El primero de los nombrados sacó un revólver y se dedicó a intimidar a los asistentes; motivo por el que se presentó un enfrentamiento con el hoy occiso, que terminó cuando un hijo del dueño de la casa despojó a Lozano Moreno del arma.

Gilberto Beltrán se retiró del lugar en compañía de su amigo Arnulfo Rodríguez, y se fue a dormir a su rancho ubicado cerca de allí. Estando acostados, desprevenidos, se presentó Jorge Lozano armado de un machete, y luego de tumbar la puerta de acceso, le causó una herida a Beltrán Calderón en el brazo izquierdo, de quince centímetros en cara postero-externa del tercio inferior, lo que obligó a que fuera trasladado por su amigo a Bucaramanga para recibir la atención médica correspondiente.

Como a las cuatro de la mañana del 25 de diciembre, luego de las curaciones, el herido regresó solo a su rancho para continuar durmiendo y estando acostado fue atacado otra vez por el mencionado Jorge Lozano, quien le propinó un disparo de escopeta que horas más tarde le causó la muerte. La víctima alcanzó a decir a las personas que lo auxiliaron el nombre de su agresor.

La investigación correspondió al Juzgado Veinte de Instrucción Criminal de Bucaramanga, Despacho que recibió los testimonios de las personas enteradas de lo ocurrido, y practicó las demás diligencias procesales, entre ellas declarar persona ausente al sindicado, quien posteriormente fue capturado por detectives del DAS y rindió indagatoria, siendo resuelta su situación jurídica con auto de detención.

La Juez de Instrucción profirió resolución acusatoria contra Jorge Lozano Moreno por homicidio agravado. El Juzgado Primero Superior, a quien correspondió tramitar el juicio, dictó sentencia condenatoria por homicidio simple e impuso una pena de diez (10) años de prisión.

El Fiscal del Juzgado, inconforme con el fallo interpuso el recurso de apelación y el Tribunal Superior modificó la sentencia de primera instancia, afirmando la existencia de la causal de agravación prevista en el numeral 7°, del artículo 324 del Código Penal, imputada en el llamamiento a juicio, razón por la cual aumentó la pena a dieciséis años de prisión.

II. La demanda

Al amparo de la causal primera de casación prevista en el artículo 226 del Código de Procedimiento Penal el defensor formula un cargo contra la sentencia en los siguientes términos: "... con tal providencia se ha violado la ley sustancial indirectamente por exclusión evidente del artículo 248 del C. de P.P., por error de hecho al desconocer la manifiesta situación fáctica fuente de la duda en el proceso, sobre la circunstancia agravante de la indefensión, artículo 324, numeral 7° del C.P., al apreciarse erradamente la prueba al respecto, incurriendo en un falso juicio de identidad".

Para fundamentar la acusación, el censor transcribe parte de la sentencia del Juzgado, en donde se descarta la aplicación de la circunstancia agravante, y el párrafo correspondiente al fallo del Tribunal, en el cual la impone, sosteniendo a continuación, que el *ad quem* le *otorgó* a la prueba un contenido fáctico que no tiene.

Sobre el testimonio de Arnulfo Rodríguez, dice que no fue tomado en su conjunto sino en forma parcial, ya que él manifestó que Lozano llegó borracho, tumbó la puerta del rancho y la emprendió a machete contra Gilberto Beltrán, lo que permite inferir que en esa ocasión no buscó crear una situación de indefensión o de inferioridad porque avisó su presencia, de modo que se le dio un contenido distinto al que realmente tiene.

La versión de Rubén Castellanos la cuestiona por ser de oídas, ya que si bien puede ser creíble respecto al señalamiento del autor del delito, no ofrece la misma credibilidad sobre las circunstancias y desarrollo de los hechos. El testigo dice que el herido le manifestó que estaba en la cama, "sin determinar si estaba acostado o

sentado, si se dio cuenta o no de la llegada del victimario, si lo pudo observar o no antes de ser agredido, si tenía o no algún arma a su disposición, a su alcance, si le dio o no tiempo de defenderse...". El Tribunal –asegura el censor– le dio a esta prueba un alcance y contenido que no tiene, además, los otros dos declarantes nada manifestaron al respecto, por lo tanto ese relato no puede dar certeza sobre la indefensión de la víctima.

Josefito Castellanos expone que momentos antes de oír los gritos pasó por el rancho y al llegar, Gilberto Beltrán se destapó porque estaba "cobijado" y lo saludó. De esto deduce el impugnante que el agredido no estaba dormido y que podía percibir la llegada de cualquier persona.

La deponente Paula Moreno de Moreno, dice que el herido no dijo dónde estaba cuando le dispararon, pero el rastro de sangre venía del ranchito donde él asistía. A esto el recurrente le acota, que no sabe si las huellas venían de adentro o de afuera del rancho. Otra circunstancia que encuentra importante es que se ignora cómo era la casita donde vivía el occiso, su distribución, y qué herramientas o armas había allí, para poder concluir si en verdad hubo aprovechamiento de una situación de indefensión.

Finalmente agrega que no existe prueba de que Beltrán Calderón hubiera hablado con los testigos en oportunidades diferentes, por lo tanto es una suposición hecha por el Tribunal.

Impetra el libelista que se case parcialmente la sentencia, en cuanto se impuso la agravante del artículo 324 numeral 7º del Código Penal, y se dé aplicación al derecho del *"in dubio pro reo"* artículo 248 del C. de P. P. cuya existencia se manifiesta en este proceso.

III. Concepto del Ministerio Público

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal estima que no existe ningún error en la sentencia objeto de recurso, pues el Tribunal "... le dio a las pruebas a las que se refiere el impugnante para sustentar el cargo, la interpretación, alcance y sentido y éstas ofrecen; situación que impide que el cargo pueda prosperar...".

Sobre los testimonios acusados, opina el Ministerio Público que se refieren a circunstancias anteriores y posteriores al homicidio, que en ningún momento se desmienten entre sí, y se complementan con los otros reforzando la deducción a que llegó el fallador. No se advierte ninguna duda en relación con los aspectos mencionados por el censor por lo tanto no existía obligación de aplicar el principio de *in dubio pro reo*.

Destaca tres errores de carácter técnico que en su concepto contiene la demanda, los cuales describe así:

1. "... al acudir el censor a efectuar críticas acerca del valor probatorio otorgado al testimonio de Arnulfo Rodríguez, torna carente de técnica la demanda por él presentada, pues resulta improcedente tratar de demostrar el reparo que éste realiza con situaciones propias de otra causal de impugnación, en este caso relacionadas con

presuntos errores de derecho originados en falsos juicios de convicción, no predicables de pruebas que como el testimonio no tienen determinada tarifa legal, por lo que su apreciación se ha confiado al libre criterio del sentenciador, dentro del marco de la sana crítica".

2. "Se advierte entonces, además, que la demanda se presentó en forma incompleta porque no sólo los testimonios a los que alude el impugnante fueron los tenidos en cuenta por el fallador para considerar probada la existencia del comportamiento previsto en el numeral 7º del artículo 324 del C.P., por cuanto ningún reparo se efectuó por parte del recurrente a la injurada de Jorge Lozano Moreno, ni el dictámen (sic) médico, cuando es necesario para que un cargo como el propuesto por el censor pueda prosperar, que se demeriten todas y cada una de las pruebas que han servido de base y fundamento al juzgador para llegar a su decisión, como también aquellas que puedan servir a la Corte para mantener incólume ésta".

3. "La providencia impugnada se ajustó a la realidad procesal y en ella no se advirtió ninguna situación de duda e incertidumbre en relación con los aspectos mencionados por el censor, luego no obligaba al sentenciador la aplicación del principio *in dubio pro reo*, consagrado en el artículo 248 del C. de P.P., norma que a pesar de no ser en esencia de carácter sustancial fue erradamente invocada por el impugnante como la transgredida en forma indirecta, lo cual también predica imprecisión y falta de técnica que presenta la demanda".

En armonía con lo expuesto, solicita que no se case la sentencia.

Consideraciones de la Sala

1ª Sobre las tímidas observaciones formuladas por el colaborador fiscal respecto a las faltas técnicas de la demanda, abordándolas en orden de importancia, tenemos lo siguiente:

a) Es un error insalvable presentar como norma violada por falta de aplicación, el artículo 248 del Código de Procedimiento Penal, pues en realidad en este caso, si tuviera razón el demandante, la disposición infringida sería el numeral 7º del artículo 324 del Código Penal, por aplicación indebida.

El artículo 248 del estatuto procesal es una norma medio, que establece una consecuencia jurídica para los eventos en que exista duda sobre la responsabilidad del procesado. Es una especie de tarifa legal para la duda en favor del reo, cuyo desconocimiento lleva a la aplicación indebida de una ley sustancial, que es la que finalmente resulta violada.

Formular el cargo, por supuesta falta de aplicación *de una norma de carácter probatorio, cuando ha debido ser por* aplicación indebida *de un precepto sustancial, constituye error insubsanable y suficiente, que impide a la Sala penetrar en el estudio de fondo de la demanda, de una parte porque implicaría completar el reproche, y de otra, porque exigiría corregir el libelo para invocar correctamente el sentido de la violación, facultad de la que carece esta Corporación en virtud del principio de limitación que rige el recurso.*

b. El cuestionamiento del casacionista en lo tocante al testimonio de Arnulfo Rodríguez, no se refiere al valor probatorio a él otorgado, pues en realidad lo que afirma es que no fue tomado en su integridad sino en forma parcial, teniendo en cuenta únicamente lo perjudicial al procesado. Concretamente, dice que no se tuvo en cuenta la parte de la declaración en la cual se refiere a que el homicida llegó borracho y tumbó la puerta, lo que según el recurrente, indica que no se aprovechó de una situación de indefensión o inferioridad.

Así las cosas, no le asiste razón al Procurador Delegado, salvo que haya incurrido en un error en cuanto al nombre del testigo, y más bien se refiera a Rubén Castellanos, cuya versión sí es objetada en la demanda por el valor probatorio que le reconoció el Juzgador, como quiera que insiste en que "*se trata de un testigo de oídas* que nadie corrobora, que si puede ser creíble sobre el señalamiento del autor del delito, no se le puede dar la misma credibilidad sobre las circunstancias y forma del desarrollo de los hechos"; y más adelante concluye: "en tales condiciones no puede una declaración de oídas dar certeza sobre un hecho de tan trascendental importancia como es el debatido de la situación de indefensión de la víctima". Aunque asegura que se le dio un alcance y contenido que no tiene, lo cierto es que cuestiona su valoración y no su integridad conceptual, que es lo que ha debido hacer teniendo en cuenta que aduce falso juicio de identidad.

Habiendo presentado el reproche por error de hecho, la fundamentación no puede apoyarse en un posible falso juicio de convicción, porque él corresponde a una de las modalidades de error de derecho, sentidos de la violación indirecta que no pueden mezclarse, ni formularse simultáneamente respecto a la misma prueba, ya que son excluyentes.

Con la aclaración de que se trata del testimonio de Rubén Castellanos, el comentario de la Delegada es válido.

c. Es verdad que cuando se impugna por violación indirecta de la ley se deben considerar todas las pruebas que han servido de base a la decisión atacada, *porque no basta probar la existencia del error de hecho o de derecho, sino además se debe demostrar que es de tal trascendencia que quiebra la legalidad del fallo. En el caso que nos ocupa, la inconformidad radica en la aplicación de la causal de agravación prevista en el numeral 7° del artículo 324 del Código Penal, de manera que el censor debe referirse a las pruebas que sirvieron de fundamento a la imposición de la agravante, sin que sea necesario que se ocupe, por ejemplo, de las que sustentan la autoría del hecho, porque ese aspecto no es objeto de la censura.*

Que el libelista no se haya referido a la injuriada de Lozano Moreno, ni al dictamen médico, no significa que la demanda por ese aspecto esté incompleta, como lo afirma el Ministerio Público, pues ni el medio de defensa ni la prueba técnica tuvieron ninguna incidencia en la circunstancia agravante imputada. Para decirlo de otra forma, el conjunto de pruebas que se debe impugnar es aquel que sirve de sustento a la sentencia, o a la parte de ella cuya ilegalidad se pretende demostrar. Los elementos de convicción no están relacionados con el punto que se objeta, o que no constituyen por sí solos prueba suficiente, no tienen por qué ser abordados.

2ª También se equivoca el defensor en cuanto a la precisión que requiere el desarrollo del cargo, pues una cosa es que la prueba no sea tenida en cuenta (hipótesis que se descarta con la simple lectura del fallo), otra que se tergiverse su contenido fáctico (situación que no demuestra el demandante), y otra muy diferente, que la deducción del fallador no coincida con la del defensor, situación esta última perfectamente explicable, que si bien es objeto del debate en las instancias, no constituye un error demandable en casación.

Mientras el Tribunal infiere de las pruebas recaudadas que es aplicable la causal de agravación, el defensor estima que existe duda, conclusiones diferentes que de ninguna manera implican que el juzgador esté equivocado, pues como lo ha dicho la Corte en reiterada jurisprudencia, "si lo que el censor llama errores del fallador, no son más que opiniones suyas, por sensatas que sean, diferentes de las que llevaron al sentenciador a tomar la decisión controvertida, no podrá prosperar la censura; discurrir de otra manera sería convertir el recurso de casación en una tercera instancia".

"Es evidente, de otro lado, que en el caso sub examine *se está contraponiendo la personal interpretación del recurrente a la del juzgador, lo que conduce a otro enunciado, también doctrina de la Corte, vale decir que, en tales casos, prevalece la sentencia porque está amparada por la doble presunción de acierto y de verdad" (Sent. junio 5 de 1985 M.P. doctor Gustavo Gómez Velásquez).*

3ª Otra práctica inaceptable en la sustentación de este extraordinario recurso, es pretender desvirtuar el fundamento probatorio de la sentencia argumentando que hay circunstancias que se ignoran, pues la demanda no es un alegato para plantear interrogantes, sino para demostrar que el fallo adolece de errores concretos.

No son de recibo las preguntas que se hace el actor sobre la ubicación de las huellas de sangre, o las características de la casa en donde estaba la víctima, si allí se encontraban herramientas o armas, ya que no debe olvidarse que no se está tramitando una instancia adicional, sino una fase extraordinaria, limitada y excepcional del proceso.

Las precedentes consideraciones son suficientes para determinar que la demanda debe ser desestimada.

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.

Dídimo Páez Velandia, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas.

Prevaricato

Para que el delito de Prevaricato se configure, el empleado oficial que profirió la resolución o dictamen manifiestamente contrarios a la ley, tuvo conciencia y no obstante los dictó voluntariamente.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Guillermo Duque Ruiz.*
Aprobada Acta No. 30.
Bogotá, D.E., mayo ocho (8) de mil novecientos noventa y uno (1991).

La presente investigación se inició con base en denuncia formulada por el doctor Hugo Rincón Jaimes, Fiscal Tercero del Tribunal Superior de Aduanas, contra todos los para entonces integrantes de dicha Corporación, Magistrados Alvaro de Jesús del Valle Oviedo, Nohora Curtea García, Eduardo Ignacio Lucero Acosta, Mario Enrique Sánchez Novoa, Dairo Jesús Sosa Cárdenas y José Heriberto Velásquez Ramos, quienes fueron vinculados al proceso mediante declaración injurada.

También se escuchó en indagatoria al doctor Alfredo Hernando Betín Sierra, Juez Unico de Instrucción Penal Aduanero, en virtud de lo dispuesto por el artículo 84 del Código de Procedimiento Penal (art. 4° del Decreto 1861 de 1989).

Clausurada la investigación y vencido el término para alegar, procede la Sala a calificar su mérito, advirtiéndose que la calidad de funcionarios judiciales de todos los procesados se acreditó con los respectivos documentos.

Antecedentes

En un proceso que por el delito de contrabando cursaba en el Juzgado Unico de Instrucción Penal Aduanero de Cartagena, a cargo del doctor Alfredo Hernando Betín Sierra, dentro del cual estaba retenida la motonave "Toro I, la empresa propietaria de la referida embarcación (Marítima Colombia Exporta Limitada, Marcomex Ltda.), acreditando que ésta se destinaba al "servicio público regular" y con apoyo en el artículo 75 del Estatuto Penal Aduanero, mediante apoderado solicitó la entrega provisional de la misma.

El Juzgado, por auto fechado el 16 de julio de 1987, aceptó la petición y dispuso que antes de entregar la motonave se constituyera una garantía por valor de treinta

millones de pesos ($30.000.000.00). Dos días más tarde, el Fiscal Unico del Juzgado interpuso el recurso de apelación contra la citada providencia, con base en que no existía ningún dictamen pericial que estableciera el valor comercial de la embarcación. "¿Con base en qué elementos de juicio –preguntaba en su memorial el recurrente– fijó en el auto atacado el monto de $30.000.000.00 como constitución de garantía por el bien que entrega?".

No obstante que el apoderado de la firma propietaria de la motonave se opuso a la concesión del recurso, por considerar que éste era improcedente ante proveídos de tal naturaleza y que aún siéndolo, el Fiscal recurrente no lo había sustentado en debida forma (fls. 221 a 225), el Juzgado aceptó la apelación en el efecto diferido y en consecuencia dispuso que se enviara el "cuaderno original al superior" (fl. 235).

Llegado el proceso al Tribunal de Aduanas, le correspondió la sustanciación del mismo al Magistrado Alvaro del Valle Oviedo, quien ordenó el correspondiente traslado al Fiscal de la Corporación (fl. 241).

Este, el Tercero del Tribunal, en su concepto No. 567 de 28 de agosto de 1987, pidió que la decisión impugnada se revocara, porque "la garantía que debe constituirse es por una suma que cubra el valor del bien", la cual no puede el Juez "fijar arbitrariamente, lo que hizo en el presente caso". Agregó que "antes de resolver sobre la entrega, el instructor ha debido hacer avaluar la motonave, que fue valorada por los aprehensores en la suma de $500.000.000.00" y también "ha debido hacerla reconocer por un técnico, para establecer sus características e identidad, ya que va a ser entregada" (fls. 244 y 245).

El Magistrado Sustanciador mediante auto de 7 de octubre del mismo año, "teniendo en cuenta que la segunda instancia puede practicar pruebas, al tenor del artículo 180 del Código de Procedimiento Civil y para esclarecer los hechos y un mejor proveer y fallo de la decisión", dispuso:

"a) Oficiar al señor Juez de Instrucción Penal Aduanera de Cartagena para que envíe a esta Corporación y para los efectos anotados copias auténticas de los dictámenes técnicos y pericial de la motonave 'Toro I', lo mismo que de la mercancía entrabada.

"b) En el efecto (sic) de que no se hayan efectuado las anteriores diligencias, se practicarán y remitirán las copias solicitadas" (fl. 247).

El funcionario instructor envió al Tribunal lo pedido y esta Corporación, después de discutir el asunto y de reconsiderar la ponencia original que en un principio había sido rechazada por la mayoría de la Sala, por proveído de 9 de febrero de 1988 decidió, por unanimidad, "confirmar íntegramente la providencia materia del recurso de apelación y estudiada en este proveído" (fls. 253 a 259).

Seis meses más tarde (6 de agosto de 1988) el Fiscal del Tribunal se quejó ante la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial, por la decisión referida, pero esta entidad se abstuvo de iniciar investigación disciplinaria "contra los Magistrados del Tribunal Superior de Aduanas y contra el titular del Juzgado Unico de Instrucción Penal Aduanero de Cartagena, por las razones expuestas en la parte motiva, y como consecuencia se dispone el archivo de lo actuado" (fls. 44 a 49 del cuaderno No. 1 de la Corte). La resolución de la Procuraduría está fechada el 16 de mayo de 1989.

"Transcurridos otros seis meses después del pronunciamiento de la Procuraduría, el Fiscal Tercero decidió denunciar ante la Corte los mismos hechos, haciendo la inexacta afirmación de que a pesar de que el Procurador Delegado para la Vigilancia Judicial "se abstuvo de iniciar investigación disciplinaria, *considero que los Honorables Magistrados de la Sala de Casación Penal deben conocer tales hechos, porque revisten especial gravedad*" (fls. 11 a 14). Basta con leer la Resolución de la Procuraduría, para apreciar la inexactitud de lo destacado.

Los hechos que consideró delictuosos el señor Fiscal denunciante, fueron:

1. Que el señor Juez Unico de Instrucción Penal Aduanera, doctor Alfredo Hernando Betín Sierra, ordenara la entrega provisional de la motonave "sin que hubiera sido reconocida y avaluada judicialmente";

2. Que el Magistrado Sustanciador del proceso, doctor Alvaro del Valle Oviedo, hubiera decretado pruebas, "porque en la segunda instancia del proceso penal aduanero no existe término probatorio ni hay lugar, por lo tanto, a práctica de pruebas", y

3. Que a pesar de que al proceso se hubiera allegado "el dictamen en que el perito aforador Armando Pérez Martínez, avaluó la motonave en la suma de $500.000.000.00, el Tribunal, "para confirmar el auto apelado, optó en providencia de 9 de febrero de 1988, por desecharlo y asumiendo funciones de perito, que exigían en el presente caso conocimientos especiales en navíos, le señaló un valor de $30.000.000.00".

Estos hechos, serán analizados por la Sala en el mismo orden.

1. Que se ordenó por el Juzgado Unico de Instrucción Penal Aduanero, doctor Alfredo Hernando Betín Sierra, la entrega de la motonave, sin que antes hubiera sido reconocida y avaluada judicialmente.

El hecho es cierto. Cuando el doctor Betín Sierra ordenó la entrega provisional de la motonave "Toro I", aún no se había efectuado la diligencia de reconocimiento y avalúo que en obedecimiento al artículo 59 del Estatuto Penal Aduanero, él mismo había dispuesto en el auto cabeza de proceso (fl. 56). Sólo existía la apreciación del valor de la motonave hecha por los aprehensores, que lo estimaron en quinientos millones de pesos.

Sobre el particular, explica en su indagatoria el doctor Betín Sierra que él con fundamento en lo previsto por el artículo 75 del Estatuto Penal Aduanero, ordenó la entrega provisional de la embarcación, porque dentro del proceso estaban plenamente acreditados los dos requisitos que para ello exige la norma, esto es, la propiedad de la motonave por parte del peticionario" y la calidad de servicio público del medio de transporte incautado". Agrega que teniendo en cuenta la finalidad de la norma, "que lo era, como lo es ahora, el evitar perjuicios a la economía con la indefinida inmovilización de los medios de transporte de servicio público que, transportando mercancías clandestinamente internadas a territorio aduanero de la República, eran retenidas por las autoridades competentes", interpretó "de forma sensata que, fundamentalmente, procedía la aplicación de la entrega provisional acreditado el título de dominio del peticionario sobre el bien y que éste prestara, con actualidad al momento

de los hechos, el servicio público de transporte, con las autorizaciones legales, en este asunto emanadas de la Dirección General Marítima y Portuaria. En el interlocutorio materia de esta investigación valoré, sin dolo, que cabía al Juez justipreciar o señalar racional y prudentemente el monto de la mercancía requerida para asegurar la presentación del vehículo al proceso, es decir, para evitar su ocultación en el evento que se probara responsabilidad penal a su propietario. Se estimó, entonces, reiterando que sólo guiado por un sano criterio de interpretación, que el funcionario judicial podía fijar el alcance de la fianza, si podemos así llamarla, razón por la cual se determinó en la suma de $30.000.000.00.

Ahora bien –continúa explicando el doctor Betín– aunado a lo anterior, tenemos también que la figura que se aplicó era novísima, pues la providencia se profirió el 16 de julio de 1987, es decir, 15 días después de haber entrado en vigencia, porque el compendio normativo que la contempla entró a operar positivamente el día primero del mismo mes y año. Por todo lo anterior interpreté de buena fe que no se requería previo avalúo pericial porque entendía que el Juez tenía libertad para justipreciar la garantía. Posiblemente hubo una equivocación interpretativa al considerar que no era imprescindible la peritación, porque no se contempló el artículo 75 cuyos presupuestos probatorios estaban reunidos, con la necesidad de la intervención de un auxiliar de la justicia para poder acceder a lo que se me pidió. Cabe anotar que ante lo novedoso de la figura la apliqué sin que antecedieran ilustraciones jurisprudenciales y doctrinarios que brindaran fehaciente luz para la severidad de la interpretación y de las condiciones que debían observarse. Por otra parte –acota por último– el precio dado por los aprehensores en el acta o recibo de retención de rigor, no se toma en la práctica penal aduanera como indubitable demostración del valor del bien entrabado, porque sabemos que se trata de un simple formalismo de los integrantes del Resguardo Nacional de Aduanas para cumplir con trámites internos que sólo brindan a la autoridad judicial elementos de juicio acerca de la competencia factor cuantía, mas no como avalúo en el sentido legal de la palabra y por ende no son de obligatorio acatamiento por parte del Juez. Reitero sobre este punto que con la más absoluta ausencia de dolo estimé que la suma de $30.000.000.00, era garantía prudente para la entrega provisional del bien, sin confundirla en ningún momento con el precio comercial de la motonave, amén que entendía que el término cubrir que contempla el artículo en cuestión no se refería indefectiblemente a que la caución debía ser idéntica al valor del bien respectivo" (fls. 316 a 325).

En armonía con las anteriores explicaciones, el doctor Betín Sierra en su alegato precalificatorio (fls. 140 a 147), solicita a la Corte una cesación de procedimiento, estimando que si llegó a equivocarse, lo cual es posible, en ningún caso obró con dolo, para lo cual pone de relieve sus actuaciones procesales cumplidas después de la entrega provisional:

a) Concedió la apelación interpuesta por el Fiscal, a pesar de la solicitud que en sentido contrario formulara el apoderado del propietario, quien sostenía que el recurso no había sido debidamente sustentado;

b) Negó el cumplimiento inmediato de la entrega, pues concedió el recurso en efecto diferido, para dar la oportunidad de que el Tribunal conociera del asunto;

c) Sólo entregó la motonave, cuando el Tribunal Superior de Aduanas confirmó su decisión;

d) Como quiera que el depositario no renovara la garantía, ordenó la aprehensión de la motonave, y,

e) Al calificar el mérito de la investigación, "opté por tomar la medida intermedia, es decir, reabrir la investigación, porque a mi juicio subsistían una serie de incertidumbres que no permitían asegurar la debida introducción de las mercancías entrabadas al país; este pronunciamiento fue impugnado en reposición por la defensa, y subsidiariamente en apelación, negando la primera y concediendo la segunda".

1.2. El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal en su concepto precalificatorio, acepta en su totalidad las explicaciones brindadas por el doctor Betín Sierra, para concluir que "si bien es cierto el Juez de Instrucción Penal Aduanero de Cartagena realizó el comportamiento típico descrito en el artículo 149 del C.P., también lo es que su conducta no puede atribuírsele a título de dolo, forma de culpabilidad indispensable para que se configure el punible, entendida como "la actividad consciente de la voluntad que da lugar a un juicio negativo de reproche porque el sujeto actuó antijurídicamente pudiendo y debiendo actuar de otra manera, y que en nuestro derecho positivo puede adoptar las formas de dolo, de la culpa o de la preterintención; cuando de la primera de ellas se trata, el agente mediante un acto de acción o de omisión emanado con humana libertad de su propio siquismo, realiza un hecho plenamente con conocimiento de su típica ilicitud, con conciencia de su antijuridicidad y con voluntad de ejecutarlo". Por todas estas consideraciones el Ministerio Público pide la cesación de procedimiento en favor del doctor Betín Sierra.

1.3. Si se examina el auto fechado el 16 de julio de 1987 y se confronta con el contenido del artículo 75 del Estatuto Penal Aduanero, resulta obvio que el Juez, doctor Betín Sierra, omitió hacer que antes de la entrega de la motonave "Toro I", ésta fuera reconocida y debidamente avaluada. En lo demás, su actuación estuvo ajustada a la ley, pues el peticionario de la entrega demostró su propiedad y acreditó cabalmente que la embarcación se destinaba al servicio público del transporte. Es decir, que los requisitos exigidos para la entrega provisional sí estaban satisfechos, pero donde se contrarió la ley fue al señalar una garantía sin la previa intervención de un perito que justipreciara el valor de la motonave.

Es evidente que el artículo 75 citado no menciona la intervención del perito para que determine el valor del bien que provisionalmente se entrega, pero no lo hace porque ello no era necesario. Basta con acudir al artículo 266 del Código de Procedimiento Penal, para comprender la necesidad de la designación del experto: "Cuando la investigación de un hecho requiera conocimientos especiales de determinadas ciencias o artes, *o exija avalúos, el juez decretará la prueba pericial*", dice la norma citada.

Si el Estatuto Penal Aduanero en su artículo 75 exige que antes de la entrega provisional del bien se debe constituir una garantía que "cubra el valor" del mismo, es claro que el monto de la garantía debe coincidir con el "valor" de éste, porque si la garantía se otorga por un valor menor, sólo quedaría "cubriendo" una parte. Así lo

entendió, y lo entendió bien, el Tribunal Superior de Aduanas, pero no el doctor Betín Sierra.

Este último consideró, como lo explica en su indagatoria, que el valor de la garantía no tenía por qué corresponder al valor comercial del bien entregado, sino que quedaba librado al arbitrio del Juez, tal como sucede en las fianzas que se otorgan cuando se concede una libertad provisional.

De acuerdo con lo anterior, es claro que la decisión del doctor Betín Sierra fue una decisión manifiestamente contraria a la ley. De ello no queda la más mínima duda a la Sala: la garantía que exige el artículo 75 ya citado, debe ser otorgada por un valor que corresponda al valor comercial del bien que provisionalmente se entrega, y para determinar dicho valor, se debe acudir al dictamen pericial, tal como lo exige el artículo 266 del Código de Procedimiento Penal.

Objetivamente, pues, como lo destaca el Procurador Delegado que en esta oportunidad colabora con la Sala, el comportamiento investigado del doctor Betín Sierra encaja perfectamente en la hipótesis delictiva prevista por el artículo 149 del Código Penal, que a la letra dice: "El empleado oficial que profiera resolución o dictamen manifiestamente contrarios a la ley..." por lo cual bien puede afirmarse que su conducta es típica.

Mas para que se estructure el delito de prevaricato, no es suficiente con su objetividad. Se requiere, además, como categóricamente lo exige el artículo 5° del Código Penal, que se obre con culpabilidad. Y de las tres formas de culpabilidad reconocidas por el legislador, este ilícito exige el dolo, sin que pueda tenerse como punible a ningún otro título. Y para que pueda afirmarse el dolo en un determinado comportamiento humano, típico, es menester que su autor haya conocido que esa conducta suya era ilícita, y a pesar de ello voluntariamente ejecutarla.

Aplicadas las anteriores nociones generales al prevaricato, para que este delito se configure, el empleado oficial que profirió la resolución o dictamen manifiestamente contrarios a la ley, tuvo que tener conciencia de ello, es decir, saber que su resolución o dictamen eran contrarios a lo dispuesto por la ley y no obstante, proferirlos voluntariamente. Si por virtud de algún error el empleado oficial creyó que aplicaba la ley correctamente sin que ello resultara cierto, su conducta aunque típica, no sería culpable y por ende no existiría el delito de prevaricato. Por ello es bien conocida la muchas veces citada frase de Soler: "el prevaricato no consiste en la discordia entre el derecho declarado y el derecho objetivo; sino entre el derecho declarado y el conocido; no está en la proposición afirmada, sino en la relación entre esa proposición y el estado de creencia en la mente del Juez".

El doctor Betín Sierra ha insistido a través de sus intervenciones procesales en sostener que si no acudió al dictamen pericial para determinar el valor comercial de la motonave "Toro I", fue por la creencia suya de que ello no era necesario, ya que el multicitado artículo 75 del Estatuto Penal Aduanero dejaba el valor dela garantía al arbitrio del Juez, y dentro del proceso no hay manera de desmentir esta afirmación suya.

Por el contrario, todo indica que actuó convencido de que consultaba el mandato legal y por ende, su conducta oficial era completamente ajustada a derecho. Es verdad

que el derecho que declaró no concordaba con el derecho objetivo, pero el derecho declarado sí coincidía con el derecho por él conocido, tal como se deduce de toda su actuación en el proceso dentro del cual se ordenó la entrega provisional de la embarcación "Toro I".

Como el mismo doctor Betín Sierra lo destaca, si su querer hubiera sido el de favorecer al propietario de la embarcación retenida y si para ello hubiera violado la ley conscientemente, exigiendo una garantía no sujeta al justiprecio pericial de la motonave, fácil le habría resultado optar por una de estas alternativas: no conceder el recurso de apelación interpuesto por su Fiscal, bien porque la sustentación del mismo no la consideraba debida, ora por estimar que su decisión no era susceptible de dicho recurso; o también habría podido aceptar la apelación, pero no en el efecto diferido, como lo hizo, sino en el devolutivo, que implicaba la entrega provisional del bien antes de que el Tribunal tuviera la oportunidad de pronunciarse sobre la legalidad de su determinación. Sin embargo, concedió el recurso y únicamente hizo la entrega provisional de la motonave en obedecimiento a lo dispuesto por su superior. Además y como él también lo resalta, siempre estuvo pendiente de que no se incumplieran las obligaciones contraídas por el depositario del bien, hasta el punto de que cuando se venció la garantía otorgada ordenó la retención de la nave (fl. 376).

Con base en las consideraciones anteriores, la Corte ordenará la cesación de procedimiento en favor del doctor Betín Sierra, pues no queda duda alguna de que su actuación aunque típica, jamás estuvo informada de dolo, única forma de culpabilidad que admite el delito de prevaricato que se le imputó.

II. Que a pesar de que dentro del trámite de la segunda instancia en el Estatuto Penal Aduanero no está previsto ningún período probatorio, el Magistrado Sustanciador decretó la práctica de algunas pruebas.

Este hecho, como es apenas obvio, de ser ilícito, únicamente comprometería la responsabilidad de su autor, Magistrado Alvaro del Valle Oviedo, pero no la de sus demás compañeros de Corporación.

II.1. El doctor del Valle Oviedo explica en su indagatoria por qué produjo el auto fechado el 7 de octubre de 1987: "hacía muy poco tiempo había dejado de regir el anterior Código de Procedimiento Penal y bajo la vigencia de él, el Estatuto Penal Aduanero contemplaba también la posibilidad de remitirse a otros códigos y por ello en los incidentes a los cuales asimilé esta entrega provisional o depósito provisional al artículo 180 del C. de P. Civil. En el actual Estatuto Penal Aduanero, Decreto-ley 051 de 1987, si mal no recuerdo el artículo 84, permite que se apliquen en lo pertinente para esta justicia especializada las disposiciones de otros códigos como antes dije y fue así ante el vacío y la carencia de las piezas procesales concretamente de los dictámenes periciales, por una costumbre de aplicar el artículo 180 del C. de P. Civil, para un mejor proveer y teniendo en cuenta que el nuevo Código de Procedimiento Penal o sea el Decreto 050 de 1987 que llevaba rigiendo como cuatro meses apenas, había eliminado la prohibición de practicar pruebas, pues que recuerde y en, ni en el título de las pruebas, ni en el trámite de segunda instancia encuentro que haya esa expresa prohibición como sí lo existía en el anterior código que había un inciso no recuerdo qué artículo que tan tajantemente prohibía la práctica de pruebas

en segunda instancia. Todo ello me llevó a la absoluta convicción de que el auto de sustanciación que elaboré para un mejor proveer y ante las posiciones de los dos Fiscales creí y sigo creyendo que el Juez tiene la obligación legal de proveerse de los medios probatorios para fundamentar mejor sus decisiones. En conclusión, por mandato del artículo 84 del E.P.A., por la no expresa prohibición en el nuevo Código de Procedimiento Penal y por los fines nobles de una mejor decisión, solicité del *a quo* la remisión o incluso que si no tenía dictámenes periciales los practicara para los fines mencionados. Y por otra parte conociendo que el efecto en que se había concedido el recurso era el diferido y que las pruebas que hubiera practicado el juez desde la remisión del expediente a la segunda instancia, podían hacer parte de ésta o sea de la indicada segunda instancia y máximo que la Sala Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia si mal no recuerdo de una ponencia del finado Aldana Rozo había sostenido que cuando el recurso sea en efecto o en el devolutivo, no recuerdo, las pruebas podían valorarse en la segunda instancia, sin que eso conllevara violación a ninguna norma legal... consideré de recibo y con plena y absoluta convicción que con las pruebas que se me remitieran podría o podía yo hacer un mejor análisis de la norma o contenido del artículo 75 al que los señores Fiscales se oponían..." (fls. 72 a 90).

El defensor del doctor Del Valle Oviedo ha anexado una serie de providencias emanadas del Tribunal Superior de Aduanas en las cuales se ha acudido a normas del Código de Procedimiento Civil (fls. 123 a 127 del cuaderno de anexos), y con base en ellas sostiene que esto "era una práctica frecuente en el Tribunal Superior de Aduanas, producto de una interpretación sistemática e integradora de la legislación procedimental" (fl. 192).

Afirma, además, que "lo primero que debe dejarse en claro en el asunto que nos ocupa, es que mediante el auto de sustanciación de octubre 7 de 1987, no se ordenó la práctica de pruebas que ya habían sido practicadas en primera instancia, pero que aún no habían sido objeto de valoración por el *a quo*". Posiblemente el defensor sólo leyó la primera parte de la referida providencia, porque bajo la letra b) de la misma, es claro que el doctor Del Valle Oviedo sí dispuso la práctica de pruebas nuevas: "b) En el efecto de que no se hayan efectuado las anteriores diligencias, *se practicarán* y remitirán las copias solicitadas" (destacado de la Sala).

Complementando las explicaciones del doctor Del Valle Oviedo, su defensor transcribe los apartes pertinentes de una decisión de esta Sala, en la cual se sostuvo que cuando se concedía la apelación en el efecto devolutivo, como quiera que el *a quo* no quedaba despojado de su poder funcional, lo cumplido por éste bien podía ser conocido "por la jurisdicción en sus dos instancias" (Auto de 30 de agosto de 1983. Mag. Pte. Dr. Luis Enrique Aldana Rozo).

Con fundamento en las anteriores consideraciones, concluye así, el defensor:

"Bien puede apreciarse, pues, que la determinación de solicitar al Juzgado Unico de Instrucción Penal Aduanero de Cartagena el envío de los peritazgos que allí obraban, no fue ni mucho menos una decisión arbitraria o manifiestamente contraria a la ley, sino el producto de una interpretación que integró normas del estatuto procedimental civil, conforme al mandato del artículo 84 del Estatuto Penal Aduanero, a un evento que no está expresamente desarrollado en la legislación especializada.

Adicionalmente, no se trata de un criterio aislado o específicamente orientado a resolver sólo este caso concreto, sino que, como lo indicó el Magistrado Sánchez Novoa, la valoración de pruebas en segunda instancia y aún el decreto de las mismas tratándose de decidir cuestiones accesorias, era una práctica frecuente en el Tribunal Superior de Aduanas, producto de una interpretación sistemática e integradora de la legislación procedimental. A lo anterior súmese el antecedente jurisprudencial que hemos extractado y se concluirá, sin asomo de duda, que la providencia de octubre 7 de 1987 no es producto de una conducta prevaricadora".

II.2. La delegada, por su parte, considera que no es aplicable al procedimiento penal aduanero en la segunda instancia, la norma del Código de Procedimiento Civil que se invocó para ordenar la práctica de pruebas en el auto en comento, aunque admite que ello se hizo de buena fe: "Estas particulares interpretaciones, aunque exentas de mala fe, no pueden ser de recibo. El artículo 42 del Estatuto Penal Aduanero (vigente para la época de los hechos), al regular el trámite en segunda instancia no prevé término probatorio ni da lugar a la realización de diligencias distintas al traslado a las partes. Además, la aplicación de otros códigos, permitida por la legislación aduanera en el artículo 84, se refiere a situaciones no reguladas expresamente".

II.3. La Sala coincide totalmente con lo afirmado por el Agente del Ministerio Público en su concepto sobre este particular. En el trámite de la segunda instancia el legislador no previó término probatorio y reguló íntegramente la materia (art. 42 del Estatuto Penal Aduanero); razones por las cuales no pueden buscarse normas que complementen lo que no necesita complemento.

También considera la Corte que este comportamiento del doctor Del Valle Oviedo si bien puede considerarse típico para el delito de prevaricato, no alcanza a configurarlo por total ausencia de culpabilidad, tal como puede deducirse de la noble finalidad que lo inspiró y de la aceptación que esta práctica tenía en el Tribunal Superior de Aduanas. Por este hecho, en consecuencia, se ordenará la cesación de procedimiento en favor del doctor Del Valle Oviedo, único autor de la conducta investigada.

III. La acusación, y ésta sí es predicable de la totalidad de los Magistrados integrantes del Tribunal Superior de Aduanas, porque todos por unanimidad firmaron la providencia del 9 de febrero de 1988, consiste en que desecharon el dictamen pericial que justipreció en $500.000.000.00 el valor de la nave "Toro I", para exigir una garantía de $30.000.000.00.

El proceso, como ya se dijo, correspondió sustanciarlo al Magistrado Alvaro de Jesús Del Valle Oviedo, quien luego de obtenido el dictamen pericial que determinaba el valor de la motonave "Toro I", presentó a consideración del Tribunal la ponencia respectiva. En ella desechaba el aludido peritaje y en su lugar, con fundamento en la Resolución No. 00213 del Director General Marítimo y Portuario, fechada el 17 de febrero de 1987, que autoriza a la empresa "Marcomex Ltda." para la adquisición de dos motonaves, consideraba que el valor de la embarcación cuya entrega provisional se había dispuesto en la providencia recurrida, era de treinta millones de pesos ($30.000.000.00), lo cual coincidía con el valor de la garantía

exigido por el *a quo*. Como además aceptaba que el peticionario de la entrega era el propietario de la nave y que ésta se destinaba al servicio público de transporte, confirmaba el auto impugnado.

El 1° de diciembre de 1987 presentó el Dr. Del Valle Oviedo la referida ponencia a la Sala Plena del Tribunal. Consta en el acta respectiva que el Magistrado Sánchez Novoa manifestó alguna "duda o inquietud" acerca de si la motonave "es de servicio público, si la capitanía de puerto ha dado autorización para la matrícula, si ese transporte es de mercancía o de pasajeros" (fl. 95). Para despejar estas hesitaciones, al doctor Sánchez se le entregó el proceso para su estudio.

Reunida nuevamente la Sala Plena del Tribunal el 26 de enero de 1988, se volvió a discutir la ponencia apiazada. Según el acta No. 02 de dicho año, el doctor Sánchez Novoa insistió en algunas de sus inquietudes, expresamente en lo relacionado con el valor de la garantía "porque se hace una tasación de... $30.000.000.00 sin que esto sea real". Luego de algunos otros comentarios de los Magistrados se somete a votación la ponencia presentada por el doctor Del Valle Oviedo, la cual únicamente es respaldada por el doctor Lucero Acosta; los cuatro Magistrados restantes votaron negativamente y en consecuencia, le correspondió al doctor Sánchez Novoa elaborar un nuevo proyecto (fls. 98 y 99).

El 9 de febrero subsiguiente, se volvió a reunir la Sala Plena del Tribunal y nuevamente se estudió la ponencia sobre el asunto tantas veces debatido, presentada ahora por el Magistrado Sánchez Novoa. Según el acta respectiva (fl. 103), todos los Magistrados, incluido el nuevo ponente, manifestaron su conformidad con la ponencia original. Se propuso, entonces, por el Magistrado Velásquez Ramos, acudir a la "mecánica", esto es, "retirar el proyecto y mediante auto devolver el proceso al ponente original ya que las razones que han sido materia de estudio son valederas y ello conlleva a reconsiderar el anterior proyecto". En la misma sesión se aprobó, por unanimidad, el estudio elaborado por el doctor Del Valle Oviedo.

En éste se desecha el dictamen pericial rendido por el aforador Armando Pérez Martínez y se determina un valor diferente del señalado por éste a la motonave reclamada, con apoyo de los siguientes considerandos:

"Atrás se ha dicho que administrativamente y judicialmente se ha dado un avalúo de quinientos millones de pesos ($500.000.000.00), respecto a dichos experticios la Sala encuentra que el judicial, rendido por un aforador, no fue hecho ciñéndose a las normas legales, por cuanto tomó idénticos datos de los recibos de retención e igual valor, sin que se hubiese dado una explicación del por qué el barco vale la suma mencionada.

"Encuentra la Sala que la Resolución No. 00213 ya reseñada autorizó la compra de dos embarcaciones, la ya retenida y la de nombre Siroco, de idénticas características, excepto que esta última es un año más nueva que la aprehendida (1973).

"La inversión para el presente año es de US$300.000.00 lo que equivale a unos setenta y seis millones de pesos ($76.000.000.00) si liquidamos los dólares indicados al cambio actual.

"Como quiera que la susodicha resolución dispuso la inversión mencionada y los barcos fueron obtenidos recientemente, concluimos que tanto el valor administrativo como el judicial son equivocados, pues, la inversión comentada no llega a las sumas elevadas que indican los dictámenes, por ello hemos de aceptar que la fianza que fijó el *a quo* resultó ser ajustada a derecho, es decir, es equivalente a la exigida por el artículo 75 del actual E.P.A.

"Conforme a lo expuesto, hallamos totalmente ajustada a derecho la providencia apelada, pues, el *a quo* es competente, porque las mercancías valen más de cien millones de pesos ($100.000.000.00) despejando una de las inquietudes del recurrente y por otra parte se ha llegado a la conclusión de que el barco retenido no puede valer los quinientos millones de pesos, pues, superaría en demasía la inversión que autorizó Dimar en la Resolución analizada, que como dijéramos al cambio del dólar hoy en día valdría máximo $76.000.000.00 y si esta suma la dividimos por dos, con dos motonaves de idénticas características, daría un promedio de $36.000.000.00 y si observamos o aplicamos el fenómeno de la depreciación, por obsolescencia, el barco valdría unos treinta millones ($30.000.000.00) suma última por la cual se prestó caución".

III 1. El doctor Del Valle Oviedo en su indagatoria, explicó así la conducta suya que en este acápite se analiza:

"Yo desestimé como juez este dictamen pericial por lo siguiente: Primero observé que el perito respecto al barco había hecho un examen simbólico, remitiéndose a las características, al valor que le dieron unos guardas de aduanas, es decir, el perito no se ciñó respecto a este dictamen pericial sobre lo que es el valor del barco, ni a sus características a lo que le exige la ley, puesta ésta exige al auxiliar de la justicia que un experticio debe ser claro, preciso, firme, fundamentado, razonado, motivado y que su conclusión sea consecuencia de esas fundamentaciones o razones, pero el perito no tuvo en cuenta eso, él simplemente tomó unos datos como podrá observarse en el expediente de los informes que dio el resguardo de aduana. Entonces ese dictamen para mí en ese preciso momento no cumplía los requisitos extrínsecos de todo dictamen pericial... Entonces ante la carencia de los requisitos que debe llenar todo dictamen me encontré con otros medios probatorios que los desvirtuaron, así por ejemplo recuerdo que había unos documentos públicos como es una resolución que indicaba el monto de una inversión de Marcomex para comprar dos barcos de similares características, luego en mi criterio y después de ese análisis que hice en la providencia y que hoy he expresado en estas páginas, concluí que como quiera que el depósito provisional que hacía el Juez sobre la entrega del barco, él lo podía revocar en cualquier momento, incluso podía aumentar posteriormente la garantía o caución prestada. Consideré que los treinta millones eran una suma adecuada para ese momento a efectos de que no se hiciera nugatoria el depósito ordenado por el Juez. Y es que no debe perderse de vista por lo menos en mi larga experiencia en esta jurisdicción por más de diez años, que los señores guardas de aduanas cuando incautan una mercancía que vale cien pesos, dicen que vale quinientos, y ello lo hacen y lo siguen haciendo con la falsa idea de que inflando los informes de retención convencen al país de que han hecho supermillonarias incautaciones, cuando la realidad es otra... No debe perderse de vista que la filosofía del artículo 75 del

Estatuto Penal Aduanero fue la economía nacional y sobre todo de servicio público..."

Cuando el instructor le pregunta por qué en la providencia se afirma que la inversión autorizada a Marcomex era de trescientos mil dólares, cuando lo cierto es que en la Resolución de Dimar se autoriza una inversión de seiscientos mil dólares, el doctor Del Valle Oviedo responde: "Efectivamente observo que hay una desarmonía de lo que se dijo en la ponencia y lo que hay en la resolución, indiscutiblemente eso debe ser un error de parte mía, no hay otra explicación... En conclusión la diferencia entre 300.000 y 600.000 que me pone el señor Juez, indiscutiblemente obedeció a un error involuntario de la ponencia, pero no se debe a otras suspicacias que puedan existir por cuanto la secuencia que siguió mi ponencia así lo demuestra" (fls. 72 a 90).

El defensor del doctor Del Valle Oviedo, por su parte, en relación con este particular aspecto que se examina, principia por afirmar que de conformidad con lo previsto en el artículo 253 del Código de Procedimiento Penal, "en la apreciación probatoria, en materia penal, rige el sistema de la sana crítica. No podría por ello imponerse al Juez un criterio preestablecido, para que tarifariamente otorgue o no valor a un determinado medio probatorio". Luego de transcribir lo pertinente de algunas decisiones de esta Corporación, concluye que "el resultado de un dictamen pericial, pues, queda sometido a la libre valoración que, como acertadamente lo sostiene la Corte, no es arbitraria, sino que depende del grado en que se encuentren cumplidos, en el dictamen correspondiente, los requisitos formales y, especialmente, los de eficacia probatoria o sustanciales, de este medio probatorio".

Transcribe luego el señor defensor del doctor Del Valle Oviedo, los requisitos de eficacia probatoria del dictamen pericial que señala un conocido tratadista de derecho procesal, para después y haciendo eco de las explicaciones brindadas por su poderdante, concluir afirmando que no "es ilegal la determinación de desconocerle valor probatorio a un dictamen pericial que carece de los mínimos requisitos para tal fin, y mucho menos prescindir de él cuando otras pruebas que obran en el proceso permiten al juzgador formarse una idea aproximada de aquello que sería objeto de experticio. En tales condiciones, obró correctamente el Tribunal acusado al desechar el dictamen que avaluaba una motonave en un precio exagerado, debido a que el perito no había tenido contacto directo con ella; igualmente acertado fue resolver la cuestión accesoria que se planteaba, acudiendo a la resolución de la Dimar que permitía hacer un cálculo bastante aproximado del valor real de la nave cuya entrega provisional se decidía".

Finaliza su memorial pidiendo a la Corte que "por ser atípicas las dos conductas analizadas... en la calificación del mérito sumarial se profiera, en favor de los Magistrados procesados, cesación de procedimiento (fls. 186 a 203).

En escrito complementario del anterior, el acucioso defensor del doctor Del Valle Oviedo, que lo es también del Magistrado Sánchez Novoa, sostiene que "los avalúos administrativos y aun los judiciales, dentro del proceso penal aduanero, no son coincidentes o uniformes, pues, varían sustancialmente los unos de los otros; así en el anexo No. 1 advertimos, sólo por vía de ejemplo, que en el caso del avión de la empresa Líneas del Caribe, o sea el HK-2632 el avalúo administrativo, o sea el que

dio el aprehensor fue de tres (3) mil millones de pesos, mientras que el judicial fue de dos (2) mil millones; como se puede ver el mismo medio de transporte tuvo una diferencia de mil millones de pesos".

Agrega también en este memorial complementario, que, con apoyo en los documentos que obran en el anexo No. 2, no era inusitado que una ponencia inicialmente rechazada, posteriormente fuera acogida por la Sala Plena del Tribunal Superior de Aduanas (fls. 182 a 185).

El doctor Sánchez Novoa, en su declaración injurada (fls. 131 a 143), explica cómo le surgieron dudas en relación con la ponencia presentada por el Magistrado Del Valle Oviedo (si la nave siendo de bandera panameña era de servicio público de transporte; si por el valor de la mercancía incautada el funcionario *a quo* era competente; si la garantía era suficiente), razón por la cual pidió el proceso para estudiarlo. En posterior reunión del Tribunal se volvió a discutir la ponencia y fue derrotada, correspondiéndole a él la elaboración de un nuevo estudio, que efectivamente presentó a consideración de la Sala Plena. En esta oportunidad y como quiera que las dos ponencias concluían en lo mismo, se decidió retirar la segunda y volvió a debatirse el proyecto original, que mereció la aprobación unánime. Agrega el indagado que era frecuente en el seno del Tribunal que una ponencia inicialmente rechazada, con posterioridad fuera admitida, citando varios casos concretos en que esto sucedió.

Sobre el valor de la motonave, principia por afirmar que el avalúo que hacen los aprehensores generalmente es elevado: "los aprehensores inflan el valor de la mercancía y del medio de transporte porque como estos hechos sucedieron antes de entrar en vigencia el actual E.P.A. tenían una participación en las incautaciones del 20% por peritazgos definitivos o dictámenes se han reducido frecuentemente a cuantías más bajas"; sostiene que el dictamen pericial rendido por el aforador Pérez Martínez era necesario desestimarlo, porque el perito "no reconoció la embarcación" sino que se limitó a "transcribir los recibos de los guardias aprehensores". En estas condiciones, sostiene, estuvo de acuerdo con el estudio elaborado por el doctor Del Valle para fijar el valor de la embarcación con base en la inversión de trescientos mil dólares autorizados en la Resolución de Dimar, para la adquisición de la motonave "Toro I" y "Siroco". Cuando el instructor le advierte que la referida Resolución autoriza una inversión por la cantidad aludida pero no para comprar las dos embarcaciones sino para la adquisición de cada una de ellas, el indagado responde: "Posiblemente se examinó la resolución pero no muy detenidamente por cuanto en mi mente estaba consignado, reflejado una cuantía de 300 mil dólares que estaban reflejados en la ponencia y que si allí se decía pues no tenía por qué dudar de esto y, en consecuencia, quizá con lupa entrar a escudriñar si esos 300 mil dólares eran para las dos embarcaciones, o, por el contrario, para cada una. Hasta ahora señor Juez que usted me pone la resolución de presente y que inclusive al examinar así por encima le relato y digo que allí está es una cuantía de 300 mil dólares, hasta el punto que usted me hace caer en la cuenta que es para cada una de las embarcaciones". Más adelante el doctor Sánchez Novoa insiste sobre este particular aspecto: "Me atuve a lo que el Magistrado Ponente, el doctor Del Valle manifestaba en su ponencia y que lo exponía verbalmente en los argumentos que decía a efectos de que se le aprobara su ponencia. Es la

primera vez que veo y que sí efectivamente habla de 300 mil dólares pero para cada una de las motonaves. Quizá, no sé, pudo ser error de apreciación del primer ponente pues en lo que a mí respecta no entré a examinar a fondo si se trataba de que esta cuantía de 300 mil dólares era para los dos barcos o para uno solo". Sobre el valor de la garantía, precisa el doctor Sánchez Novoa que por tratarse de una entrega provisional, ningún obstáculo había "para que si posteriormente un perito idóneo decía esa garantía no era suficiente pudiera el juez de instancia, tal como lo anunciaba, tomar la determinación y aumentar ese *quantum*". Dice también el indagado que de acuerdo con la finalidad del artículo 75 del E.P.A., las determinaciones que sobre la entrega de los medios de transporte "que nada tenían que ver con el contrabando", era necesario tomarlas oportunamente para "causar menos traumatismos al transporte público".

La Magistrada Noliora Currea García (fls. 110 a 119), principia por relatar la forma cómo el proyecto del doctor Del Valle fue discutido en la Sala Plena y las dudas que suscitó. Dice luego que la Resolución de Dimar que autorizó la compra de las dos motonaves no se leyó durante la discusión ni ella tuvo oportunidad de conocerla, razón por la cual creyó lo que decía la ponencia, máxime cuando el doctor Sánchez había llegado en su estudio a la misma conclusión de la ponencia original: "lo del valor lo acepté porque se asimilaba mucho al valor autorizado por la Dimar para la compra de ellas. Para mí ese era el valor real de la nave, según lo expuesto en la ponencia y según lo manifestado por el doctor Sánchez quien estudió el proceso, porque yo en este caso di mi voto en base al proyecto y a lo manifestado por Mario Sánchez Novoa, porque como en la mayoría de los casos de votar frente a proyectos presentados por mis compañeros lo hago en virtud de la ponencia a no ser que yo solicite el proceso para leerlo como eventualmente ocurre, pero éste no fue uno de esos casos". Cuando el instructor le dice que la autorización dada por Dimar era por un valor de seiscientos mil dólares y no de trescientos mil, como se afirma en la ponencia, la doctora Currea, explica que ignoraba eso, porque "mi convicción para aceptar el proyecto presentado fue el de considerar que el valor autorizado por la Dimar para la compra de las embarcaciones era de 300 mil dólares, para las dos naves... porque así lo dice la providencia. Y esto fue respaldado por estudio realizado por el Magistrado Sánchez Novoa".

El Magistrado José Heriberto Velásquez Ramos (fls. 154 a 165) en su indagatoria manifiesta que la ponencia original suscitó dos inquietudes: si la motonave reclamada en verdad "estaba afiliada a empresa pública de transporte" y "si el monto de la póliza fijado en 30 millones de pesos correspondía en realidad al valor real de tal motonave". Como la ponencia fue derrotada y el doctor Lucero Acosta a quien le correspondía elaborar el nuevo estudio acompañó al Magistrado Del Valle, el proceso pasó al doctor Sánchez quien posteriormente presentó una nueva ponencia, que sustancialmente era igual a la primera, razón por la cual él propuso que para "no hacer el oso" como advertía el Magistrado Sosa Cárdenas, lo mejor era que "volvieran las cosas a su origen. Esto es, que el Magistrado Sánchez Novoa retirara su ponencia y se volviera sobre la ponencia del Magistrado Del Valle, la cual, a la postre, y por unanimidad fue aprobada". A continuación sostiene que este regreso a la ponencia original en un principio derrotado no era extraño en el Tribunal Superior de Aduanas, porque "en

varias ocasiones... han sido derrotadas ponencias y luego de un mejor estudio se ha vuelto a la ponencia original".

Posteriormente el doctor Velásquez Ramos explica que compartió las críticas que en la ponencia se hacían al "seudo peritaje" y la forma como se determinaba el valor de la motonave reclamada, agregando que "no tuve en mis manos el proceso", ni tampoco "solicité lectura del mismo, sino que para mí fue una contundente razón escuchar que el nuevo ponente llegaba a la misma conclusión de la ponencia inicialmente derrotada".

El defensor de los Magistrados Currea García y Velásquez Ramos, sostiene en su memorial que el dictamen pericial, para que tenga valor, debe ser debidamente fundamentado, tal como lo exigen los artículos 60 del Estatuto Penal Aduanero y 272 del Código de Procedimiento Penal. "Bastaba ver el dictamen –arguye– para advertir toda ausencia de fundamentación. Todo indica que el perito no examinó directamente el barco, pues lo hubiera hecho constar y para señalar sus características tuvo que referirse al recibo de retención. Sin razonamiento alguno que señale cómo es la nave, de qué está construida, en qué estado se encuentra, qué dimensiones tiene, qué capacidad de transporte, año de construcción, etc., se copia el valor que aparece en el recibo que fundamentó semejante 'experticio': $500.000.000.00.

"Se expresó en la denuncia –agrega– que se desatendió 'el avalúo administrativo', olvidando que no existe ni en la ley ni en el proceso penal aduanero una pieza procesal que tenga ese carácter. Ni el Estatuto Penal Aduanero ni el Código de Aduanas contemplan esa clase de avalúos. Se lo inventó el denunciante."

En relación con el error de la providencia al estimar el valor de las motonaves "Toro I" y "Siroco" en trescientos mil dólares, sostiene el defensor que "esa equivocación del ponente en nada compromete a los restantes Magistrados", porque "el funcionamiento de las Corporaciones determina un reparto en el trabajo, de suerte que sólo excepcionalmente, cuando se tienen dudas sobre las premisas que determinan el proyecto de decisión presentado por un ponente, se acude al expediente para ser analizado por los restantes integrantes de la Sala. No resulta racional exigir a todos ellos la lectura total de los procesos, pues, en ese caso, perdería la razón de ser del Juez plural y desaparecería la dinámica que permite despachar el volumen total de negocios que tramitan los jueces de primera instancia... Se equivocó el Magistrado que revisó el proceso, pero todo indica que se trató de simple falta de cuidado en la lectura del documento. Tanto es así que el mismo Fiscal, que se convirtió en denunciante, tampoco advirtió ese yerro, sin que pueda pensarse en responsabilidad para quien se ha convertido en celoso y exagerado guardián de normas procesales".

"Una cosa es la errada interpretación de la ley –remata el memorialista– y otra la voluntad criminosa del agente, voluntad que no puede deducirse en este evento. Muy claro quedó que no hubo en verdad, decreto de pruebas en segunda instancia, simplemente se agregó una ya recaudada; que se desconoció un dictamen, en ejercicio de claras facultades del Juez; y que se fijó una caución, ciertamente inferior al valor real del bien garantizado, por yerro del ponente, reconocido y explicado por él, pero sin que ese hecho pueda conducir a responsabilizar a quienes actuaron sin conocer el error, ni a quien incurrió en él, pues la naturaleza misma de la decisión lo

libra de toda sospecha de parcialidad que permita ubicar su conducta dentro de las hipótesis de los preceptos penales".

Acorde con las anteriores premisas, el defensor solicita a la Corte "cesación de procedimiento en favor de los Magistrados que represento" (fls. 158 a 166).

Muy similares a las explicaciones brindadas por los Magistrados Correa y Velásquez son las que da el doctor Eduardo Ignacio Lucero Acosta en su indagatoria (fls. 120 a 130). Principia por advertir que el Estatuto Penal Aduanero apenas iniciaba su vigencia y que tal vez la entrega provisional de la motonave "Toro I", era una de las primeras que se conocía en el Tribunal, razón por la cual "no había mucha referencia jurisprudencial". Agrega que "en mi sentir encontré que ese artículo 75 tenía la finalidad social y la filosofía propia de procurar el menor perjuicio a los propietarios de los medios de transporte de mercancía de contrabando y a la vez no traumatizar ese servicio público. Encuadré igualmente esa norma como especial para una justicia especializada con su gran parte en blanco, ya que dice que habrá o se entregará bajo una fianza por valor de los bienes, pero sin especificar si para ello era necesario establecer el valor comercial, el avalúo pericial u otro o si más bien quedaba a un estimativo del Juez, dadas sus propias finalidades, pero que de todas maneras el Juez debía tomar una referencia, tuve en cuenta que lo central y de fondo que investiga la justicia penal aduanera como en este caso, es el delito de contrabando y que si se llega a ordenar el decomiso de un medio de transporte es porque sus representantes, dueños o conductores del medio de transporte son autores o partícipes del delito de contrabando, lo que ya va indicando que cuando esos medios de transporte pertenecen a una empresa sus propietarios en la mayoría de los casos, lo dice la experiencia trajinada en esta labor, son terceros de buena fe, por consiguiente ajenos al delito de contrabando. Así recuerdo que apoyé la ponencia presentada por el doctor Del Valle Oviedo, en razón a que se había producido y a espacio en la misma detallaba sus fundamentos, que no eran otros a los de refutar un concepto de avalúo simbólico el mismo que apenas transcribía documentos y quizá al azar fijaba un valor a la nave, encontré que la ponencia examinaba distintos documentos y entre éstos su valor de compra que si mal no recuerdo eran 300 mil dólares por 2 motonaves similares y que haciendo la conversión por una de esas dos motonaves la fianza de 30 millones de una u otra manera garantizaba al Estado en forma real su presentación cuando fuera requerida. . tuve en cuenta además que esa garantía podía ser reajustada cuando la investigación avanzara, bajo un verdadero concepto pericial hecho por técnico en esas motonaves y con eficacia probatoria en cuanto a que está fundamentado el examen físico, en el conocimiento del perito, sobre todo en su descripción de como estaba la nave... consideré que ese valor de 30 millones era el apropiado para garantizar la presentación de la motonave cuando se la requiriera y por ello desde la inicial ponencia que iniciara el doctor Del Valle apoyé sus razonamientos y conclusiones, pero esto más aún se reafirmó en mi concepto cuando después de haber sido pedido ese expediente para estudio por uno de los señores Magistrados, si mal no recuerdo el doctor Mario E. Sánchez Novoa, y derrotada esa inicial ponencia del doctor Del Valle, terminaron concluyendo los señores Magistrados restantes que ese era el valor de la garantía que se debía fijar para esa entrega provisional".

Más adelante sostiene que: "yo recuerde en la Sala Plena no se leyó ni examinó la mentada resolución (la emitida por Dimar) de manera alguna, ni yo tampoco lo

hice de manera directa ni personal, para mí las conversiones (sic) y explicaciones dadas por la ponencia al respecto a esta resolución eran necesariamente el trasunto de su texto y decisión". Dice también que no es costumbre confrontar todas las ponencias presentadas con su respectivo proceso, "ya que ello demandaría un trabajo quizá de semanas, pero al Magistrado que le asiste seria o importante duda sobre algún aspecto o decisión de la ponencia presentada bien puede pedir el proceso para estudio...".

El defensor del Magistrado Lucero Acosta, principia por sostener que el dictamen pericial que señalaba el valor de la motonave estuvo bien desechado, porque "fue un avalúo simbólico, esto es sin el examen directo del objeto materia del dictamen" y porque "tuvo como presupuesto el estimativo administrativo de los agentes aprehensores" el cual "debe ser siempre materia de examen cuidadoso toda vez que estos funcionarios tienen especial interés en distorsionar estos estimativos para inflar las cifras de tal manera que les genere méritos ante sus superiores y ante la opinión pública".

En cuanto al valor de la nave estimado en la providencia, expresa que los argumentos expuestos por el ponente a los demás Magistrados, bien pudieron convencerlos: "mi defendido, el doctor Eduardo Lucero Acosta creyó plenamente en los argumentos del ponente y no tuvo el menor atisbo de duda en cuanto a la veracidad del soporte probatorio de los asertos del ponente".

Con base, pues, en las explicaciones dadas por su poderdante, el memorialista solicita que "se dicte Auto de Cesación de Procedimiento en favor del doctor Eduardo Lucero Acosta porque la decisión que suscribió, como Magistrado que hacía Sala, confirmando la entrega provisional de la motonave "Toto I" no tiene la condición de ser "manifiestamente contraria a la Ley". Subsidiariamente, "si la Honorable Corte considera que la conducta sí es típica de prevaricato", pide "cesación de procedimiento en favor de mi defendido por ausencia de dolo" (fls. 204 a 211).

El Magistrado Dairo Jesús Sosa Cárdenas, al igual que sus compañeros de Corporación, da cuenta de las discusiones que surgieron cuando se presentó la ponencia original, que en un principio fue rechazada: "según el acta que se me acaba de poner de presente, las objeciones que yo hice a la inicial ponencia, fueron las... de que la fianza necesaria para disponer la entrega provisional conforme al artículo 75 del Estatuto Penal Aduanero, no correspondía al avalúo efectuado judicialmente sobre la motonave, y que como tal no era factible acceder a esa petición así estuviesen satisfechos los demás requisitos que para ello exige la citada norma. Sin embargo, con los argumentos que se discutieron nuevamente en la Sala en que se expuso el nuevo criterio del doctor Sánchez, se tuvo como un hecho cierto que el dictamen pericial por medio del cual se había valorado el precio de la motonave, no reunía los requisitos que como tal establece la ley, puesto que el perito se limitó a verter en su experticio los detalles técnicos consignados en el acta de retención, pero sin que su experticio hubiese fundamentado las razones del mismo, limitándose igualmente a consignar como su valor el señalado por los aprehensores. Estos razonamientos que constan en la ponencia e igualmente el valor de compra de la motonave llevaron a la Corporación a estimar que en realidad de verdad el valor de la fianza exigida por el Juez de primera instancia correspondía al valor real de la motonave y de ahí la

aprobación de la ponencia en que se impartía su confirmación .. no recuerdo siquiera que el doctor Sánchez haya presentado nueva ponencia, recuerdo sí que rindió un informe en la Sala Plena en que como he dicho anteriormente le daba la razón a los planteamientos expuestos inicialmente por el doctor Del Valle, y por eso el proceso pasó de nuevo al inicial ponente y con este trámite se surtió la aprobación de la ponencia inicial por la Corporación en pleno sin ninguna objeción".

Más adelante le pregunta el instructor si estudió el proceso relacionado con la entrega de la motonave, y el doctor Sosa Cárdenas, luego de explicar la mecánica al respecto, según la cual sólo excepcionalmente se estudia el expediente cuando algún Magistrado tiene dudas, expresa que él no lo pidió para examinarlo y que no recuerda si durante las sesiones, a las cuales se llevan los procesos correspondientes a las ponencias presentadas, lo revisó o no: "No puedo precisar si durante las varias sesiones que demandó esta ponencia yo haya revisado en la Sala Plena el expediente, es factible que haya sido así, como igualmente que no". Respecto de la Resolución expedida por Dimar, dice haberla estudiado en la Sala Plena, aunque del contexto de su respuesta se deduce con toda claridad que no advirtió que los trescientos mil dólares fuera la suma autorizada no para la adquisición de las dos embarcaciones sino para comprar cada una de ellas. Insiste en que inicialmente no estuvo de acuerdo con el valor que a la motonave se le daba en el proyecto original, pero agrega que: "cuando posteriormente se rindió el informe por parte del doctor Sánchez, nuevo ponente, me convencieron sus razonamientos y entré así a aceptar los argumentos de la ponencia inicial". Le pregunta el instructor si la Sala consideró la posibilidad de ordenar una ampliación del dictamen rendido por el aforador, y el doctor Sosa responde que él estima que "ello no era factible en ese momento procesal que ya tenía que tomarse una decisión de plano sobre el recurso que había motivado el conocimiento, por parte del Tribunal" (fls. 144 a 153).

III. 2. El representante del Ministerio Público expresa que: "no hay reparo alguno en relación con dos de los presupuestos que tuvo en cuenta el Tribunal al confirmar la providencia apelada: la prueba de la calidad de propietario del solicitante y la demostración de que la motonave "Toro I" prestaba servicio público de carácter regular. En cambio preocupa que la Corporación haya fijado el valor de la garantía tomando como base la Resolución No. 0213 de febrero 17 de 1987, dictada por la Dimar y en la que se autorizaba a la empresa Marcomex para adquirir dos embarcaciones por una inversión hasta de 300 mil dólares, haciendo la conversión en pesos colombianos al valor del dólar en ese momento. En este punto el desacierto de los Magistrados consistió en no haberse dado cuenta que la inversión autorizada de 300.000 dólares era para cada uno de los navíos, es decir, que la suma total era de 600.000 dólares.

"Interpretaciones contrarias a la ley –continúa expresando la Delegada–, como las anotadas, tipifican el delito de prevaricato objetivamente. Pero, repetimos, está ausente en el comportamiento de los Magistrados el dolo requerido como forma de culpabilidad. La buena fe en la toma de la decisión se evidencia en la indagatoria que cada uno de ellos rinde, diligencia en la cual los implicados caen en la cuenta (sólo hasta ese momento en que se les pone de presente la resolución) del error en que

incurrieron al creer que la autorización era por dos embarcaciones, cuando en realidad era por cada una de ellas.

"Al igual que el Juez instructor, los Magistrados del Tribunal Superior de Aduanas, creyeron interpretar en forma correcta el artículo 75 del Estatuto Penal Aduanero y confirmaron la entrega provisional del navío desentrañando el espíritu de la norma, esto es, no paralizar la economía nacional con la retención indefinida de los medios de transporte público, amén de hacer énfasis en que la entrega era sólo de carácter provisional y que en cualquier momento podía aumentarse la cuantía de la garantía.

"Aunque las actas en que constan las discusiones de la Sala Plena del Tribunal son bastante lacónicas, ellas reflejan la ausencia de interés distinto al de interpretar en forma sana las normas. Finalmente, no existe prueba que acredite intención torcida o ánimo de favorecer a las partes en el proceso por contrabando".

Acorde con las anteriores consideraciones, el Procurador Delegado termina su concepto pidiendo a la Corte la "cesación de procedimiento por existir prueba suficiente de la ausencia de dolo en la actuación de los funcionarios implicados en esta investigación" (fls. 169 a 177).

III. 3. Principiese por afirmar que para la Corte, el hecho de que la ponencia inicialmente rechazada (la que presentó el Magistrado Del Valle Oviedo) hubiese sido posteriormente acogida, no entraña de por sí ninguna ilicitud, pues absurdo sería que se insistiera en el cambio del ponente, si el nuevo Sustanciador, después de estudiar cuidadosamente el proceso, coincide con las apreciaciones del estudio primigenio. Esta situación refleja más bien la precipitud y ligereza con que la Sala Plena del Tribunal Superior de Aduanas procedía a rechazar una ponencia, sin meditarla detenidamente primero y sin confrontarla con las evidencias procesales. Tal como consta en el anexo número dos (2) presentado por el defensor de los Magistrados Del Valle Oviedo y Sánchez Novoa, no era inusitado que esta situación se diera en el Tribunal (fls. 43 a 105). Los Magistrados Velásquez Ramos y Sánchez Novoa, son claros en señalar que era frecuente este cambio de opinión de la Sala.

Dígase también que plena razón asiste a los Magistrados acusados, a sus respectivos defensores y al señor Agente del Ministerio Público, cuando sostienen que las conclusiones de un dictamen pericial no son vinculantes para el Juez, pues éste de conformidad con lo dispuesto por el artículo 253 del Código de Procedimiento Penal, debe apreciar las pruebas "de acuerdo con las reglas de la sana crítica". Así lo ha sostenido en muchísimas oportunidades esta Sala y en el mismo sentido se pronuncia unánimemente la doctrina. No incurrieron, pues, los indagados, en ninguna ilicitud por el simple hecho de desechar el dictamen pericial que justipreciaba el valor de la motonave "Toro I". Las razones que para hacerlo adujeron en sus respectivas indagatorias, que simplemente se limitan a ampliar las plasmadas en la providencia de 9 de febrero de 1988, son aceptadas por la Corte. Basta con leer el aludido experticio (fl. 174, del cuaderno de fotocopias del sumario No. 5491) para advertir de inmediato que el aforador Pérez Martínez, como lo han aseverado todos los indagados y sus defensores, se limitó a transcribir la descripción que del barco hicieron sus aprehensores y a copiar el mismo valor que éstos le asignaron (fls. 76 a 80, del otro cuaderno de fotocopias del proceso No. 5491).

Es importante agregar que esta última diligencia administrativa, como lo han destacado los incriminados y sus defensores, no es propiamente un dictamen y mucho menos judicial, a la que ni el mismo legislador le da valor alguno, como se desprende del artículo 59 del Estatuto Penal Aduanero, que ordena al instructor que en el auto cabeza de proceso, designe perito "para el avalúo y reconocimiento de la mercancía y de los demás efectos retenidos".

Donde se presenta la irregularidad, no es como se dijo, en el hecho de desechar el dictamen pericial, que bien podía hacerlo el Tribunal, sino en proceder a señalar el valor de la motonave reclamada.

Si el dictamen se rechazó porque había sido "simbólico", porque el perito "no había tenido contacto directo" con la motonave, como lo expresa uno de los defensores, pues lo correcto habría sido que se revocara el auto impugnado para que el Juez, luego de ampliar el dictamen existente o de ordenar uno nuevo que fundadamente justipreciara el valor de la embarcación con base en el reconocimiento físico de la misma, procediera a determinar el costo del buque y con base en ello, señalara el valor de la garantía.

Pero no actuó así el Tribunal. Desechó el dictamen judicial porque el experto no había hecho un reconocimiento físico de la embarcación, y, sin tener en cuenta que los Magistrados tampoco habían tenido contacto físico directo con la nave, procedieron a evaluarla. En otros términos: al perito no se le dio crédito porque el dictamen fue simbólico, pero los Magistrados, que tampoco reconocieron físicamente la motonave, decidieron sustituirlo y desarrollar la función evaluadora que le correspondía cumplir al experto.

No conocían los Magistrados qué mejoras se habían hecho a la motonave que pudieran incrementar notablemente su valor de adquisición; también ignoraban qué daños o imperfecciones podía presentar el buque que ostensiblemente disminuyeran su precio; y no obstante este desconocimiento, el mismo censurado al perito, porque al igual que él, ellos tampoco habían hecho el reconocimiento físico de la motonave, decidieron determinar su valor comercial. Es decir, que lo que no les permitía acoger el dictamen pericial, y que también era predicable de ellos, para nada afectaba las conclusiones de la providencia. El perito aforador al menos era experto en la materia, pero los Magistrados no ("no tengo la experiencia de conocer un barco ni pequeño ni grande, pues nunca he entrado a uno de ellos, los he visto a la orilla del mar en Santa Marta", expresa el doctor Del Valle a fl. 87), y pese a ello no tuvieron inconveniente alguno en actuar como sustitutos del mismo.

Y para acabar de completar el erróneo procedimiento de los Magistrados, no se dieron cuenta de que la autorización expedida por Dimar a la empresa Marcomex Ltda., no era por sólo trescientos mil dólares sino por el doble de esta cantidad, como consta en uno de los considerandos de la Resolución No. 00213: "Que se trata de una inversión con capital disponible aproximado de trescientos mil dólares (US$300.000.00), *por cada una de las naves*" (con mayúsculas pero sin subrayas en el original fl. 159 de las fotocopias del sumario No. 5491).

No obstante los crasos errores reseñados, en que incurrieron los Magistrados al suscribir la providencia del 9 de febrero de 1988, que confirmó la entrega provisional

de la motonave "Toro I", es lo cierto que si bien dan pie para afirmar que éste su proceder es objetivamente típico para el delito de prevaricato por acción (artículo 149 del Código Penal), pues que la decisión comentada es manifiestamente contraria a la ley, no es posible sostener que al firmar la decisión tuvieron la conciencia y voluntad de obrar contrariando ostensiblemente las normas legales. Por ello su conducta no es punible, porque falta el dolo en el proceder de los indagados, única forma de culpabilidad que admite el delito de prevaricato en la legislación penal colombiana.

Quizás, como ellos lo han explicado en sus respectivas indagatorias, lo novedoso de la previsión del artículo 75 del Estatuto Penal Aduanero, la no mención expresa en esta norma de la necesidad de un dictamen pericial que establezca el valor del medio de transporte cuya entrega provisional se solicita, la creencia de que como la entrega era provisional en cualquier momento podía revocarse o modificarse el valor de la garantía, el deseo de no hacer nugatoria la finalidad perseguida por el legislador con la disposición en comento, además de la ligereza con que solían obrar, que se evidencia en el frecuente rechazo de ponencias que posteriormente terminaban aceptando, son circunstancias que pueden explicar el que incurrieran en tan notorios desatinos.

Pero, insístese, a pesar de todo lo anterior, la Sala no encuentra que el proceder de los Magistrados indagados hubiera estado informado de dolo, y por ello, dispondrá la cesación de procedimiento en relación, también, con este cargo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, oído el concepto del Procurador Tercero Delegado,

RESUELVE:

CESAR PROCEDIMIENTO respecto de los doctores Alvaro de Jesús Del Valle Oviedo, Noliora García, Eduardo Ignacio Lucero Acosta, Mario Enrique Sánchez Novoa, Dairo Jesús Sosa Cárdenas y José Heriberto Velásquez Ramos, ex Magistrados del Tribunal Superior de Aduanas, y del doctor Alfredo Hernando Betín Sierra, ex Juez Unico de Instrucción Penal Aduanero de Cartagena, por razón de los hechos denunciados por el doctor Hugo Rincón Jaimes, y que fueron objeto de esta investigación.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Didimo Páez Velandia, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael Cortés Garnica
Secretario

* * *

Dictamen pericial – Avalúo / Jurisdicción de Aduanas

El avalúo que se debe tener en cuenta es el judicial, es decir el que se hace en cumplimiento de lo dispuesto en el auto de apertura de investigación.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Guillermo Duque Ruiz.*
Aprobada Acta número 25.
Bogotá, D.E., abril diecisiete (17) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Resuelve la Sala el recurso de hecho interpuesto contra el auto de 22 de enero último, por medio del cual el Tribunal Superior de Aduanas negó el recurso de casación, en el proceso adelantado respecto de José Arquimidio Hernández Avila y Jorge Castro Alvarez, por el delito de contrabando.

Antecedentes

Al conocer de la apelación interpuesta contra la sentencia de 8 de junio de 1990, dictada por el Juzgado Cuarto Superior de Aduanas de Bogotá, el Tribunal Superior de Aduanas, mediante la suya de 15 de noviembre del mismo año, condenó a los susodichos Hernández Avila y Castro Alvarez, a 10 meses de arresto por el delito de contrabando interno previsto en el artículo 23 del estatuto penal aduanero (Decreto 051 de 1987). Igualmente, dispuso tal fallo de segunda instancia el decomiso, a favor de la Nación del bus (afiliado a la empresa "Berlinas del Fonce") de propiedad de Hernández Avila y en el cual se encontró la mercancía declarada de contrabando (fls. 14 y ss.).

La sentencia del tribunal fue atacada en casación por la defensora de los procesados, quien luego de precisar que se cumplía el requisito de la punibilidad contemplado en el artículo 51 del estatuto penal aduanero para la viabilidad de dicha impugnación extraordinaria, anotó que "la mercancía investigada, incluyendo el medio de transporte, tiene un valor de 16 millones setecientos cinco mil ciento

ochenta pesos ($16.705.180), moneda corriente, que nos proporciona el segundo requisito, o sea los cinco mil gramos oro, y en este caso se debe tener en cuenta el valor del gramo oro para el 14 de mayo de 1988, fecha en que ocurrió la retención de la mercancía", y solicitó la recurrente al Magistrado ponente oficiar al Banco de la República para precisar cuánto valía el gramo oro para la fecha indicada (fl. 34).

El banco respondió que para mayo 13 y junio 3 de 1988 (fecha de la retención de la mercancía –en verdad fue el 14– y del avalúo judicial de la misma) el valor del gramo oro era, en su orden, de $4.329.56 u $4.464.79; y de $7.065.13 para diciembre 19 de 1990, fecha en que el proceso entró a despacho con el escrito contentivo del recurso de casación (fl. 35).

Por auto de 22 de enero de 1991 (fls. 36 y ss.) el Magistrado ponente negó el recurso extraordinario, por estimar que si bien se cumplía el requisito de la pena; "como se observa de lo anterior (se refiere al informe del Banco de la República), ni para la fecha del avalúo de la mercancía verificado dentro de la causa, ni para el día en que el proceso entró al Despacho para resolver acerca de la concesión o no del recurso extraordinario de casación, el valor de la mercancía entrababa seis millones setecientos cinco mil ochenta pesos ($6.705.180.00) moneda corriente, da el equivalente en moneda nacional a los cinco mil gramos oro, tal como lo exige el artículo 51 del estatuto penal aduanero, no concurriendo por lo tanto el segundo requisito reclamado por la norma, para la concesión del recurso invocado" (fls. 37 y 38).

Luego precisó el Magistrado Sustanciador que el artículo 51 citado "se refiere exclusivamente a la mercancía y en ningún momento incluye los medios de transporte como integrantes de ese todo y mucho menos para asimilarlo para el quántum o valor determinante, para la estimación de la exigencia de los cinco mil gramos oro exigibles para la concesión de dicho recurso".

Contra ese proveído interpuso "recurso de reposición y subsidiario el de hecho" la recurrente, insistiendo en que el valor de la mercancía a tener en cuenta era el del "momento de la retención", y agregó que "esto es tan evidente, porque la fecha de la retención de la mercancía señala el procedimiento que se debe seguir, para efectos de la investigación penal", e igualmente reitera que el avalúo del bus decomisado se debe computar para efectos de la cuantía establecida para recurrir en casación, "porque estos dos factores (mercancía y decomiso del automotor) no pueden ser separados, cuando ambos han sido objeto de una misma decisión".

Mediante auto de 13 de febrero el Tribunal resolvió sobre esos recursos no accediendo a la repusición y concediendo el de hecho ante la Corte. No repuso enfatizando sus anteriores argumentos, a los cuales agregó en primer término que "el acta de retención y de ingreso de la mercancía al Fondo Rotatorio de la Aduana, sólo prosigue fines administrativos", y el avalúo que se haga allí no es el que rige, porque "el procedimiento penal que nos rige prevé que la orden de reconocimiento y avalúo debe disponerse en el auto cabeza de proceso y practicarse a más tardar al día siguiente de realizada la aprehensión" (fl. 47); y en segundo lugar sobre el valúo del bus decomisado, señala que no es dable "confundir" las mercancías con los vehículos que en determinado momento les sirven de medio de transporte, al cual "debe considerársele como elemento accesorio del proceso, mientras que la mercancía es parte vital del mismo, pues sobre ella se genera la vulneración del bien jurídico..." (fl. 48).

Ya en la Corte las copias correspondientes, la actora sustentó la impugnación diciendo que el avalúo que se hizo al retener "e ingresar" la mercancía, y que es el que se debe tener en cuenta fue de $7.235.442.000, que sumado a los 10 millones del bus decomisado, arrojan un total de $17.235.442.00, que, para el 17 de mayo de 1988 (fecha en que se hizo ese primer avalúo, según la recurrente), dan el interés para la casación. Dice, además, que el avalúo judicial de 3 de junio de 1988 es "incompleto", pues no fueron materia del mismo varios artículos cuyo examen se dejó al "químico merceólogo" (fl. 54).

Insiste en que si el decomiso del bus "es una lógica consecuencia de la condena, entonces no haya por qué no tener en cuenta el valor del bus para efectos del recurso extraordinario de casación", y trae en apoyo de esa afirmación, auto de esta Sala (junio 21/88 M. Pte. Dr. Saavedra Rojas) referido a la necesidad de revisar por la vía de la consulta los hechos conexos, cuando así lo imponga su íntima relación, y no obstante alguno o algunos de ellos no estén sometidos a ese grado de jurisdicción.

Pide, pues, que se admitan sus planteamientos y, en consecuencia, se conceda la impugnación extraordinaria que interpuso el fallo de segundo grado.

Se considera:

1. Una primera cosa: si se acepta la cuantía total (es decir la constituida por la mercancía y por el bus decomisado) expresamente manifestada por la defensora en el escrito mediante el cual interpuso recurso de casación esto es, $16.705.180.00 (fl. 34), ella no alcanzaría la de cinco mil (5.000) gramos oro prevista en el artículo 51 del estatuto penal aduanero. En efecto, incluso para el 13 de mayo de 1988 (un día antes de la retención de la mercancía y del bus en que la misma se transportaba) el gramo oro tenía un valor de $4.329.56; es decir que cinco mil gramos equivaldrían a veintiún millones seiscientos cuarenta y siete mil pesos con ochenta centavos ($21.647.080), suma harto mayor a la precisada por la recurrente.

Ahora, si se tiene en cuenta la cuantía que la impugnante menciona en la Corte al sustentar el recurso de hecho, y que parte del avalúo que a la mercancía se le hizo una vez retenida ($7.235.442.00), tampoco se cumpliría con el requisito mencionado, pues el quántum total, como ella misma lo manifiesta, sería de $17'235.442.00 (fl. 54).

De donde se colige que, sigase el avalúo que se siga (el administrativo o el judicial), e involúcrese o no el valor del bus decomisado (10 millones de pesos), en este caso concreto de ninguna manera procede el recurso de casación, ya que la mercancía no tiene "un valor superior al equivalente en moneda nacional a cinco mil gramos oro", como lo manda el citado artículo 51, motivo por el cual dicha impugnación estuvo bien denegada por el Tribunal Superior de Aduanas.

2. Sin perjuicio de lo dicho y concluido en el punto precedente, la Sala estima conveniente señalar:

a) *El avalúo que se debe tener en cuenta es el judicial, es decir el que se hace en cumplimiento a lo dispuesto en el auto de apertura de investigación, según el siguiente tenor del artículo 59 del estatuto penal aduanero:*

"Orden de reconocimiento y avalúo. El Juez en el auto cabeza de proceso, o luego, al día siguiente de la aprehensión, designará perito para el avalúo y reconocimiento de la mercancía y de los demás efectos retenidos".

Emerge obvio que ese avalúo que se practica dentro del respectivo proceso con todas las formalidades de ley, que se coloca a disposición de las partes para que pueda ser materia de objeción, aclaración, etc., es el que debe primar. El otro avalúo, "preprocesal o administrativo" (que, por lo demás, no aparece previsto en el estatuto penal aduanero), se acostumbra llevarlo a cabo en el momento en que se aprehende e inventaría la mercancía, "por cuanto él (el Fondo Rotatorio de Aduanas, como dijo el Tribunal en este caso refiriéndose a ese procedimiento) simple y llanamente tiene el deber de custodia y administración de los bienes que le sean entregados en depósito y bajo el inventario de los bienes aprehendidos dando cuenta a la jurisdicción penal aduanera, precisándose la denominación genérica de la misma, el número de unidades que se reciben, sus características, estado, su peso y todas aquellas particularidades que permitan identificarla claramente" (fl. 47).

b) *A esta Sala le resulta igualmente claro que a efectos de la cuantía para recurrir en casación, ella se refiere exclusivamente a la de la mercancía, como se desprende del artículo 51 del estatuto penal aduanero, que dice:*

"Casación. Habrá recurso de casación contra las sentencias de segunda instancia dictadas por el Tribunal Superior de Aduanas, por los delitos que tengan señalada una sanción privativa de la libertad, cuyo máximo sea o exceda de cinco (5) años y la mercancía *tenga un valor superior al equivalente en moneda nacional a cinco mil gramos oro.*

"También habrá recurso de casación, cuando el Tribunal hubiere dictado sentencia por uno o más delitos conexos en relación con los cuales proceda el recurso conforme a las reglas del Código de Procedimiento Penal" (Se destaca).

Se afirma tal cosa, porque el objeto material del delito de contrabando es la mercancía, *mas no los medios de transporte de ella, ni los elementos utilizados en la comisión de los hechos, ni las cosas ni los valores que provengan de su ejecución: esa diferenciación se encuentra bien diseñada en los artículos 18 y 55 del estatuto penal aduanero, al prever el decomiso de dichos objetos y su retención.*

Bien traída entonces por el Tribunal la siguiente referencia de la doctrina (Fernández Vega Humberto, Comentarios al Estatuto Penal Aduanero, 1a edc. 1988, Librería Jurídica Wilches, pág. 130):

"En la mercancía pues, se concreta el interés jurídicamente protegido, sin que se puedan confundir con ella los instrumentos utilizados para el cumplimiento de la conducta ilícita, ni los vehículos que sirvieron de medio de transporte, *ya que sobre ellos no recae ningún interés jurídico que la ley pretenda tutelar".* (Destacados del Tribunal).

En ese orden de ideas, como el concepto jurídico de "mercancía" no involucra los vehículos utilizados para su transporte, también el Tribunal acertó al pronunciarse en dicho sentido.

Es evidente que no viene al caso la providencia de esta Sala que trae la recurrente como ayuda de su criterio: en esa oportunidad lo que se dijo fue que, por la vía de la consulta el ad quem, *puede revisar y pronunciarse sobre los delitos (conexos) que por disposición legal no tengan acceso a ese grado de jurisdicción, si el vínculo entre ellos es tan estrecho que la decisión respecto a uno afecte imprescindiblemente al otro: aquí se examina, en cambio, el requisito de la cuantía para recurrir en casación, y además, –dentro de la confusión de la recurrente– fue un solo delito el objeto del fallo (contrabando interno), delito que trajo como obligada consecuencia el decomiso del bus, que, ya quedó precisado, no tiene la calidad de mercancía.*

En fin, ya líneas bien atrás se dijo que el recurso de hecho no prospera.

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

Resuelve:

Declarar bien denegado el recurso extraordinario de casación interpuesto por la defensora de los procesados José Arquimio Hernández Avila y Jorge Alberto Castro Alvarez contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Aduanas, de 15 de noviembre de 1990, por el delito de contrabando.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Dídimo Páez Velandia, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael Cortés Garnica
Secretario

* * *

Impedimento / Recusación

En el evento de que el sujeto procesal se limite a pedir la declaración de impedimento, el funcionario o empleado debe entender que se le está recusando.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Guillermo Duque Ruiz.*
Aprobada Acta número 25.
Bogotá, D.E., abril diecisiete (17) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Decide la Sala si hay o no mérito para iniciar proceso respecto de los doctores Marco Antonio Castillo Andrade, Héctor Gonzalo Córdoba Espitia y Alvaro Peñuela Delgado, ex magistrados los dos primeros y magistrado el último de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, acusados de prevaricato.

Antecedentes

1. En denuncia formulada el 16 de octubre de 1987 en la Unidad fija de Policía Judicial de Villavicencio (Meta), el señor Hernando Coy Cruz afirmó que el 13 de dicho mes encontró a Carlos Adolfo Castro Perea, con otras personas, "quemando y destruyendo", lo que había en el lote o potrero San Isidro, "predio que tengo bajo mi posesión y explotación desde hace más de 17 años".

El caso fue asumido por el Juzgado 20 de Instrucción Criminal radicado en Villavicencio, que mediante auto de 30 de noviembre se abstuvo de proferir medida de aseguramiento, por no hallarse establecido si el predio "El Silencio", donde se encuentra el potrero San Isidro, pertenece al denunciante o a su hermana Hilda, esposa del sindicado Castro Perea, y Gerente de la firma "Inversiones Coy Cruz Ltda.", a la cual se le había dado en arrendamiento desde el año de 1981 dicho predio "El Silencio" y la finca "La Primavera", colindante con aquél.

Se continuó el perfeccionamiento del sumario y el doctor Prudencio Tolosa Suárez, apoderado del sindicado, recusó al Juez 20 por mora en expedir unas copias con miras a recurrir de hecho una decisión del juez tomada dentro de una diligencia

(fls. 203-11). El Juez estimó que no había incurrido en mora, y resolvió "no declararse impedido" y proseguir la instrucción del informativo, sin que hubiera dispuesto el envío del expediente al Tribunal, pues no se trataba de un impedimento sino de una recusación (f.s. 221 y 222).

Cerrada la investigación, el Juez 20 calificó con cesación de procedimiento, mediante auto de 1° de agosto de 1988 (fls. 271 y ss.), considerando sustancialmente que los testigos que afirman la posesión del denunciante Coy Cruz sobre el lote "San Isidro", merecen poca credibilidad, y porque principalmente la prueba documental obrante en el proceso señala a Hilda María Coy de Castro (esposa del sindicado Castro Perea) como la propietaria de los predios mencionados. Enfatiza que el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria –Incora–, regional Meta, adjudicó el predio "El Silencio" a la señora Hilda y se rechazaron precisamente las oposiciones hechas por el denunciante Hernando Coy Cruz y su hermana Nubia Stella, según resoluciones de folios 200 y siguientes; y precisó:

"Considera el Juzgado que en ningún momento se puede incurrir en delito de daño en bien ajeno o cualquier otro tipo penal cuando la conducta se ejecuta sobre un bien propio y así el bien no sea de su exclusiva propiedad, porque también puede ejecutarse este acto por mandato expreso del propietario, tal como ocurrió en el caso que nos ocupa, pues si bien los árboles (sic) y demás actos ejecutados en el predio materia de la *litis* no se consumaron por la señora Hilda María Coy de Castro, fue ésta en calidad de dueña quien dio dicha orden a su esposo Carlos Adolfo Castro Perea y éste en vista de tal mandato cumplió con lo que le había encomendado su cónyuge" (fl. 281).

Apeló ese proveído el apoderado de la parte civil, ya cuando el procesado, por cambio de radicación, cursaba en el Juzgado 18 de Instrucción Criminal de Villavicencio, y el Tribunal, en Sala de Decisión conformada por los magistrados Marco Antonio Castillo Andrade (ponente), Héctor Gonzalo Córdoba Espitia y Alvaro Peñuela Delgado, atendiendo la petición del Fiscal Primero, mediante auto de 21 de septiembre de 1989 (fls. 27 y ss. -3), revocó la cesación y dispuso en su lugar la reapertura de la investigación, sobre la tesis de que la señora Hilda María Coy de Castro debía ser vinculada también como sindicada. El Fiscal propuso que en caso de no reabrirse el sumario para hacer dicha vinculación, se dictara por el Tribunal resolución acusatoria contra Castro Perea, pues en su sentir el proceso mostraba que la posesión del potrero "San Isidro" la tenía el quejoso Hernando Coy Cruz.

2. Procedió entonces el abogado Prudencio Tolosa Suárez a denunciar penalmente a los citados magistrados, a quienes primeramente hizo un cargo diferente por providencia que dictaron en otro asunto. Fue en la ampliación de denuncia (fls. 1 y ss. del cuaderno de la Corte) que acusó por prevaricato a los funcionarios en razón del susodicho auto de 21 de septiembre, señalando en primer término que "el Tribunal tramitó el recurso de apelación y lo decidió con desprecio olímpico, sobre el hecho de que el proceso estaba suspendido (por virtud de la recusación hecha al Juez y que no se tramitó) y de que por consiguiente no tenía competencia para conocer del recurso de apelación. Así se estructuró en mi sentir el delito de prevaricato omisivo de que trata el artículo 150 del C. P. y el de prevaricato activo a que se refiere el artículo 149 supra".

Dice además que al revocar el Tribunal la cesación de procedimiento "desconoció" la prueba que obraba en favor de su poderdante Castro Perea, mostrando, por el contrario, que fue Hernando Coy Cruz quien precisamente ocasionó daños a los predios de propiedad de Hilda María Coy Cruz de Castro. "Contra la evidencia probatoria –dice el denunciante– los tres magistrados se hicieron los de la vista gorda sobre estas pruebas tipificadoras del concurso de hechos punibles, de daño en bien ajeno, invasión de tierras y perturbación de la posesión de un inmueble, ejecutados por Hernando Coy, y no solamente revocó un auto de cesación de procedimiento sino que dispuso vincular al proceso como procesado a la poseedora y propietaria del inmueble".

Esta Sala de Casación, en proveído de 24 de abril de 1990 (fls. 5 y ss. Magistrado Pte. Dr. Saavedra Rojas), se abstuvo de abrir investigación contra los magistrados respecto del primer hecho denunciado, y ordenó la expedición de copias en cuanto al expuesto en la ampliación de la queja, que correspondió al suscrito Magistrado Sustanciador y que es el que corresponde ahora examinar, conocidos ya sus antecedentes.

La calidad de Magistrados de los acusados se encuentra acreditada, y se obtuvo copia del proceso penal correspondiente.

SE CONSIDERA:

Primero:

Dice el denunciante doctor Prudencio Tolosa Suárez que el Tribunal prevaricó al conocer del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte civil contra el auto calificatorio proferido por el Juzgado 20 de Instrucción Criminal de Villavicencio, debido a que no obstante el dicho Juez no haber aceptado la recusación, se abstuvo de remitir el expediente a esa Corporación, permaneciendo entonces "el proceso suspendido", y el Tribunal "sin competencia" para desatar la alzada.

Pues bien: el apoderado del sindicado, y aquí denunciante, en memorial que obra a folio 203 le manifestó al Juez 20: "... conforme a las normas contenidas en los artículos 8º y 112 del Código de Procedimiento Penal, le solicitó se declare impedido para conocer y le manifiesto que si no se declare impedido lo recuso por estar incurso en la causal de impedimento prevista en el numeral 9º del artículo 103 del C. de P.P.".

La jurisprudencia ha reiterado que en nuestro ordenamiento procesal no existe "la invitación" a declararse impedido. El impedimento nace exclusivamente de la propia iniciativa del funcionario o empleado; la recusación en cambio traduce un "rechazo" (tal es el significado de dicha locución) del sujeto procesal al funcionario o al empleado, dirigido a que se separe de su intervención en determinado asunto. Y en el evento de que el sujeto procesal se limite a pedir la declaración de impedimento (que no fue el caso presente, porque a esa solicitud añadió el apoderado en forma expresa la recusación) el funcionario o empleado debe obviamente entender que se le está recusando, y si no acepta la recusación, como ocurrió aquí con el Juez 20, su obligación es "enviar el proceso al superior", como lo dispone con claridad el inciso 2º del artículo 112 del Código de Procedimiento Penal.

El referido Juez resolvió "no declararse impedido", de donde imperaba la remisión del expediente al Tribunal de Villavicencio para que éste resolviera lo pertinente. No lo hizo y siguió con la instrucción del sumario, yerro que de ningún modo despojaba de competencia al Tribunal del sumario. En la providencia calificatoria de segunda instancia y que se tilda de prevaricante (21 de septiembre de 1989) no se toca el punto de la recusación, mas no huelga acotar que la "mora" fundamento de la misma *había desaparecido para entonces,* al ya haberse expedido las copias (actuación reclamada como morosa) para el recurso de hecho, del cual había conocido la misma Sala de Decisión por medio de auto de 19 de mayo de 1988 (fls. 1 a 11-3).

Por este aspecto, pues, dicha Sala no violó la ley.

Segundo:

También afirma el denunciante que el Tribunal en ese auto de 21 de septiembre prevaricó al revocar la cesación de procedimiento apelada y en su reemplazo ordenar la reapertura de la investigación.

Lo primero que debe esta Sala replicar a un cargo semejante es que, como bastante se ha reiterado, el mero desacuerdo con las decisiones judiciales no autoriza a denunciar las mismas como delictuosas y, concretamente, como prevaricantes. Ese procedimiento inconveniente y desviado, infortunadamente se presenta con asiduidad, como si los denunciantes pretendieran a través de sus imputaciones penales "otra instancia" del proceso.

En este caso concreto el quejoso enumera y valora ciertos elementos de juicio recaudados en el proceso penal contra el señor Carlos Adolfo Castro Perea, para concluir que el Tribunal "estaba obligado" a confirmar la cesación de procedimiento que el Juzgado 20 de Instrucción Criminal de Villavicencio profirió en pro de su poderdante, sin siquiera mostrar razonable y seriamente en dónde y de qué modo la Sala de Decisión que asusa desconoció ostensiblemente la ley y/o la realidad probatoria: la cesación de procedimiento en cuestión fue recurrida por el apoderado de la parte civil, con la sustentación del caso, y el Fiscal del Tribunal de su lado solicitó que esa medida fuera revocada y en su lugar se dictara por el *ad quem* resolución acusatoria. Como se ve, se han expuesto diversos criterios sobre la situación jurídica del señor Castro Perea, sin que haya lugar a predicar que los que no favorecen a ese incriminado son "ilegales" o tienen matices de prevaricantes.

También este cargo deviene en una afirmación de atipicidad, que torna imperiosa la aplicación del auto inhibitorio contemplado en el artículo 18 del Decreto 1861 de 1989.

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

RESUELVE:

ABSTENERSE de iniciar sumario respecto de los doctores Marco Antonio Castillo Andrade, Héctor Gonzalo Córdoba Espitia y Alvaro Peñuela Delgado, por razón de los hechos denunciados por el doctor Prudencio Tolosa Suárez y que fueron objeto de esta averiguación preliminar.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Dídimo Páez Velandia, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael E. Cortés Garnica
Secretario

* * *

Abuso de confianza

La consumación del delito no se realiza en el lugar donde se recibe el bien, ni en aquél donde debe entregarlo, sino en el lugar donde el agente ejecuta actos de disposición.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Carreño Luengas.*
Aprobada Acta número 25 de abril 17/91.
Bogotá, D.E., abril dieciocho (18) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Vistos

Procede la Corte a dirimir de plano la colisión negativa de competencias que se ha suscitado entre los Jueces 52 de Instrucción Criminal de Bogotá y el 12 de Instrucción Criminal de Yopal (Casanare), dentro del proceso adelantado contra Carlos Julio Tinjacá y otros por un delito de abuso de confianza.

Espisodio procesal

Ante la Unidad Investigativa de Policía Judicial de Bogotá, se presentó el once de agosto de 1988 la señora Emma Georgina López Holguín, quien manifestó que meses atrás había entregado a su compañero permanente Salustiano Urrego y en calidad de comodato, un campero marca Mitsubishi, color oro, placas HK 1426 para que hiciera uso de él durante la Semana Santa.

Afirma la denunciante, que el tres de abril de ese año, tuvo conocimiento que su compañero Urrego había recibido muerte violenta en la población de Villanueva y allí encontró su vehículo en posesión de los familiares del occiso, quienes le manifestaron que se lo prestara para efectuar un viaje a Bogotá donde se lo entregarían, petición a la cual accedió la quejosa.

Como pasara el tiempo y el vehículo no llegara a su poder, formuló la denuncia que originó este sumario y en el curso de la investigación el campero fue localizado en el municipio de Chía en poder de Carlos Julio Tinjacá esposo de una hermana del

fallecido señor Urrego, quien fue capturado cuando adelantaba las diligencias necesarias para efectuar el traspaso del automotor al señor Pablo Elías Martínez.

El señor Juez 52 de Instrucción Criminal de Bogotá, quien avocó el conocimiento del sumario a solicitud de su Fiscal, resolvió declararse incompetente para conocer del mismo y remitir las diligencias al Juez de Yopal (Casanare) por considerar que en dicha jurisdicción se había efectuado el apoderamiento del vehículo y promovió el incidente de colisión de competencias.

Contra esta decisión se interpuso el recurso de apelación por uno de los apoderados, recurso bien denegado por inadmisible por el Tribunal Superior.

Llegado este expediente al Juez de Yopal, éste no aceptó la competencia, por considerar que el delito se consumó en la ciudad de Bogotá lugar donde debía ser entregado el vehículo.

Se considera:

Como los dos jueces trabados en conflicto, son competentes para conocer de las diligencias por la naturaleza del hecho, para dirimir la colisión se debe acudir al factor territorial y determinar el lugar donde se consumó la infracción penal.

El abuso de confianza es un delito contra el patrimonio económico, en el cual el agente no sustrae el bien, sino que se apodera de él después de que le ha sido entregado por su dueño a título no traslaticio de dominio.

Incurre en esta conducta ilícita, la persona que después de haber recibido el bien a título no traslaticio de dominio, se apodera de él o lo usa indebidamente, en perjuicio de tercero.

La apropiación consiste en un acto de disposición cumplido sobre la cosa mueble recibida por el agente, que demuestra el ánimo de no devolverlo a su dueño o poseedor y con el fin de obtener para sí o para otro un provecho ilícito. Es la manifestación del "animus rem sibi habendi".

En estas condiciones, la consumación del delito no se realiza en el lugar donde se recibe el bien, ni en aquél donde debe entregarlo, sino en el lugar donde el agente cumple actos positivos, concretos, inequívocos y externos que pongan de presente la voluntad de disponer del bien como su fuere propio.

El delito de abuso de confianza –ha dicho la Corte– "se consuma de manera instantánea en el lugar donde la persona que ha recibido un bien a título no traslaticio de dominio, se lo apropia o se niega a restituirlo o lo usa en su beneficio con perjuicio para su dueño. La apropiación, consiste en un acto de disposición que se realiza sobre la cosa que se ha recibido a título precario y se entiende consumado tal acto en el lugar donde el agente manifieste por actos externos positivos, el propósito de apoderarse del bien o el ánimo de no restituirlo a su dueño. En entonces, en el lugar donde se exteriorice el propósito de apropiación donde el delito se entiende consumado y no en el sitio donde la cosa debe entregarse, como con anterioridad llegó a sostenerlo esta Corporación" (Corte Suprema, auto abril 8 de 1986).

En el caso que ocupa la atención de la Sala, se sabe que el vehículo fue dado en comodato en Bogotá al señor Urrego y más tarde en Villanueva (Casanare) a los familiares de éste. Pero, fue en Bogotá donde se manifestó por parte de éstos el ánimo de apropiación y el deseo de disponer del bien como propio, pues lejos de devolverlo como era lo pactado, trataron de disponer de él, vendiéndolo a un tercero, siendo capturados cuando en la población de Chía efectuaban el traspaso del automotor.

En estas condiciones, es al señor 52 de Instrucción Criminal de Bogotá a quien corresponde el conocimiento del sumario y así lo dispondrá la Sala.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Penal, DIRIME la colisión de competencias, atribuyendo el conocimiento del sumario al señor Juez 52 de Instrucción Criminal de Bogotá a quien se le remitirá el expediente.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Dídimo Páez Velandia, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael E. Cortés Garnica
Secretario

* * *

Indulto / Cesación de procedimiento

Para obtener la cesación de procedimiento, es deber del acusado acreditar mediante prueba idónea la existencia del nexo causal entre la actividad subversiva desarrollada por el grupo del cual hacía parte y los eventos por los cuales responde penalmente.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

INDULTO (Ley 77/89). Para que se cese procedimiento por vías de la ley en comento, no es suficiente que se acredite la participación del solicitante como miembro de grupo rebelde, pues si el indulto así como la amnistía, solamente cobija el delito político, debe entonces establecerse el necesario nexo causal entre el delito endilgado y el delito político.

Magistrado Ponente: Doctor *Juan Manuel Torres Fresneda.*
Aprobada Acta número 25.
Bogotá, D.E., abril veinticuatro (24) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Vistos

Subsanada por el Tribunal Superior de Orden Público la informalidad que en primer momento impidiera a la Sala revisar por vía de alzada su providencia de mayo 9 de 1990, se pronuncia ahora la Corte sobre la legalidad de esa decisión que niega la cesación de procedimiento al acusado Walter Triviño Gómez, propuesta con aplicación de la Ley 77 de 1989.

Actuación

1. El acusado responde por los delitos de tráfico de armas de uso privativo de las Fuerzas Militares, hurto calificado y agravado, lesiones personales y falsedad personal, sin que el fallo de primera instancia haya logrado quedar aún en firme, gracias a la interposición del presente trámite.

Los hechos que ameritaron el proceso tuvieron ocurrencia entre el primero y el dos de junio de 1989, pues en la primera fecha protagonizó Triviño Gómez en asocio de otras personas un asalto a la casa de Dimas Collazos en la ciudad de Palmira,

sometiendo a las víctimas por medio de la fuerza para apoderarse y huir con un vehículo Mazda, dinero, joyas y otros bienes, siendo sorprendido en Cali al día siguiente cuando aún conducía el automotor hurtado, vestía prendas y portaba armas de uso privativo militar, pretendiendo identificarse con documentos que no le pertenecían y tratando de eludir su conducción mediante el volcamiento del vehículo militar en que se le custodiaba, accidente que provocó la lesión de uno de los ocupantes.

Adelantado el proceso a cargo del Juzgado 5º de Orden Público con sede en Cali, culminó con sentencia condenatoria en contra de Triviño Gómez y sus compañeros de causa, decisión que se halla pendiente de revisión por vía de apelación ante el Tribunal Superior de Orden Público.

2. La solicitud de casación despachada desfavorablemente por el Tribunal, sostiene que el acusado Walter Triviño Gómez se acreditó como integrante del grupo subversivo 19 de abril, de manera que haciendo ahora parte de quienes con abandono de las armas se integran a la vida social, merece los beneficios del indulto dispuesto en la Ley 77 de 1989, que para el caso presente debe significar la cesación de todo procedimiento seguido en su contra.

No hizo eco el Tribunal a semejantes argumentos, porque sin contar con elementos de juicio diferente del material probatorio que hace parte del expediente, no asomaba de ellos la comisión de delitos políticos. Si el indulto no se había previsto para delitos comunes, índole de aquellos atribuidos al procesado, la cesación no resultaba de recibo, menos si tampoco asomaba en modo alguno la posible conexidad entre las infracciones endilgadas y alguno de los delitos de rebelión, sedición o asonada.

3. Para sustentar su inconformidad frente a la decisión del Tribunal, el defensor no solamente insistió en las razones que le inclinaban a la viabilidad de lo pedido, sino que estimó conveniente agregar a su escrito nuevos elementos probatorios, integrados por una certificación que extiende el señor Antonio Navarro Wolff, como "dirigente máximo y responsable político del Movimiento 19 de Abril M-19", en la cual afirma que el procesado es miembro de su grupo, añadiendo, sin identificación expediente ni destinatario preciso que "los hechos materia de investigación fueron ordenados por el Movimiento 19 de Abril con el propósito de obtener ventajas" en su actividad política; constancia expedida por Eduardo Chávez, "miembro del Comando Superior" de ese movimiento, ratificando al acusado como uno de sus afiliados, y copia de un carné que en el mismo sentido expide el viceministerio de Gobierno.

De esas constancias toma base el recurrente para deducir que los hechos materia del presente proceso obedecieron a orientación emanada de la dirigencia política y militar del movimiento, y así guardaban la relación causal notada de menos por el Tribunal, y determinante en la prosperidad del recurso.

4. Para esta instancia conceptuó el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, encontrando que las aspiraciones del procesado no ameritaban el aliento del Ministerio Público, pues así se hallase ahora demostrada la vinculación de Triviño Díaz como miembro del Movimiento 19 de Abril, distaba aún de acreditarse que los

hechos motivo de juzgamiento dentro de este proceso, constituían delito político, o cuando menos guardaban nexo de conexidad con él.

Recordando que el acusado no responde dentro de este proceso por los delitos de rebelión, sedición o asonada, sino exclusivamente de delitos comunes que tampoco acreditan conexidad con aquéllos, y pese a reconocer que ciertamente en la lucha subversiva "no se da el delito político puro, sino que se mezcla con otros que sirven para lograr su realización como medio para ese efecto y que pretenden procurar recursos y evitar la destrucción de las organizaciones que atentan contra el régimen constitucional..." sostiene que los hechos atribuidos al acusado ni siquiera guardan dentro del campo de las hipótesis ese nexo con el delito político, así que nada excusa la necesidad de demostrar la causalidad en situaciones como la que se estudia, prueba que en verdad no se ha presentado.

No bastando para suplir esa exigencia probatoria con acreditar la sola vinculación del enjuiciado con el grupo en rebeldía, pues a pesar de ella bien podía suceder que el delito se hubiese realizado con motivaciones y para fines enteramente particulares de su autor, no podría admitirse la posibilidad de un fraude a la ley de indulto "dando la apariencia de delito conexo con un hecho punible político a un delito común", por lo que se hacía necesario "exigir gran rigor en la prueba de hechos que siempre figuraron como delitos comunes y que de improviso se calificaron como parte de la actividad subversiva", demandas probatorias que no halla satistechas en el caso que se analiza.

Consideraciones de la Corte

1. Ha de aclararse ante todo, que si bien de la documentación que ahora acompaña el Tribunal de Orden Público, y en particular la constancia sobre entrega de los listados remitidos por el Ministerio de Justicia en los despachos de los señores Magistrados, se desprende en principio que solamente recibieron esa información con fecha del 22 de mayo de 1990, valga decir, días después del pronunciamiento que en esta sede se revisa, infiriéndose el incumplimiento de los requisitos exigidos por la Ley 77 de 1989 para el impulso del trámite sobre cesación, es lo cierto que esa dificultad se supera al observar que en todo caso los listados reposaban en la Secretaría del Tribunal desde el mes de marzo anterior (Oficio 03981) y que en ellos aparecía efectivamente el acusado como integrante del M-19 que hacía dejación de las armas para reintegrarse a la vida civil.

2. Pese a ser lo anterior así, y a que de ello *se infiere la procedencia de un pronunciamiento sobre cesación por aplicación de la Ley 77 de 1989, es lo cierto que la sola participación del solicitante como miembro del grupo rebelde no basta para que opere la cesación del procedimiento que se pide, pues forzoso resultaba en su momento al Tribunal, como lo es ahora a la Sala, el estudio del caso materia de juzgamiento, con el fin de saber si entre los hechos juzgados mediaba alguna relación de conexidad frente al delito político, y de existir, si no se presentaba alguna de las excepciones previstas en la ley de indulto, suficiente para marginar la aplicación de sus beneficios en un caso concreto.*

La primera observación que sobre este aspecto surge, lleva a resultar que todos los cargos por los cuales se enderezó el enjuiciamiento de Triviño Gómez fueron referidos a la comisión de delitos comunes, sin que dentro del proceso existiese información acerca de sindicaciones por delitos políticos, como tampoco admitió el incriminado una relación con esa clase de actividades, y menos que la comisión de los hechos del mes de junio de 1989 *fuese resultado del cumplimiento de tareas o la realización de planes propios del grupo rebelde.*

Si ésa era la evidente realidad que abrigaba el proceso, era deber del acusado el de acreditar mediante prueba idónea la existencia del nexo causal entre la actividad subversiva desarrollada por el grupo del cual hacía parte y los eventos por los cuales responde en esta causa, obligación que no cumplió directamente ni a través de su defensor ante el Tribunal como era su deber, haciéndose desde este punto notorio el acierto de la decisión de negativa optada por esa Corporación en la providencia que se revisa.

Para suplir tardíamente su omisión, el defensor allega a la sustentación de su recurso nuevas certificaciones que sólo corroboran el activismo político del acusado, pero que no atinan a demostrar que el hurto, como las actividades dentro de las cuales ocurrió la captura de Walter Triviño, obedecían los planes o correspondían con los fines de la organización para ese entonces alzada en armas, sin que para suplir esa deficiencia pueda servir la genérica afirmación del señor Navarro Wolf, porque dirigida de manera abierta e indefinida, no se refiere de manera inequívoca a los hechos que aquí se juzgan, y que de ese modo continúan como ajenos a los planes y órdenes político-militares del movimiento, constituyendo un episodio aislado, de fines proclives y de interés exclusivo del aprehendido.

Como la Ley 77 de 1989, no varió las exigencias de orden probatorio consagradas en el artículo 34 del C. de P.P. para operancia de la cesación de procedimiento, es comprensible que la decisión aquí pedida por la defensa a nombre del acusado Walter Triviño Gómez demande para su éxito la "plena comprobación" de las circunstancias que alienten su decreto, y que para el caso sabido implican certeza sobre la naturaleza política de los delitos endilgados, o cuando menos del nexo entre los delitos comunes cometidos y una infracción contra el régimen constitucional, pues si la amnistía y el indulto solamente cobijan el delito político, ajenos como son a éste los móviles egoístas o privados, no podrían resultar extensivas para quien delinque con el exclusivo interés de su propio beneficio, las bondades reservadas para aquéllos (arts. 76-19 y 119-4 de la C.N.).

Acertada se muestra, entonces, la decisión motivo del recurso, razón suficiente para que la Sala le imparta su aprobación.

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

RESUELVE:

CONFIRMAR en todas sus partes la decisión motivo de alzada.

Notifíquese, devuélvase y cúmplase.

Dídimo Páez Velandia, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael Cortés Garnica
Secretario

* * *

Revisión / Cesación de Procedimiento – Muerte del procesado

La defunción del reo con posterioridad a la interposición del recurso debe poner fin a la tramitación de la Revisión, pues la naturaleza y los fines del mismo así lo imponen.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Doctor *Edgar Saavedra Rojas.*
Aprobada Acta número 023 del 17 de abril de 1991.
Bogotá, D.E., veintiséis (26) de abril de mil novecientos noventa y uno (1991).

Vistos

Procede la Corte Suprema de Justicia a decidir lo pertinente en relación con el fallecimiento del condenado que ha intentado por medio de apoderado especial la revisión del proceso.

Mediante sentencia de agosto treinta y uno (31) de mil novecientos ochenta y ocho (1988), el Juzgado Noveno Superior con sede en Bogotá, condenó a Pablo Emilio Castellanos Escobar, a la pena principal de cuarenta y ocho (48) meses de prisión y las accesorias de rigor, como autor responsable de los punibles de falsedad material de particular en documento público, falsificación o uso fraudulento de sello oficial y estafa en el grado de tentativa, realizados en concurso material, según hechos ocurridos el día siete (7) de diciembre de mil novecientos ochenta y uno (1981) en esta ciudad.

La anterior providencia, según constancia secretarial, se ejecutorió el diecisiete (17) del mismo mes y año, e hizo tránsito a cosa juzgada.

Aproximadamente dos años después, el condenado recluido en la Cárcel Nacional Modelo de Bogotá, por medio de apoderado especial, interpuso contra la aludida sentencia recurso extraordinario de revisión mediante demanda, la cual por reunir los requisitos formales señalados en el artículo 233 del C. de P.P. fue declarada admisible por esta Corporación.

Se reconoció personería al doctor Nelson de Jesús Zuluaga Gómez, como apoderado del condenado recurrente y se solicitó al Juzgado Noveno Superior de Bogotá, el proceso original para el trámite correspondiente, el cual fue remitido en su oportunidad.

En tal estado se encontraba la actuación, cuando se acreditó el registro en el obituario de la Notaría Treinta de Bogotá, del fallecimiento de Pablo Emilio Castellanos Escobar (véase registro de defunción, folio 59), ocurrido en el veintiocho (28) de diciembre de mil novecientos noventa (1990), en el establecimiento carcelario de La Modelo, según informe en tal sentido de la Asesora Jurídica de dicha penitenciaría.

Con fundamento, en el hecho de la muerte del condenado, su apoderado designado exclusivamente para impetrar el recurso extraordinario de revisión, solicitó de la Corte con anterioridad a la comprobación del fallecimiento, "finalizar el recurso", absteniéndose de fallar, mediante escrito que presentó personalmente a la Secretaría de la Corporación.

Se considera

El Código de Procedimiento Penal no tiene ciertamente precepto específico alguno que, de modo expreso y claro señale la muerte del condenado como causa de improseguibilidad o inhibición de la Corte para seguir con el trámite propio del recurso de revisión y fallarlo en el fondo, como tampoco otro ordenamiento legal. La ley penal sustantiva (artículo 76 del C.P.), sólo hace referencia a la muerte del sindicado o la del condenado, como causa de extinción de la acción penal en el primer caso, y de la pena impuesta, en el segundo.

Sin embargo, para la Corte resulta claro que la defunción del reo con posterioridad a la interposición del recurso debe poner fin o la tramitación de la revisión, pues la naturaleza misma del recurso y los fines del mismo así lo imponen. Al desaparecer física y civilmente la persona del condenado, en cuyo beneficio directo cuando el fallo le es adverso fue instituido el recurso de revisión, por sustracción de materia más exactamente de sujeto, la anulación de los efectos jurídicos de la condena, cuya autoridad de cosa juzgada se pretende remover para tutelar la inocencia del reo, pierden todo sentido, al estar sobradamente entendido que el objetivo del recurso no es ni la rehabilitación de la memoria del extinto ni tampoco el provecho de terceras.

Carecería de objeto entonces la revisión, ya que con la muerte del condenado, la suspensión de la condena, la restitución de la inocencia se predicarían de sujeto inexistente.

Pero además, no sobra añadir que como lo reflejaría la práctica "la revisión de la causa", resultaría imposible de cumplir. A través del recurso de revisión se busca, como es bien sabido, que mediante decisión de la Corte se retrotraiga el proceso a la etapa procesal del juzgamiento, o sea, que la revisión para la legislación penal colombiana es un recurso extraordinario, que como medio de impugnación, proyecta su pretensión a las instancias, proponiéndose la invalidación parcial de la causa, y la consiguiente reconstrucción de la misma.

Si mediante fallo rescindente, que es el pronunciamiento de la Corte por medio del cual declara la comprobación de la causal aducida y la anulación parcial del proceso, se ordena la retramitación de la causa por los jueces de instancia, como quiero que el reo regresa a la condición de procesado hasta el punto que se le reconocen derechos ajenos a la condición de condenado, como el de la libertad provisional, medida ésta propia del proceso y no de la ejecución de la pena, el juez distinto del que tramitó la causa inicialmente, no le correspondería sino cumplir con el deber legal de cesar todo procedimiento con respecto al nuevo juicio, en obedecimiento a lo dispuesto por el artículo 76 del Código Penal que consagra la muerte del sindicado o procesado como causa de extinción de la acción penal, y lo previsto en el artículo 34 del Código de Procedimiento Penal que dispone la improseguibilidad del procedimiento en cualquier momento que se advierta que el proceso "no podía iniciarse o proseguirse".

La providencia de que trata el artículo 34 del Código de Procedimiento Penal, ha venido sosteniendo la Corte, cuando tenga como motivo una causal de índole objetiva como: la prescripción, la muerte del procesado, verbigracia, puede ser decretada por la Corte durante el trámite del recurso de casación, lo que naturalmente resulta viable toda vez que el proceso "se proyecta sobre la etapa de la casación cuando la sentencia es impugnada por este medio extraordinario (Corte Suprema de Justicia, auto de mayo 13 de 1981) Magistrado Ponente Darío Velásquez Gaviria).

De la revisión se dice, en cambio, que opera extra proceso; su oportunidad tiene cabida sólo dentro de la fase de la ejecución de la pena, y planteadas así las cosas, aparentemente pareciera que el mecanismo de la cesación de procedimiento es extraño al recurso de revisión.

La revisión como acto complejo que es al comprender el fallo de la Corte y de las instancias cuando prospera, está encaminada a invalidar la sentencia y la autoridad de la cosa juzgada que ella implica, y por ese camino como resulta apenas lógico a revivir el proceso mediante su tramitación por las instancias. De allí que se diga que más que un recurso, es una acción y, entonces si frente al fallecimiento del sujeto respecto de quien se pretende anular los efectos de la sentencia, la declaratoria de la cesación de procedimiento no encuentra ningún reparo, aunque la ley no lo consigne de manera expresa, razones de lógica jurídica tienen que llevar indefectiblemente a la conclusión de la cesación del procedimiento por la Corte, en sede de revisión, pues según reza el conocido aforismo: "La muerte todo lo termina".

Las precedentes consideraciones son suficientes para que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,

RESUELVA:

DECLARAR que la tramitación del recurso de revisión no puede proseguirse, y, en consecuencia, ordenar la cesación de procedimiento.

Notifíquese y cúmplase.

Dídimo Páez Velandia, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresnada, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael Cortés Garnica
Secretario

* * *

Consejo verbal de guerra / Contraevidencia / Aplicación de la ley en el tiempo

Con la declaratoria de contraevidencia y la convocatoria a un segundo consejo, termina la actuación "compleja", homogénea o "compacta" que se había iniciado.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. Guillermo Duque Ruiz.
Aprobada Acta número 026 del 24 de abril de 1991.
Bogotá, D.E., treinta (30) de abril de mil novecientos noventa y uno (1991).

Conoce la Sala del recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 12 de febrero de 1990, por medio de la cual el Tribunal Superior Militar condenó a José Obdulio Niño Acuña a prisión de veinte (20) años por los delitos de "doble homicidio agravado y tentativa de homicidio".

Antecedentes

1. En la madrugada del 30 de agosto de 1987, agentes de la policía de El Líbano (Tolima), condujeron a los hermanos Gabriel y Fabio Duarte Pulido, al respectivo cuartel, donde también se encontraba como retenido el señor Jesús Figueroa. Todas estas tres personas fueron luego golpeadas, y ya en la noche sacaron del calabozo a Figueroa y le dieron muerte de 3 disparos, dirigiéndose después a Gabriel con el reproche de "haberlos denunciado a la Procuraduría", sacándolo de la celda y matándolo a golpes de machete. Estos dos cuerpos fueron subidos a un vehículo que conducía el Sargento José Obdulio Niño Acuña, y en el mismo también introdujeron a Fabio, quien, como los otros dos, estaba esposado. El Sargento iba acompañado de los agentes Carlos Julio Uneme Moreno y Dagoberto Castellanos Rivera. El vehículo tomó la carretera que conduce a Ibagué, deteniéndose más adelante en unos "basureros", sitio en el cual hicieron bajar a Fabio, a quien Uneme le hizo un disparo anunciándole la muerte, proyectil que no dio en el blanco porque Fabio se lanzó

loma abajo y logró salvarse. Momentos antes Uneme había hurtado algunos efectos personales a Fabio, quien el 2 de septiembre puso en conocimiento de la justicia todos esos hechos.

2. El Juzgado 16 de Instrucción Criminal Ambulante de Ibagué, instruyó el sumario y el 23 de septiembre dictó auto de detención contra Niño Acuña, Castellanos Rivera y Uneme Moreno, éste último declarado ausente. El 24 de octubre Niño Acuña se fugó de las instalaciones policiales donde se encontraba detenido.

Luego el proceso fue remitido, por competencia, al Comando del Departamento de Policía Tolima, Juez de Primera Instancia que cerró investigación y convocó a Consejo de Guerra Verbal, por homicidio y tentativa de homicidio (fls. 338 y ss. 1). Los vocales por unanimidad dieron veredicto de no responsabilidad respecto de los procesados, más el Comando dictó auto de 30 de junio de 1988 declarando la contraevidencia, y el Tribunal Superior Militar, al revisar esa decisión, declaró la nulidad a partir de la convocatoria por estimar que los homicidios debían ser agravados por "premeditación" e "indefensión" y, además, que también debertan formularse cargos por el delito de hurto (fls. 1498 y ss.). Dejó ver el Tribunal en esta oportunidad su "estupor y extrañeza" por las veredicciones de absolución.

El 30 de marzo de 1989 se hizo la nueva convocatoria en los términos antedichos, y los veredictos fueron, por mayoría, de no responsabilidad, mereciendo de nuevo la declaratoria de contraevidencia (fls. 87 y ss.), que fue confirmada por el Tribunal en auto de 26 de julio, en el cual se estimó, por otro lado, que el nuevo juzgamiento debería hacerse con vocales que no fueran oficiales del Departamento de Policía Tolima, debiéndose entonces solicitar la lista respectiva a la Inspección General de la Policía Nacional.

Se profirió entonces la resolución de convocatoria número 0082 de 31 de octubre de 1989 (fls. 136 y ss. 2), precisándose en la misma que debía aplicarse el "antiguo" Código de Justicia Penal Militar (Decreto 0250 de 1958), "por cuanto dentro de esta etapa fue iniciado (el proceso), realizado un Consejo de Guerra Verbal, declarado contraevidente el veredicto..." (fl. 137).

Celebrado el Consejo de emitieron los siguientes veredictos: todos responsables por los homicidios, Niño Acuña y Uneme Moreno responsables por tentativa de homicidio, este último no responsable por el delito de hurto, y Castellanos Rivera no responsable por la tentativa, veredicciones todas que fueron acogidas sin reservas por el Comando, en sentencia de 22 de noviembre de 1989 (fls. 217 y ss.), en la que condenó a Niño Acuña a 20 años de prisión, a Uneme Moreno a 19, y a Castellanos Rivera a 16, más las accesorias de ley, decidiendo igualmente la separación absoluta de la policía de los procesados.

Nuevamente, reiteró el Comando que el Código aplicable era el derogado, y no el Decreto 2550 del 12 de diciembre de 1988 (y que empezó a regir el 12 de junio de 1989), por el principio de "integración", y según los artículos 677 del Código de Procedimiento Penal y 36 del Decreto 1861 de 1989. Y en cuanto a las "normas sustantivas", puso de presente la "favorabilidad" del Código anterior en cuanto a una pena menor para el homicidio agravado.

Apelado dicho fallo, recibió confirmación del Tribunal mediante el suyo que recurrió en casación el defensor de Niño Acuña (fls. 256 y ss.). Ante la petición de nulidad que hizo dicho defensor en el escrito sustentatorio de apelación, esa Corporación ratificó:

"De suerte que, en consideración a ese magno precepto (artículo 40 Ley 153 de 1887), por fuerza consideramos sin ningún piso el argumento del abogado sobre aquella concepción de haberse verificado el juzgamiento de los procesados conforme a los lineamientos del vigente Código Penal Militar, como quiera que tal se inició bajo la égida de la ley procedimental que regía y que contenía el abrogado Código de Justicia Penal Militar. Por lo demás, hubo estricta sujeción al artículo 26 de la Carta Magna y no hay asomo de quebrantamiento alguno que se anteponga, por una u otra circunstancia, a cualquiera de las garantías con que se rodearon, en verdad, a todos los procesados" (fl. 262).

LA DEMANDA

El actor, insistiendo en sus alegaciones últimas en las instancias, afirma que se está en presencia de la causal de nulidad prevista en el artículo 442-3 del Código de Justicia Penal Militar, pues aquí se ha debido aplicar dicho nuevo estatuto y no el Decreto 0250 de 1958 (Código derogado), y afirma como violados los artículos 26 de la Constitución Nacional, el 40 de la Ley 153 de 1887, y los artículos 1º (legalidad del delito y de la pena), 6º (favorabilidad) y 11 (juez natural) del Código de Justicia Penal Militar de 1988.

Argumenta que para el 26 de julio de 1989, fecha en que el Tribunal confirmó la declaratoria de contraevidencia, ya había entrado a regir el susodicho Código (Decreto 2550 de 1988), no siendo factible "que se aplicara una codificación derogada", y añade que "se aplicó a los procesados un procedimiento distinto al ordenado por la ley, ya que la convocatoria del último Consejo de Guerra Verbal no se hizo como lo indica el artículo 654 del Código de Justicia Penal Militar, tampoco se hizo su notificación como se prescribe en el artículo 659 y no hubo sorteo de vocales como lo indica el artículo 660, sino su simple designación y como si fuera poco se pidió a otra parte una lista de diez Oficiales Superiores para que sirvieran de vocales. Estas irregularidades son más que suficientes para que se tenga este segundo juzgamiento como absolutamente nulo".

Pide entonces que se case el fallo y "se declare que el proceso queda reducido a su condición de sumario".

La Delegada

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal empieza por señalar que no se dice en la demanda cuál garantía se violó de cara al artículo 26 de la Carta, y que los demás artículos que estima violados nada tienen que ver con el cargo en el que pretende basar la nulidad, yerros técnicos que, en principio, "conducen inexorablemente a la improsperidad del recurso"; mas como se deja entrever violación a las formas propias del juicio, estima la Delegada en primer lugar que "el nuevo Código de Justicia Penal Militar no previó expresamente ninguna situación relativa al

tránsito de legislación, ni tiene disposición alguna sobre la continuación del trámite de los procesos iniciados antes de su vigencia; entonces, para solucionar los posibles dilemas interpretativos que al respecto se presenten, ha de estarse a las reglas generales sobre el particular".

Recuerda que varios han sido los criterios sobre el alcance de las expresiones "actuaciones y diligencias" del artículo 40 de la Ley 153 de 1887, interpretando el sentenciador en este caso que por el hecho de haberse iniciado el proceso por la ley antigua debía continuar rigiéndose por ella, mientras que para el casacionista ha debido prevalecer la ley nueva, dentro de un "contenido restringido" de las referidas locuciones, y trae a colación el Delegado el auto de 20 de noviembre de 1990 (Magistrado Ponente doctor Calvete Rangel), que decretó nulidad por haberse juzgado con intervención de vocales, que no la autorizó el nuevo Código de Justicia Penal Militar para casos concretos como el que ocupó en esa ocasión la atención de la Sala, y que "es diferente" al que aquí se examina, según advierte la misma Delegada, acotando que este juicio se debía llevar a cabo con vocales, tanto en el Código anterior como en el que rige desde junio de 1989 (artículos 683-5).

Añade que no se violó garantía alguna al aplicar el Código anterior y que "en últimas, de no prosperar la tesis de la unidad del acto (que comparte la Delegada con apoyo en salvamento de voto del doctor Páez Velandia, a la indicada providencia) y concluirse la aplicabilidad del nuevo estatuto, tampoco habría lugar a decretar nulidad, porque no se alteró sustancialmente el debido proceso; la única irregularidad posible devendría de la ausencia de diligencia de sorteo de vocales (artículos 660 y 662, nuevo Código Penal Militar), que no alcanza la calidad de sustancial, porque el jurado se integró con oficiales de mayor rango que el de los implicados, amén de que el demandante no formula cuestionamiento a la imparcialidad con que actuaron, ni del proceso aparece desviación alguna como para pensar en un quebrantamiento esencial de la estructura procesal".

Pide, pues, que se mantenga el fallo.

Los procesados Niño Acuña y Dagoberto Castellanos Rivera en sendos escritos piden que se anule el proceso y se les haga nuevo juzgamiento.

Se considera

Como se ha visto, el cargo de nulidad se basa en que el "segundo juzgamiento" de los procesados en Consejo de Guerra Verbal se rituó por el Código Penal Militar de 1958, cuando ya había entrado en vigencia el expedido mediante Decreto 2550 de 1988. En la aplicación de "otro procedimiento" se fundamenta entonces el atentado al debido proceso soporte de la nulidad impetrada como causal de casación.

Pues bien: es cierto que a la fecha de la resolución de convocatoria para la celebración de un segundo Consejo de Guerra Verbal (31 de octubre de 1989) ya había entrado en vigencia el nuevo Código de Justicia Penal Militar (12 de junio de 1989), que, por tanto y en sentir del actor, era el que se ha debido aplicar.

Tiene razón el censor. En efecto: como el nuevo Código de Justicia Penal Militar no consagró regla alguna expresa respecto a su aplicación en cuanto a los asuntos que venían adelantándose conforme a su homólogo derogado, es menester acudir a las reglas generales sobre esta materia de tránsito legislativo.

El artículo 40 de la Ley 153 de 1887 dispone:

"Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones o diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación".

Por su parte, el artículo 296 del Código supracitado dice que la ley "que determine lo concerniente a la sustanciación y ritualidad del proceso, se aplicará desde que entre a regir".

El mencionado Código, o Decreto 2550 de 1988, empezó a regir el 12 de junio de 1989, fecha para la cual ya se había rituado el primer Consejo de Guerra Verbal que terminó con declaratoria de contraevidencia, ordenándose en consecuencia la convocatoria a un segundo Consejo: ahí terminó la actuación "compleja", homogénea o "compacta", que había comenzado con la respectiva resolución de convocatoria, y con la segunda resolución de convocatoria se inició otra actuación semejante. Reitérase que cuando dicha segunda resolución se dictó, ya estaba en vigencia el nuevo ordenamiento, que resultaba entonces ineludiblemente aplicable según las disposiciones arriba transcritas.

¿Qué efectos concretos tuvo el sostayo del nuevo procedimiento?

En primer lugar el nuevo Código de Justicia Penal Militar en sus artículos 656, 657 y 660 establece que para esta clase de procedimientos (Consejo de Guerra Verbal) los vocales deberán ser escogidos por sorteo de una lista de 6 oficiales, elaborada por el respectivo comando, juez de primer grado.

Aquí desde luego que no se observó ese procedimiento, sino que los vocales fueron seleccionados directamente por el Comando de Policía Tolima de una lista de 10 oficiales que le remitió el Inspector General de la Policía Nacional (fl. 135): no puede negarse que la desatención en la manera de escoger los jueces genera no una mera irregularidad, sino una falla grave y sustancial con capacidad suficiente para configurar nulidad, concretamente la que establece el Código de Justicia Penal Militar en el numeral 2º del artículo 464, así: "Haberse incurrido en la actuación en irregularidades que afecten el debido proceso".

En segundo lugar, se incurrió en otra irregularidad de no menor magnitud, consistente en que los vocales escogidos no pertenecían a la Guarnición o Unidad del Tolima, sino a la de Bogotá. Conviene historiar brevemente cómo se llegó a dicha irregularidad.

Luego de que al conocer por consulta de la "primera contraevidencia" el Tribunal Superior Militar declaró la nulidad y manifestó duramente su protesta por el insólito fallo absolutorio emitido por los vocales, el juez de primera instancia, Comandante del Departamento de Policía Tolima, mediante auto de 3 de noviembre de 1988

(fls. 470 y ss.) solicitó a la Corte el cambio de radicación del proceso, considerando sustancialmente:

"El presente caso es conocido con particularidad de detalles por la oficialidad acantonada en el Departamento del Tolima, lo que ha generado una falsa solidaridad y una simpatía personal, especialmente con José Obdulio Niño Acuña, situación que en el momento del juzgamiento puede perjudicar gravemente la recta administración de justicia, como ya ocurrió en el primer Consejo de Guerra.

"Se aclara que éste es un caso especialísimo y un hecho muy particular debido a que el Suboficial José Obdulio Niño Acuña trabajó durante largo tiempo y en varias oportunidades en este departamento, generando su personalidad y su trabajo una apreciable simpatía y amistad personal por parte de los miembros de la institución adscritos al Tolima y de buena cantidad de población civil. Esta amistad y simpatía personal en el juzgamiento limitaría o perturbaría la serenidad e imparcialidad de los vocales, es decir la imparcialidad o independencia del fallo.

"En efecto el juzgamiento del presente caso en esta localidad haría trepidar la imparcialidad porque hay interferencias que comprometen la rectitud de la justicia, hay un extrañamiento que podría convertirse a la postre en falta de pureza en el juzgamiento. Esta solicitud no obedece en manera alguna, a un instrumento baladí para variar caprichosamente las reglas de competencia, sino que es el producto del factor psicológico aflorado en falsa solidaridad de quienes eventualmente van a ser los vocales o jueces de conciencia y la forma de eliminar el incordio no es otra que el cambio de radicación, prueba de ello la falta de sindéresis del anterior jurado de conciencia en la toma de la decisión."

Esta Sala de Casación, por auto de 7 de febrero de 1989 (fls. 12 y ss. del cuaderno número 2, Magistrado ponente doctor Mantilla Jácome), negó el cambio de radicación solicitado, por estimar que "la extraordinaria medida de variar el sitio del juzgamiento no puede darse, cuando existan en el lugar otros funcionarios que puedan actuar, como en el caso a estudio, debiéndose entonces, adoptar otras soluciones para garantizar la imparcialidad de la administración de justicia, tales como la utilización de los institutos jurídicos del impedimento o la recusación y evitar con ello una medida extrema, como la que aquí se pretende".

Se produjo entonces el nuevo juzgamiento (que, jurídicamente, era el primero), y otra vez se declaró contraevidente la veredicción absolutoria, decisión que al ser revisada por el Tribunal Superior Militar fue confirmada en auto de 26 de julio de 1989 (fls. 105 y ss. -2), ordenando, a la vez, que el segundo juzgamiento se hiciera con Oficiales Superiores listados por la Inspección General de la Policía Nacional, para que "se pueda conformar el jurí del segundo Consejo de Guerra Verbal que habrá de convocarse, para evitar que se dé la imparcialidad (sic) que anticipadamente vislumbró el citado Comandante del Tolima y a lo cual poco o nada de caso hizo la Corte Suprema de Justicia" (fl. 117-2).

El Comando, en cumplimiento de ello, hizo la solicitud correspondiente, pero el Inspector General de la Policía Nacional se abstuvo de darle curso a la petición "por considerar que esta Inspección General no es competente para resolver lo planteado, pues atendiendo al precepto del artículo 660 del Código Penal Militar, los

vocales se sortearán de una lista de no menos de seis oficiales en servicio activo o en retiro, superiores en grado y antigüedad al procesado, lista que debe ser elaborada por el Comando respectivo y publicada en el orden del día; sólo podrá solicitarse al Comandante Superior directo e inmediato, esa lista de oficiales, cuando dentro de la jurisdicción de su Comando, no hubiere personal de oficiales suficiente, lo que muy difícilmente puede suceder en su departamento" (fl. 131).

El Comando entonces insistió ante el Auditor Principal de Guerra de la Inspección General de la Policía (fl. 133), resaltando que apenas cumplía una orden del Tribunal, y con fecha 19 de octubre de 1989, el Inspector General de la Policía Nacional le remitió "la relación de 10 Oficiales Superiores de la Guarnición de Bogotá, con el fin de que se designen los 3 que trata el artículo 568 del Decreto 250 de 1958" (fl. 135), lista de la cual el Comando seleccionó directamente los vocales que intervinieron en el juzgamiento que terminó con condena vertida en la sentencia que se atacó en casación.

Como se puede apreciar, en la práctica se hizo de todos modos el cambio de radicación que la Corte había negado, pues no se sorteó el proceso de su jurisdicción original, pero sí se acudió a jueces de conciencia de otra jurisdicción para que juzgaran los hechos materia del presente proceso.

De lo expuesto desprendese que prospera la nulidad como causal de casación que prevé el artículo 442, numeral 3° del Código de Justicia Penal Militar, nulidad que comprenderá lo actuado a partir de la resolución de convocatoria número 082 de 31 de octubre de 1989 (fls. 136 y vs. -2), para que en acatamiento a lo dicho, se proceda a dictar la resolución correspondiente, a tenor de los artículos 637 y 680 del susodicho Código.

Es menester contemplar los efectos de la nulidad frente a la libertad provisional.

El Código de Justicia Penal Militar anterior (Decreto 250 de 1958) consagraba la libertad provisional en los casos de sobreseimiento, absolución, cesación de procedimiento y pena cumplida (artículo 539).

El nuevo Código (Decreto 2550 de 1988), diseñado conforme al Código de Procedimiento Penal, establece en su artículo 639 varias causales de libertad provisional, siendo la 3ª la contemplada en este caso concreto, cuyo tenor es el siguiente:

"Cuando haya transcurrido más de un (1) año a partir de la ejecutoria de la resolución de convocatoria sin que se hubiere celebrado la correspondiente audiencia pública con intervención de vocales, o más de seis meses si no se hubiere celebrado la respectiva audiencia sin intervención de vocales.

"No habrá lugar a libertad provisional cuando la audiencia se hubiere iniciado, así ésta se encuentre suspendida por cualquier causa y cuando, habiéndose fijado fecha para su celebración, no se hubiere podido realizar por causa atribuida al procesado o a su defensor".

En este nuevo estatuto castrense, la resolución de convocatoria es el pliego de cargos, auto de enjuiciamiento, o resolución acusatoria (artículos 654 y ss.), y desde su ejecutoria habría que contar la detención efectiva del procesado para determinar si hay o no lugar a la libertad en virtud de la causal transcrita.

Mas resulta que en el anterior Código de Justicia Penal Militar la resolución de convocatoria era considerada como una actuación básicamente de carácter administrativo, y el equivalente al auto enjuiciatorio era el respectivo cuestionario, que se elaboraba dentro del mismo Consejo de Guerra (o audiencia) según el artículo 580: este Código es el que viene gobernando el juzgamiento de los aquí procesados.

Pues bien: aplicando por favorabilidad la causal 5ª de libertad provisional arriba citada, se debe señalar que los cuestionarios para los 3 procesados fueron redactados el 13 de abril de 1989 (fls. 23 y ss. -2), decir, hace más de un año, y el acusado Dagoberto Castellanos Rivera se encuentra detenido de manera ininterrumpida desde septiembre de 1987, fecha de los hechos.

José Obdulio Niño Acuña se fugó el 24 de octubre de 1987 (fls. 246 y 256-1), y fue recapturado en el mes de octubre de 1990. El tercer procesado, Carlos Julio Uneme Moreno, nunca ha estado detenido por razón de este proceso y viene siendo juzgado en ausencia.

Esto es, que, teniendo en cuenta el tiempo efectivo de detención contado a partir de la formulación de los cuestionarios, únicamente Castellanos Rivera tiene derecho a libertad provisional, pues, de un lado, la segunda audiencia no se ha iniciado (ya esta Sala se ha pronunciado en el sentido de no aceptar en estos eventos de pluralidad de audiencias por contraevidencia, la tesis del "acto complejo") y, del otro, la no celebración de esa audiencia no es atribuible a dicho justiciable ni a su defensor.

De suerte que dicha libertad se decretará mediante caución prendaria de quinientos mil pesos ($500.000.00), que deberá ser depositada en el Banco Popular a nombre del Departamento de Policía Tolima (Juzgado de Primera Instancia), y suscripción de diligencia de compromiso de conformidad con lo dispuesto por el artículo 641 del Código de Justicia Penal Militar, con la obligación de presentarse cada ocho (8) días a dicho juzgado.

Expedición de copias

Ya se explicó que el Tribunal Superior Militar, molesto porque la Corte no aceptó el cambio de radicación que para este proceso solicitó el Comandante del Departamento de Policía Tolima, ordenó, contrariando la ley que de modo expreso dispone que los vocales del Consejo Verbal de Guerra deben ser sorteados de una lista de no menos de seis (6) oficiales de la jurisdicción del respectivo Comando o Unidad Militar (artículo 660 del Decreto 2550 de 1988), que los nuevos vocales se designaran de lista enviada por la Inspección General de la Policía (fls. 105 a 119), a lo cual no podía acudirse sino en el caso "de que en la Unidad no existiera el número de Oficiales para integrar la lista".

Este proceder, con el cual manifiestamente se burló la decisión de esta Sala de no acceder al cambio de radicación pedido, pues como se dijo atrás, aunque no se sacó el proceso de su jurisdicción original sí se acudió, con violación de la ley, a vocales de otra "unidad", merece ser investigado, tanto desde el aspecto penal como desde el disciplinario, para lo cual se compulsará, por la Secretaría de la Sala, copia de este fallo y de la providencia del Tribunal Superior Militar fechada el 26 de julio de

7989 (fls. 105 a 119, del cuaderno No. 2), lo mismo que de los documentos visibles a folios 127, 131, 132, 135 y 136 a 139, del mismo cuaderno.

Dígase por último que no deja de parecer extraño a la Corte la actuación del señor Comandante del Departamento de Policía Tolima, que no obstante tener conocimiento de la estrecha amistad que unía a muchos de sus oficiales con los procesados, no se preocupó, una vez negado el cambio de radicación, de garantizar la imparcialidad de los vocales que intervinieron en el Consejo Verbal de Guerra, como era su obligación, al tenor de lo dispuesto por el artículo 515 del Código de Procedimiento Penal, vigente para la fecha en que se realizó la diligencia: "En todo caso, el juez debe tener presente como norma invariable, que la ley exige la absoluta imparcialidad de los jueces de hecho y que es necesario evitar que haya entre ellos cualquier motivo que perturbe la imparcialidad de su conciencia", norma aplicable a este especial procedimiento en virtud del principio de integración que consagraba el Código Penal Militar de la época (artículo 299); no puede creer esta Corporación que todos los oficiales de Policía del Tolima, hábiles para ser vocales en este proceso, estuvieran estrechamente vinculados por la amistad con los procesados. Algunos tendría que haber que garantizaran la imparcialidad del juzgamiento, y a ellos debió acudirse para seleccionar el tribunal de conciencia.

También extraña a la Corte que el Tribunal Superior Militar no haya ordenado investigar la conducta de los vocales que absolvieron a los procesados, pues de los términos utilizados en el auto que confirmó la declaración de contraevidencia, parecería que para quienes la suscribieron no quedaba duda alguna del prevaricato cometido por los vocales que negaron la responsabilidad de los procesados. No de otra manera puede entenderse este párrafo de la aludida providencia: "... no entendemos, de otro lado, tampoco, cómo oficiales que integraron el *jurí*, con conocimiento de lo ocurrido, pues se enteraron de ello a través de la lectura del proceso, emitieran veredictos como los que fueron declarados contrarios a la evidencia procesal; o *solamente podríamos entenderlo dentro de una concepción de un falso y errado compañerismo como con antelación lo hizo ver el propio Comandante de Departamento de Policía Tolima, en previsión de lo cual acertadamente solicitó el cambio de radicación, que infortunadamente no concedió la Corte*" (sin destacados en el original fls. 115 y 116 del cuaderno número 2).

Para la Sala, por último sería muy importante la designación de un delegado especial de la Procuraduría, que vigilara el desarrollo de este proceso hasta su culminación, pero por los cauces de la legalidad.

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 de la resolución de convocatoria número 082 del 31 de octubre de 1989 (fls. 136 y siguientes del cuaderno número 2).

3. Ordenar la libertad del procesado Dagoberto Castellanos Rivera en los términos indicados en la parte considerativa de este fallo. Para el efecto, se comisiona al señor Comandante del Departamento de Policía Tolima, quien una vez prestada la caución y suscrita la diligencia de compromiso, librará la correspondiente boleta de libertad si el procesado no se encuentra requerido por otra autoridad en virtud de proceso diferente.

4. Por la Secretaría de la Sala, expídanse las copias relacionadas en la parte motiva, para los fines allí indicados.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Cúmplase.

Dídimo Páez Velandia (salvó voto); *Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.* (salvó voto).

Rafael Cortés Garzón
Secretario

* * *

Consejo verbal de guerra (Salvamento de voto) / Contraevidencia (Salvamento de voto)

La "segunda audiencia" en un proceso con Consejo Verbal de Guerra, no es acto autónomo de juzgamiento.

Salvamento de voto

Con nuestro habitual respeto por las decisiones mayoritarias de la Corte, nos permitimos consignar a continuación las razones de nuestra disidencia a la sentencia que anuló el proceso de la referencia.

Para la Corte la segunda audiencia en un proceso con Consejo de Guerra Verbal, verificada como consecuencia de la declaratoria de contraevidencia del veredicto de los vocales, es un juzgamiento autónomo. Por ello, si tuvo ocurrencia en vigencia del nuevo Código de Justicia Penal Militar deberá rituarse por éste, así la contraevidencia se haya proferido en vigencia del anterior.

Para nosotros, tal planteamiento aun cuando respetable lo consideramos equivocado por lo siguiente:

1. No obstante que el delito referido en este proceso tanto en el Código de 1958 como en el de 1988, es juzgable en Consejo Verbal de Guerra, la integración de los vocales, difiere considerablemente, pues en tanto el artículo 568 del anterior ordenamiento no exigía conformación de lista de oficiales pertenecientes a determinada unidad ni menos el sorteo, la normatividad actual los requiere (artículos 656 y 660), lo cual exige consideración especial para determinar cuál de los procedimientos es el aplicable.

2. El juzgamiento que se hizo al procesado de la referencia estaba regido por el procedimiento señalado en el Código de Justicia Penal Militar de 1958, esto es, con intervención de unos vocales designados por el Comandante libremente dentro de la oficialidad del arma respectiva, esto es, que ése y no otro era el debido proceso al que debía sujetarse la justicia por mandato del artículo 26 de la Carta. Ese debido proceso señalaba la posibilidad de ser el pronunciamiento del Tribunal de conciencia contrario a la evidencia probatoria y facultaba, en consecuencia, al Juez para declararlo contraevidente y convocar nuevos vocales para que definan el juzgamiento que es

único, pues a nadie se le puede juzgar más de una vez por el mismo hecho, según principio universalmente conocido.

En cumplimiento de ese mandato legal el Juez declaró contraevidente el Veredicto absolutorio y convocó en la forma que el rito debido le ordenaba los nuevos vocales en providencia que al ser confirmada por el Tribunal Militar se constituyó en ley del proceso.

3. Para nosotros, según lo precedentemente expuesto, significa que el juzgamiento en conciencia respecto de la contraevidencia ha sido siempre considerado por el legislador un acto procesal complejo, o sea, que la llamada "segunda audiencia" no es acto autónomo de juzgamiento, sino meramente complementario y definidor así se haga, por razones de voluntad legislativa, con personas diferentes para no forzar conciencias, pues el legislador al referirse al jurado o a los vocales lo hace como institución no como conjunto de personas determinadas.

4. La Corte sostiene que "como el nuevo Código de Justicia Penal Militar no consagró regla alguna expresa respecto a su aplicación en cuanto a los asuntos que venían adelantándose conforme a su homólogo derogado, es menester acudir a las reglas generales sobre esta materia de tránsito legislativo" y cita el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 que claramente señala "... *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*" *(destacado fuera de texto).*

"Actuación", según 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 la de "proceder judicialmente". Trasladado esto al rito procesal debido, la iniciación del juzgamiento con intervención de vocales es una actuación judicial que comienza con la convocatoria del Consejo de Guerra Verbal y termina con la sentencia que esté en consonancia con el veredicto.

Discrepamos respetuosamente de la afirmación de la Corte cuando dice que con la convocatoria al segundo Consejo "ahí terminó la actuación 'compleja' homogénea, o 'compacta', que había comenzado con la respectiva resolución de convocatoria, y con la segunda resolución de convocatoria se inició otra actuación semejante. Reitérase que cuando dicha segunda resolución se dictó, ya estaba en vigencia el nuevo ordenamiento, que resultaba entonces inelubiblemente aplicable..., porque si ello fuese así estaríamos frente a un evidente doble juzgamiento por unos mismos hechos, imposible jurídicamente.

5. El debido proceso no es, en nuestro sentir, el señalado por el nuevo ordenamiento, sino el del anterior porque, como lo dice claramente la Constitución (artículo 26) y el artículo 285 del C.J.P.M.: "Nadie podrá ser procesado *sino conforme a la ley preexistente al hecho que se le impute*, ante juez competente previamente establecido y *observando la plenitud de las formas propias de cada proceso*" (destacado fuera de texto).

Como las consideraciones anteriores indican que en nuestra opinión no debió anularse la actuación, respecto de ese específico aspecto salvamos voto.

Jorge Enrique Valencia M., Dídimo Páez Velandia.

Fecha, *ut supra.*
(Abril 30/91).

Salvamento de voto

El señor Comandante del Departamento de Policía Tolima, mediante auto calendado a tres (3) de noviembre de mil novecientos ochenta y ocho (1988), con la ventaja de concretar proposiciones exactas y rigurosas, solicitó a la Corte el cambio de radicación del proceso, expresando lo que a seguida transcribo:

"... El presente caso es conocido con particularidad de detalles por la oficialidad acantonada en el Departamento del Tolima, lo que ha generado una falsa solidaridad y una simpatía personal, especialmente con José Obdulio Niño Acuña, situación que en el momento del juzgamiento puede perjudicar gravemente la recta administración de justicia, como ya ocurrió en el primer consejo de guerra...".

"... Se aclara que éste es un caso especialísimo y un hecho muy particular debido a que el suboficial José Obdulio Niño Acuña trabajó durante largo tiempo y en varias oportunidades en este Departamento, generando su personalidad y su trabajo una apreciable simpatía y amistad personal por parte de los miembros de la Institución adscritos al Tolima y de buena cantidad de población civil. Esta amistad y simpatía personal en el juzgamiento limitaría o perturbaría la serenidad e imparcialidad de los vocales, es decir la imparcialidad o independencia del fallo...".

"... En efecto el juzgamiento del presente caso en esta localidad haría trepidar la imparcialidad porque hay interferencias que comprometen la rectitud de la justicia, hay un extrañamiento que podría convertirse a la postre en falta de pureza en el juzgamiento. Esta solicitud no obedece en manera alguna, a un instrumento baladí para variar caprichosamente las reglas de competencia, sino que es el producto del factor psicológico aflorado en falsa solidaridad de quienes eventualmente van a ser los vocales o jueces de conciencia y la forma de eliminar el incordio no es otra que el cambio de radicación, prueba de ello fue la falta de sindéresis del anterior jurado de conciencia en la toma de la decisión..." (fl. 84 cuaderno, Corte).

Esta referencia –que nadie osará colocar en entredicho– unida a otros graves antecedentes esparcidos en la foliatura me persuaden a solicitar investigación penal por transgresión al tipo del artículo 149 del C.P. –prevaricato por acción– contra quienes actuaron como vocales en el Consejo de Guerra Verbal que absolvió a los procesados. La sociedad debe defenderse –hoy más que nunca– de quienes como integrantes del "jurí" son inferiores a su misión y muestran en sus fallos y veredictos además de una pésima intención, el amargor deprimente del desvío.

Con todo respeto,

Jorge Enrique Valencia M.

Fecha, *ut supra*.

* * *

IMPEDIMENTO – Amistad

El vínculo del "compadrazgo" es por lo general señal demostrativa de amistad que en algunos casos puede calificarse de íntima, pero esto no siempre es así.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Carreño Luengas.*
Aprobada Acta número 27 de abril 30 de 1991.
Bogotá, D.E., mayo dos (2) de mil novecientos noventa y uno.

VISTOS

Debe decidir la Corte sobre la procedencia o improcedencia de la recusación formulada contra el doctor Antonio J. Ardila de León integrante de una de las Salas de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, propuesto por la sentenciada Amira Fernández de Alandete, dentro del proceso que se le adelanta por el delito de homicidio culposo.

ACTUACIÓN PROCESAL

La señora Amira Fernández de Alandete, condenada en primera instancia como responsable de un delito de homicidio culposo, recusó con las formalidades legales al Magistrado Ardila de León, integrante de la Sala de Decisión Penal que ha de conocer del proceso en la segunda instancia, con apoyo en lo dispuesto en el artículo 103 del C. de P.P., por existir en concepto de la recusante, amistad íntima entre el Magistrado y el doctor Miguel Hoyos Villamil, apoderado de la parte civil.

Fundamenta el cargo en el hecho debidamente comprobado de que el Magistrado Ardila de León,. es padrino de la señorita Yésica del Rocío Hoyos, hija del representante de la parte civil y que por tanto, entre éste y el Magistrado existe una gran amitad, un parentesco espiritual que lo inhabilita para el ejercicio de su función juzgadora.

El Magistrado recusado manifiesta, que no existe la amistad íntima como causal de impedimento, ya que entre él y el abogado Hoyos, sólo obran las relaciones

naturales de amistad que nacen del trato cortés entre un juez y el abogado que ejerce sus funciones ante su despacho y agrega que está seguro de que esa amistad "... no puede influir en mi ánimo como fallador en forma tan decisiva que vea comprometido mi recto criterio e imparcialidad...".

Insiste el Magistrado Ardila de León que el hecho de ser padrino de una hija del abogado, no ha conducido su amistad a los planos de un afecto personal profundo y "... que me asiste una serenidad de espíritu para actuar y decidir dentro del presente proceso..." y que no se considera impedido. Concluye, afirmando con apoyo en jurisprudencia de la Corte, "que el mejor juez de sus propios estados afectivos es el que lo experimenta".

Se considera

Con el fin de asegurar la imparcialidad de los jueces y mantener el prestigio de la justicia, establece el C. de P. Penal ciertos motivos que obligan al juzgador a manifestarse impedido para conocer de determinado proceso o que autorizan a los sujetos procesales a recusar al funcionario que calla el impedimento.

Estas causales son taxativas y encuentran su razón de ser en el deseo del legislador de asegurar la independencia de los jueces desde el punto de vista moral, separando del conocimiento del proceso al funcionario que tenga un interés en el juzgamiento, ya sea aquel personal o provenga de terceros vinculados al juez por lazos familiares, de amistad íntima o de enemistad manifiesta, etc.

En el caso que se examina, la procesada considera que el juez de su causa tiene amistad íntima con el apoderado de la parte civil, por ser el Magistrado padrino de una hija del abogado, circunstancia que en su concepto puede alterar la rectitud e imparcialidad del encargado de administrar justicia.

Como lo ha expresado esta Corporación, en repetidas ocasiones, "... para que la amistad obre como causal de impedimento o recusación tiene que ser íntima, esto es, que trascienda mucho más allá de las simples relaciones sociales o de trabajo, o como bien lo recuerda la Sala del Tribunal de Valledupar, se adentre al restringido ámbito de una comunión sentimental y espiritual conforme lo enseña la Corte por intermedio de uno de sus preclaros integrantes (Auto de 17 de febrero de 1981).

"No se trata por tanto, de la amistad común y corriente que el trato social y las labores cotidianas acostumbran a fomentar. Si así fuere, la negación de la justicia sería patente porque cualquier aprecio o afecto personal serviría de pretexto para declararse impedido o recusado..." (Auto, marzo 4 de 1986).

El Magistrado recusado sostiene reiteradamente al rechazar la recusación que su amistad con el abogado Hoyos es común y corriente, que no es más que aquella relación social que nace de la actividad laboral y que produce el trato entre el juez y el abogado que ejerce la profesión ante su juzgado.

No niega, que sea padrino de una de las hijas del doctor Hoyos, pero no otorga a este hecho mayor importancia. Afirma, que entre ellos no ha surgido una amistad

íntima, que no comparten un arraigado y mutuo sentimiento de aprecio y que por tanto, no obra circunsancia alguna que comprometa su recto criterio e imparcialidad.

Es innegable, que el "compadrazgo" tiene mayores connotaciones en unos lugares que en otros y varía de acuerdo al modo de pensar y sentir de las personas, de acuerdo con la evolución de las costumbres. Si bien ese vínculo es por lo general señal demostrativa de amistad, que en algunos casos puede calificarse de íntima, esto no siempre es así, y el caso que se examina es uno de ellos, porque como bien se anotara, el honorable Magistrado recusado no obstante que acepta la existencia del compadrazgo, no admite que por ese hecho haya surgido entre él y el apoderado de la parte civil un sentimiento íntimo de amistad esto es, "ponderada, que supere las barreras de las simples normas de convivencia y tenga la virtud de crear lazos fuertes, relaciones que lleven a los sujetos a compartir esferas de vida cotidiana que tradicionalmente están reservados y no son de dominio público general" (Corte Suprema de Justicia, septiembre 17 de 1990).

Se concluye en consecuencia, que si el compadrazgo puede ser factor demostrativo de amistad, no es suficiente por sí solo en este caso, *y en especial ante las manifestaciones del Magistrado para acreditar la causal de impedimento.*

Por estas razones, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, DECLARA INFUNDADA la recusación formulada contra el Magistrado doctor Antonio J. Ardila de León del Tribunal Superior de Montería, dentro del presente proceso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Dídimo Páez Velandia, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, (salvamento de voto), *Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael Cortés Carmca
Secretario

* * *

Impedimento – Amistad / (Salvamento de voto)

Si algo representa en la esfera de los efectos, los mutuos intereses, las apreciaciones favorables, es el discernimiento y la aceptación de lo que se llama el parentesco espiritual y que comúnmente responde a la serie variada de padrinazgos.

Salvamento de voto

Para el suscrito, en bien de la administración de justicia y de acatamiento a la realidad procesal y a la normatividad pertinente, debió prosperar la recusación y, en consecuencia, separar de inmediato al M. Antonio José Ardila de León (Montería) del conocimiento de este proceso.

Brevemente apunto las razones para ello:

1. Si algo representa en la esfera de los afectos, los mutuos intereses, las apreciaciones favorables, es el discernimiento y la aceptación de lo que se llama el parentesco espiritual y que comúnmente responde a la serie variada de padrinazgos (matrimonios, bautizos, etc.). La escogencia y la aceptación hacen surgir estrechas relaciones de la más distinta índole. Quien lo ofrece, reconoce en el escogido condiciones de mérito que le permitirán establecer vínculos estables y de consideración en el ámbito personal, familiar y social; y, quien lo acepta, que se supone lo hace con responsabilidad, entiende la proyección de estos nexos.

De ahí que establecida esta relación, lo que debe suponerse es un desarrollo normal de amistad y no de alejamiento pues equivaldría a suponer la ingratitud, la falta de memoria o la ligereza conceptual al ignorarse la índole de los compromisos adquiridos.

2. En estas circunstancias no puede ser de recibo el que alguien que ostenta esta relación, manifieste, y se considere como factor más atendible de persuasión, que la suerte de su "compadre" o de su ahijado le sea indiferente en el campo de sus alegrías o tristezas, de sus triunfos o derrotas, de su bonanza económica o de su pobreza, de su buena o mala reputación en el campo de su actividad profesional, etc. No aparece esta serie de apreciaciones como razonables y de ahí su improcedencia.

3. La situación comentada, es todavía más estimable en zonas como la de la costa, en donde esta clase de relaciones se muestra con intensidad mayor a la predominante en otras regiones. No es situación favorable a la buena imagen de la

justicia el que alguien que pueda ser considerado en ese medio como "compadre" de un apoderado, de un procesado, de un ofendido, etc., sea el que reciba de sus manos la justicia requerida. Es mejor que deje el campo a otros que no tienen este obstáculo o no pueden ser objeto de censuras o desagradables comentarios.

4. Al recusante se le exige que demuestre lo que, normalmente, establece una circunstancia impropicia para que un administrador de justicia ejerza su función con plenitud de atributos. En el evento *sub examine* se ha demostrado una relación social que, regularmente, se estima como creadora de especiales y compartidos sentimientos. Y mucho deben significar éstos cuando lejos de mantenerse en la penumbra, en el siglo, han exhibido una significación de tanto grado que, el recusante, recuerda perfectamente su existencia y se muestra alarmado por sus efectos. Pero no es dable exigírsele, además, que determine probatoriamente los perfiles subjetivos y la resonancia íntima de estos vínculos. Seguramente que con la decisión tomada, aquél tratará de comprobar otra serie de circunstancias adversas a la imparcialidad del recusado, evidenciando mayores nexos, lo cual no dejará de crear dificultades, para este último, en el terreno disciplinario.

5. Es tan nociva esta forma de entender el caso examinado, como pretender que quien ha demostrado aspectos de los cuales, abstractamente, se puede deducir una enemistad (no tener trato social, repudiar el saludo, emitir opiniones desconceptuantes, oponerse a legítimas aspiraciones de quien así es menospreciado, etc.), también se tenga que probar su efecto en el ánimo del juzgador, quedando todavía la ocasión, según el derrotero de la tesis que impugno, de explicar el recusado que si bien todo eso es cierto, en él nada de esto influye y se conserva imperturbable, extraño a debilidades humanas y flaquezas de carácter. Entonces lo establecido se tendrá por conjetura, sospecha, juicio temerario y, en cambio, la simple opinión contraria, impregnada de subjetividad, se mirará como hecho cierto, irrefutable y creíble.

Creo que en este caso el recusado ha cumplido con lo que la ley le demanda y ha demostrado un hecho del cual se desprende la necesidad de separar decorosamente a un funcionario para que la justicia mantenga su esplendor y goce de mayor aceptación.

Por estas razones me separo de la decisión de mayoría que tiene otro modo de ver las cosas y se muestra más benigna en las consideraciones de estas relaciones personales, siendo optimista en pensar que las tentaciones sólo estimulan su rechazo y dominación.

Con el debido respeto,

Gustavo Gómez Velásquez.

Fecha, *ut supra.*

* * *

Revisión

Tratándose de la causal de aparecimiento o alegación de pruebas nuevas o hechos nuevos, es menester que unas y otros tengan capacidad para establecer la inocencia o irresponsabilidad del procesado.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Dídimo Páez Velandia.*
Aprobada Acta número 27 de abril 30/91.
Bogotá, D.E., mayo dos (2) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Vistos

Mediante apoderado, el sentenciado José Héctor Ramírez Sabogal ha interpuesto recurso extraordinario de revisión contra la sentencia del Juzgado Tercero Penal del Circuito de Cali, confirmada por el Tribunal Superior de la misma ciudad, por medio de la cual fue condenado a la pena principal de diecinueve meses de prisión como responsable del delito de hurto.

Compete a la Corte decidir sobre el mérito de la demanda.

Hechos

El gerente de "Almadeleo S.A.", formuló denuncia por el apoderamiento de mil sacos de harina de pescado, importados del Perú por Emiro Rigoberto Erazo y entregados para ser transportados en los camiones de placas SN 6562 y VA 7608 conducidos por José Héctor Ramírez y Pedro Raúl Torres.

Por estos hechos se adelantó el respectivo proceso contra Emiro Rigoberto Erazo, Eduardo Erazo, Alvaro Polanco Rave y los conductores ya mencionados. A los tres primeros se les sobreseyó temporalmente, mientras que a Ramírez y Torres se les llamó a juicio, condenándoseles posteriormente a la pena de diecinueve meses de prisión en decisión confirmada por el Tribunal.

La demanda

Invoca el recurrente como causal para solicitar la revisión, la prueba nueva de la diligencia de conciliación laboral celebrada entre Emiro Rigoberto Erazo Reina, como empleador, y José Héctor Ramírez como trabajador, de donde, dice, queda establecido que Ramírez no fue autor del hurto por el cual se le condenó, porque si él ocurrió antes de su retiro de la empresa ha debido ser denunciado o despedido por tal motivo y, contrariamente, no haber celebrado acuerdo sobre sus derechos salariales.

Se aduce, así mismo, que el proceso se encuentra afectado de nulidad por violación al derecho de defensa, en razón a que habiendo sido juzgado Ramírez en contumacia, el defensor de oficio no realizó gestión en la que técnicamente los cargos fueran controvertidos.

Finalmente, aunque se invoca la causal 3ª del artículo 231 del C. de P.P., se concluye que debe ser aplicada la 5ª del artículo 584 del Código de 1971, en virtud de reconocimiento al principio de favorabilidad de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 677 del nuevo código.

Consideraciones de la Corte

En múltiples ocasiones la jurisprudencia ha puesto de presente que la revisión como medio de impugnación posee carácter excepcional.

Esta excepcionalidad es determinada no sólo por la escasa ocurrencia de sus causales, sino por su teleología, la cual, como se sabe, corresponde a la remoción de la cosa juzgada como expresión revelada en el proceso, en cuanto se demuestre *que esa verdad, formalmente declarada, no corresponde con la material o real del hecho y de su autor en su fenoménico acontecer. De esa falta de identidad entre lo declarado y acontecido, además, debe emerger la inocencia del condenado, por modo tal, que al Estado no le quede más opción que la de disponer, por medio de la jurisdicción, el levantamiento del amparo debido a su propia verdad, declarada en la sentencia, para dar lugar a la justicia real a través de la revisión del proceso.*

Derivado del anterior fundamento, es que el régimen de causales por las que procede este recurso, se rija en función al criterio de prioridad de la realidad sobre lo procesalmente demostrado, realidad de la cual por imperativo se establezca la inocencia del sentenciado, cuando de este tipo de fallos se trata. Es éste el sustento de la orientación según la cual en revisión lo importante es la prueba de que otra y opuesta fue la realidad de los hechos juzgados y que la sentencia es injusta por cuanto en ella se condena a un inocente, inocencia que ha de ser evidenciada como verdad real.

Para el caso en estudio, los criterios antes anotados son desatendidos. Consecuencia de ello, es la distorsión sobre los propósitos a los que sirve la revisión y el no entendimiento de la fundamentación y alcances de la causal en que dice apoyarse, todo lo cual, por supuesto, torna la demanda técnicamente inepta.

En efecto: de acuerdo con los términos de proposición del recurso, claro es que por medio de él se pretende compensar lo que, en opinión del libelista, constituye una

nulidad supralegal o constitucional por no haber estado su cliente debidamente defendido, lo cual –también lo acepta– ha debido ser alegado en sede de casación.

Seguramente lo anterior, determina la incomprensión del ámbito de la causal alegada. De acuerdo con éste, la prueba nueva aparecida o alegada con posterioridad a la condenación, debe poseer tal valor de convicción intrínseca que el ánimo del Tribunal se incline hacia la conclusión, al menos probable, de que el sentenciado es inocente o no responsable en la comisión del delito porque fuera condenado.

Por eso, en jurisprudencia inalterable, ha sido sostenido que, en tratándose de la causal de aparecimiento o alegación de prueba nueva o hecho nuevo, no basta la presentación de situaciones apenas posibles o el ofrecimiento de nuevos razonamientos, más o menos atendibles, aducidos con el ánimo de constituir hipótesis probables buscando oponer la duda a la certeza de la cosa juzgada, es menester que a más de ser hechos nuevos o pruebas desconocidas, unos u otras tengan capacidad para establecer la inocencia o irresponsabilidad del condenado; es decir, que tengan la posibilidad de modificar la interpretación de la realidad procesal en sentido contrario de la que ofrece la sentencia.

El acta de conciliación que como prueba nueva aporta el recurrente, para, conforme a ella, alegar la no realización del hecho o no responsabilidad por parte de su cliente, no puede ser idónea, al menos por sí sola, para derivar tan tajante conclusión, la cual, ciertamente, corresponde a una conjetura del recurrente.

Ninguna relación encuentra la Corte entre la conciliación laboral entre dos de los procesados y el acto de apoderamiento de la harina de pescado que, de acuerdo con las copias de los fallos anexos a la demanda, fue entregada al sentenciado para ser transportada. Esta ausencia de relación entre la prueba aducida y el fundamento del fallo, imponen que la certeza de la cosa juzgada de este último se mantenga inmutable, debiéndose, consecuentemente, rechazar la demanda.

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

RESUELVE:

RECHAZAR IN LIMINE la demanda de revisión presentada en nombre de José Héctor Ramírez Sabogal, quien fuera sentenciado por el delito de hurto mediante sentencia del Juzgado Tercero Penal del Circuito de Cali, confirmada por el Tribunal de la misma ciudad.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Dídimo Páez Velandia, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda.

Rafael I. Cortés Garnica
Secretario

* * *

Falsa denuncia

El delito de falsa denuncia presupone que con motivo de la información solemne de unos hechos de connotación punible, se haga la afirmación de lo que es y se conoce falso.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Juan Manuel Torres Fresneda.*
Aprobada según Acta No. 27.
Bogotá, D.E., mayo siete (7) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Vistos

Mediante decisión de octubre 30 de 1990, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva se inhibió de abrir investigación penal en contra de la doctora Dolores Ortiz Salas, Abogada Visitadora de la Procuraduría General de la Nación, Regional de Garzón. Para que la Corte revoque esa decisión y en su lugar ordene la apertura de investigación, el denunciante señor Guillermo Calderón ha interpuesto el recurso de alzada, de cuya decisión se ocupa la Sala una vez rituado el trámite que antecede.

Hechos y actuación procesal

1. Correspondió a la doctora Dolores Ortiz Salas como Abogada Visitadora de la Procuraduría Regional de Garzón, realizar una investigación en la Oficina del Banco Cafetero de esa ciudad, para esclarecer el comportamiento de su Gerente señor Guillermo Calderón Tamayo. Como los resultados de esa averiguación determinaron que el funcionario había autorizado de modo irregular el otorgamiento de un crédito al cliente de la entidad señor Jaime Sierra Chavarro por la suma de $500.000.00, dinero que luego repartió con el deudor, procedió la Visitadora a formular denuncia penal en su contra.

Abierta la respectiva investigación y vinculado a ella el denunciado, correspondió el conocimiento del proceso al Juzgado 3° Penal del Circuito de Garzón, que remató el trámite con fallo condenatorio para el gerente, decisión que sometida a apelación, terminó revocada por el Tribunal Superior de Neiva.

Las razones que sirvieron al Tribunal para fundar la absolución de Calderón Tamayo admitieron la ocurrencia de irregularidades del procesado en el otorgamiento de sobregiros a Sierra Chavarro hasta completar la suma de $411.878.00, y al otorgarle luego y a pesar de su insolvencia el ya anotado crédito por medio millón de pesos sólo que ese comportamiento se consideró ajeno al descrito en el artículo 145 del Código Penal por el cual se le juzgaba, pues éste restringía la sanción a "contratos administrativos", sin extenderla al caso de los "comerciales o civiles" dentro de los cuales cabían los créditos irregulares. Por otra parte, se admitían las consecuencias favorables de la duda surgida acerca del provecho personal que con el préstamo hubiese conseguido el procesado.

Sirvió sin embargo, el fallo favorable para que el allí absuelto sindicara a la Visitadora de haber incurrido en el delito de falsa denuncia, sosteniendo Calderón en sus reproches que el proceder de la funcionaria había sido malicioso al quedar demostrada la inexistencia de los hechos por ella denunciados.

2. Recibida la queja en contra de la doctora Ortiz Salas, procedió el Tribunal a decretar la práctica de diligencias preliminares que orientaran la viabilidad de la apertura sumarial, teniendo como pruebas las copias de la denuncia del auto cabeza de proceso y de la sentencia absolutoria que aportara Calderón Tamayo a su reclamo, y acreditando la vinculación oficial de la funcionaria como Abogada Visitadora de la Procuraduría General de la Nación, elementos que halló suficientes para el proferimiento de la decisión que se ataca, concluyendo en ella que la funcionaria se había limitado a poner en conocimiento de las autoridades competentes unos hechos ciertos, que en su criterio podrían constituir infracción a la ley penal, sin que el fallo absolutorio indicara que a él se llegaba tras demostrar la mentira de la denunciante, pues el Tribunal jamás dejó de aceptar que el procesado había realizado los comportamientos completamente irregulares de que en ella se daba cuenta.

3. Los motivos del recurrente se centran en sostener que la denuncia de la funcionaria en su contra fue dolosa, con mayor razón si al formularla ni siquiera había concluido la investigación disciplinaria, pretendiendo que al proferir el Tribunal el auto inhibitorio estaba desconociendo el valor de cosa juzgada de la sentencia que le favorecía, y buscando indebidamente revivir un debate en aquella causa agotada.

4. Por su parte, el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal expresa su coincidencia con la decisión del Tribunal remitente, destacando en apoyo de su aserto que la denuncia en contra de Calderón Tamayo se basó en todo caso en hechos ciertos que si bien resultaron irrelevantes penalmente, no pierden por ello su veracidad, a más de que la señora Abogada Visitadora de la Procuraduría Seccional de Garzón actuó en cumplimiento de un deber legal –art. 19 C. de P.P.–.

El presupuesto central de la queja de Calderón es también errado, porque no es cierto que en tratándose de comportamientos atribuidos a los "empleados públicos", la acción penal y su procedencia penda de los resultados de un proceso disciplinario, con mayor razón cuando de ellos apenas si se deriva que los hechos atribuidos ciertamente ocurrieron, que es precisamente la conclusión que emerge de la actuación disciplinaria que se cita acá en contra de Calderón T.

Jamás mintió la doctora Ortiz Salas al proponer a la Jurisdicción penal la averiguación de hechos que comprometían la conducta del ex gerente bancario, pues se trataba de hechos ciertos, así que es evidente la contradicción que de ello surge en relación con lo dispuesto en el artículo 167 del Código Penal que reprime "la malicia" de quien denuncia hechos que sabe inciertos, dirigiendo ese proceder a irrogar injusto perjuicio para quien acusa; elementos extraños a la conducta asumida por la denunciada, de donde surge a su modo de ver la viabilidad de conformar la providencia impugnada.

Consideraciones de la Sala

1ª Acreditada la vinculación oficial de la doctora Ortiz Salas como Abogada Visitadora de la Procuraduría Seccional de Garzón, y verificada la ocurrencia de los hechos a ella atribuidos como propios de su ejercicio funcional, dado que incumbe al empleado oficial que tenga conocimiento de la ocurrencia de un hecho punible, investigarlo o ponerlo de inmediato en conocimiento del funcionario competente para su oportuna averiguación (artículo 19 del C. de P.P. inciso segundo), no cabe duda respecto de la competencia que asistía al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva para proferir el auto que se apela, como tampoco en cuanto a la que asiste a la Corte para su revisión.

2ª El delito que imputa el denunciante a la Visitadora doctora Dolores Ortiz, y que describe el Código Penal en el capítulo I del Título IV, de su libro Segundo, presupone el que con motivo de la información solemne de unos hechos de connotación punible, se haga la afirmación de lo que es y se conoce falso, bien la negación parcial o íntegra de lo real y verdadero (art. 166), ora la incriminación de una persona que se sabe inocente (artículo 167), y aún a la falsa autoinculpación de delitos a los cuales se es ajeno (art. 168).

Para la ocurrencia de cualquiera de estas eventualidades de incidencia en la administración de justicia que vería desviados sus fines por inclinarse a la impunidad, desorientarla o aplicarla a la persecución de personas ajenas al delito, siempre con detrimento de sus altos fines y aún para desmedro de su imagen, sin descontar siquiera la potencialidad del daño privado, se muestra como requisito sustancial la mentira, sea porque con ella se genere el inoficioso desgaste, se frustren sus fines de investigación y juzgamiento, o se pongan a riesgo personas inocentes.

3ª Repasando los hechos demostrados, ténese por el contrario, que sin callar o deformar lo conocido, sin imaginar o suponer sucesos, sin deformar la realidad, y luego de haber tenido personal conocimiento de los irregulares manejos ejecutados por el Gerente de la Sucursal del Banco Cafetero en Garzón y ahora denunciante, señor Guillermo Calderón, en ejercicio de sus deberes de vigilancia administrativa, la Abogada Visitadora doctora Dolores Ortiz Salas se limitó, como la ley se lo imponía, a hacer la presentación de esos hechos ante el funcionario competente para instruirlos Juez de Instrucción Criminal, Reparto de Garzón, quien le recibió la ratificación jurada de su queja.

La secuencia procesal que siguió aquel enteramiento, viene a demostrar que a tal punto acreditados los hechos como ciertos, sirvieron para que al funcionario

bancario se le radicara en juicio y aún se le condenara en primera instancia como autor de infracciones contrarias a la administración pública, sentencia que revisada por el Tribunal Superior de Neiva resultó revocada y sustituida por absolución.

La apreciación que del caso hizo la sentencia de segunda instancia, resaltó que los cargos materia de la acusación ni siquiera se habían restringido a los denunciados por la doctora Ortiz Salas, sino que se extendían a otros eventos además del delatado por la funcionaria. Pero lejos de sustentar la absolución en inexistencia del hecho o siquiera en la mendacidad de la denuncia o en la temeridad de su presentación, todos los argumentos apuntaron al análisis de la adecuación de lo ocurrido frente a las normas que se estimaron vulneradas, examen propio de las autoridades judiciales pero que en modo alguno obliga y menos con la imposición de acierto a quien tan sólo observa que de modo objetivo se ha realizado un comportamiento que puede vulnerar el derecho y amerita la represión punitiva.

Fácil resultaría entender, que de seguir los planteamientos del apelante, quien proclama la responsabilidad de su denunciante porque al final de la actuación se descubrió la inocuidad de su conducta frente a la ley penal, no se hallaría quien recurriera ante la Administración de Justicia para denunciar la comisión de un delito, salvo exigirle por anticipado la absoluta certeza de su punibilidad. Ninguna vigencia ha perdido el aforismo latino del "da mihi factum, dabo tibi ius" (dadme los hechos que yo os daré el derecho), para comprender que al denunciante solo le asiste el deber de lealtad a la verdad en la narración de los hechos que estima relevantes para la justicia, siendo del juez la función de su valoración, para inferir en rigor la apertura sumarial o de su inhibición, y si en el primero de los casos cabe impulsar, de acuerdo con las pruebas recaudadas, cada uno de los hitos procesales, hasta el proferimiento de la sentencia.

Si, en las condiciones expuestas, surge sin asomo de duda que la doctora Ortiz Salas se limitó a cumplir con sus deberes oficiales, poniendo en conocimiento de las autoridades competentes unos hechos que hallaba de relevancia penal, sin restringirlos ni deformarlos, y menos atribuirlos a quien para ese entonces podía mostrarse de ellos inocente, su comportamiento, además de resultarle imperativo sin necesidad de esperar resultados finales de la averiguación disciplinaria ("inmediatamente, dice el artículo 19 del C. de P.P. para fijar el término del deber de denunciar"), se hace notoriamente atípico, no solamente frente a las eventualidades sugeridas de una falsa denuncia, sino además, frente a la deleznable alternativa de un abuso de autoridad, infracción que se hallaría en mayor riesgo de afrontar, de haber actuado de manera distinta a la sabida, pues el artículo 153 del Código Penal sanciona bajo esa denominación la omisión de denuncia en que incurre el empleado oficial.

La providencia recurrida, acierta, entonces, al actualizar para el caso en estudio la solución que contiene el artículo 352 del Código de Procedimiento Penal, otorgando a la probada atipicidad del hecho consecuencias para la inhibición de proceso penal, y mereciendo por ello como también lo pide la Delegada, el respaldo de esta Sala.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Penal, CONFIRMA en todas sus partes el auto motivo de alzada.

Notifíquese y cúmplase.

Dídimo Páez Velandia, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael Cortés Garnica
Secretario

Casación / Perjuicios – Cuantía

La exigencia sobre la cuantía para recurrir en Casación por el aspecto indemnizatorio, no es norma que pueda aplicarse sin sujeción a los requisitos para la procedencia del recurso extraordinario en materia penal.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Dídimo Páez Velandia.*
Aprobada Acta No. 30.
Bogotá, D.E., mayo ocho (8) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Vistos

Decide la Corte el recurso de hecho interpuesto por el defensor sustituto del procesado Rafael Ariza Andrade, contra el auto por medio del cual el Tribunal Superior de Bogotá le negó el recurso extraordinario de casación contra el fallo de condena, en cuanto en él se impone el pago de los perjuicios en cuantía de cincuenta millones seiscientos treinta mil quinientos un pesos con treinta y nueve centavos ($50.630.501.39).

Antecedentes

1. El Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia de veintiocho de noviembre de mil novecientos noventa, a más de introducir modificaciones a la pena principal y al tiempo de las accesorias, confirmó la condena al pago, por concepto de indemnización de perjuicios, de la suma de cincuenta millones seiscientos treinta mil quinientos un pesos con treinta y nueve centavos a Rafael Ramiro Ariza Andrade, Campo Elías Granados Hernández, Alirio Mediorreal Páez y Víctor Raúl Alvarado, quienes fueron hallados responsables del delito de perturbación a la posesión sobre inmueble.

2. Contra el fallo anterior, el defensor sustituto del procesado Rafael Ariza interpuso recurso extraordinario de casación "circunscrito exclusivamente a lo que concierne con el aspecto netamente civil del fallo, es decir, la condena al pago de los perjuicios".

3. Al resolver, el Tribunal considera que la sentencia no es susceptible del recurso extraordinario de casación. Estima que en tratándose del delito de perturba-

ción a la posesión de inmueble, en razón a la pena, él se hace improcedente y si bien se anota que el recurso versa únicamente sobre el aspecto indemnizatorio del fallo, de todas maneras queda supeditado a la concurrencia de los factores por los cuales procede la casación en materia penal, vale decir, que sea sentencia de segunda instancia, proferida por Tribunal y por delito cuya sanción sea o exceda de cinco años de privación a la libertad.

En apoyo de estas tesis, se invocan los pronunciamientos de la Corte sobre el punto de 29 de noviembre de 1983 y 31 de julio de 1984.

4. En el memorial sustentatorio del recurso de hecho que el defensor interpusiera contra la decisión del tribunal anteriormente referida, considera que de acuerdo con las regulaciones contempladas en los artículos 218, 219 y 220 del C. de P.P. se establece cómo el legislador contempló de manera independiente el tratamiento de los aspectos civiles y penales de la casación.

En este sentido, prosigue, si la casación se endereza de manera exclusiva contra el aspecto indemnizatorio, el artículo 220 del C. de P.P. remite íntegramente al Código de Procedimiento Civil. Por tanto, precisar la procedencia del recurso debe ser algo que se haga sobre la índole de la condena y la cuantía para recurrir, sin que ninguna trascendencia tenga la comisión del delito y los requisitos para la procedencia del recurso en materia penal.

Con fundamento en lo anterior, solicita de la Corte recoger la doctrina en que se inspira el pronunciamiento del Tribunal y proceder a revocar la denegación del recurso, disponiendo su concesión.

Consideraciones de la Corte

En relación con el punto de si cuando la casación en materia penal versa solamente sobre la indemnización de perjuicios los únicos criterios a tener en cuenta para su concesión, son los de las causales en materia civil y la cuantía, o si, además, deben concurrir los presupuestos de procedencia de la casación penal, la jurisprudencia ha sido unánime en aceptar la segunda de las opciones planteadas.

Al respecto, siempre ha considerado que las regulaciones referentes a los factores de las causales y cuantía en el campo civil, hechas en disposición independiente tanto en el Código de Procedimiento derogado como en el vigente, no son susceptibles de ser aplicadas sin sujeción a aquéllas sobre las condiciones para que la casación en materia penal sea procedente. En concreto, que se trate de sentencia de segunda instancia proferida por Tribunal y que el delito tenga señalada sanción privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de cinco años.

Fundamento básico de esta postura es que el trámite y resolución de la acción civil, dentro del proceso penal, corresponde a la ampliación o prórroga de la competencia en esta última materia para el conocimiento de estos aspectos de derecho privado vinculados con ella, lo cual, desde luego, sólo es posible siempre que se conserve la competencia principal o sustancial, esto es, la que permitiría resolver también el aspecto penal que es el que privativamente corresponde.

De acuerdo con esto, ha sido entendido que de no concurrir los presupuestos para que la Sala de Casación Penal de la Corte pueda ocuparse mediante el recurso de casación de los aspectos penales de la sentencia impugnada, entre ellos la calidad y cantidad de la sanción, tampoco puede hacerlo sobre la materia suprditada a aquéllos, como resulta ser la condenación al pago de perjuicios.

Un tratamiento del asunto, opuesto al señalado, en que se admita el recurso de casación entrañándose de indemnización de perjuicios sin más presupuestos que los de las causales y cuantía en el ramo civil, de acuerdo con la misma doctrina de la Corte, no sólo corresponde a una interpretación inarmónica de normas que por formar parte de una determinada institución jurídica como la casación no pueden constituir reglas aisladas unas de otras, sino que se generarían efectos tales, que no podrían menos que ser calificadas de desquiciantes del sistema.

Así, tendría la Corte que entenderse con recursos extraordinarios de casación relacionados con indemnización de perjuicios, interpuestos contra sentencias de jueces del circuito y superiores o en relación con fallos de primera instancia por virtud de la casación "per saltum", *pues excluidos los requisitos de procedencia para la casación penal no habría fundamento para exigir que se tratara de sentencias dictadas por tribunales.*

Pero, si alguno de estos efectos entraña gravedad es el de la ruptura del principio de igualdad que se presentaría en eventos donde el recurrente sea la Parte Civil. No reuniéndose los requisitos de la calidad y cantidad de la sanción, la sentencia no sería recurrible en su aspecto penal. Sin embargo, de acuerdo con el criterio de que por su aspecto indemnizatorio sí lo sería sin más presupuestos que los de las causales y cuantía para la casación civil, la Parte Civil sí podría recurrir. En este caso, el procesado sólo estaría legitimado para hacer oposición a las pretensiones del casacionista mediante alegato de no recurrente, más no intentar la infirmación del fallo fundamento de la condenación por perjuicios, en tratamiento notoriamente desigual (Cfr. Auto de 29 de noviembre de 1983, Magistrado: Dr. Fabio Calderón Botero; autos de 26 de junio y 31 de julio de 1984, Magistrado: Dr. Darío Velásquez Gaviria).

Estas consideraciones, elaboradas por la jurisprudencia en relación con las regulaciones normativas previstas en el Código de Procedimiento de 1971, en el actualmente vigente se mantienen. Los principios y disposiciones consagradas sobre la materia son los mismos, no obstante los términos de confección de la normativa difieran, principalmente en el artículo 220. Estas diferencias, como fácilmente se establece, obedecen a razones sistemáticas que no esenciales. Por eso, debe reconocerse que, como ya fuera consagrado, el artículo 220 sobre cuantía para recurrir en casación por el aspecto indemnizatorio, no es norma que pueda aplicarse sin sujeción a los requisitos que para la procedencia del recurso extraordinario de casación en materia penal señala el artículo 218. Ellos se integran y si bien se hace referencia al Código de Procedimiento es en cuanto a las causales que pueden ser alegadas y a la cuantía por la cual opera el recurso, en cuanto deben ser los de ese ordenamiento, pero, en manera alguna, respecto a los presupuestos o condiciones para el ejercicio de la acción que, obviamente, han de ser los del campo donde se va a actuar, es decir, el penal.

De lo anterior se establece, entonces, que para el caso en estudio acertó el Tribunal al no conceder el recurso interpuesto. Los planteamientos que el recurrente de hecho presenta ante la Corte, no pueden ser aceptados, pues la autonomía del aspecto indemnizatorio que para efectos de la casación pretende demostrar no posee el alcance que le otorga, como viene de examinarse en el estudio de la doctrina de la Corte, del cual surge que el principio según el cual la acción civil derivada del delito es accesoria a la penal y, por ende, condicionada a los presupuestos para el ejercicio de ésta, aún en el recurso extraordinario de casación, se mantiene incommovible, siendo, por tanto, vigente la solución indicada en la jurisprudencia que así adquiere reiteración, mucho más cuando este asunto debe ser rituado por el Código de 1971.

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

Resuelve:

No conceder el recurso de casación denegado por el Tribunal de Bogotá e interpuesto contra la sentencia condenatoria proferida en el proceso seguido a Rafael Ramiro Ariza Andrade, Campo Elías Granados Bermúdez, Alirio Mediorreal Páez y Víctor Raúl Alvarado por el delito de perturbación sobre inmueble.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Dídimo Páez Velandia, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael I. Cortés Garnica
Secretario

Ejercicio arbitrario de las propias razones / Querella – Titular

Si existe relación patrimonial que permita deducir la sociedad de hecho entre dos personas, cualquiera de los consocios es titular legítimo para querellar en el delito de Ejercicio Arbitrario de las Propias Razones.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Dídimo Páez Velandia.*
Aprobada Acta número 30.
Bogotá, D. E., mayo ocho (8) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Vistos

Mediante apoderado, el procesado Jaime Olaya Reyes condenado en el Juzgado 2º Penal Municipal de Bogotá por el delito de Ejercicio arbitrario de sus propias razones, ha interpuesto recurso extraordinario de revisión contra dicho fallo. Corresponde a la Corte pronunciarse sobre viabilidad de la demanda.

Los hechos juzgados

Los novios Luis Guillermo Caicedo Rozo y Blanca Julieta García Mora dieron en consignación un vehículo al señor Jaime Olaya Reyes el cual fue vendido, pero el traspaso del vehículo que debía hacer García Mora sufrió retardo. Posteriormente el 5 de diciembree de 1988, le dieron en consignación otro vehículo. Renault 4, modelo 1978 de Placas FB-3388 por un término de 30 días; como quiera que Caicedo Rozo negociara aparte el automotor, lo reclamó a Olaya Reyes quien se negó a devolverlo hasta tanto le hicieran los papeles del traspaso del anterior vehículo que le habían dejado en consignación.

Frente a tal situación, Julieta García denunció el hecho ante un Juzgado de Instrucción el cual consideró que se trataba de un delito de ejercicio arbitrario de sus propias razones por lo que envió el proceso a los municipales, correspondiéndole en reparto al 2º el cual calificó el mérito del sumario con resolución acusatoria y posteriormente profirió sentencia condenatoria a $20.000.00 de multa y al pago de los

perjuicios materiales estimados en pericia correspondiente, determinación que no fue recurrida cobrando su ejecutoria.

El recurso extraordinario de revisión

El apoderado del sentenciado presenta demanda de revisión con invocación de la causal 2ª del artículo 231 del C. de P.P. "por haberse proferido sentencia condenatoria en proceso que no podía iniciarse por falta de querella válidamente formulada".

Sustenta su pretensión con base en el artículo 23 del C. de P.P. que señala como querellante legítimo "al sujeto pasivo del hecho punible", es decir la persona perjudicada con el comportamiento ilegal denunciado; que como en el caso presente ese perjudicado era el señor Luis Guillermo Caicedo Rozo, con quien celebró el procesado el contrato de consignación, él y sólo él es el querellante legítimo, mas como quien denunció fue su novia, la querella requerida para la acción no se presentó legalmente, luego se impone la revisión para disponer la cesación de procedimiento por caducidad de la misma.

Aduce como pruebas las mismas que obraban en el proceso tales como: el contrato de consignación, la denuncia del hecho, el testimonio de Caicedo Rozo y el fallo de condena.

Consideraciones de la Corte

Examinadas las pruebas aportadas, encuentra la Corte que la razón por la cual la justicia consideró el hecho denunciado como típico del delito de ejercicio arbitrario de sus propias razones y no uno de abuso de confianza fue precisamente por entender que entre los novios García y Caicedo existía una "sociedad de hecho", pues no otra cosa se infiere de la denuncia de García y del testimonio de Caicedo. En efecto, aquélla dijo a la justicia: "... no le entregó el carro y no se lo quiere entregar y hasta el momento no le ha dado el carro ni un peso, argumentando que el doctor Caicedo le vendió anteriormente, como en septiembre u octubre/88 un vehículo Fiat-147, placas FD 3318 y que hasta que no le haga los papeles no le entrega el Renault 4 y mi novio, el doctor Caicedo no le ha hecho los papeles del Fiat porque *ese carro se lo vendimos* al señor Olaya por la suma de $1.650.000.00 y *nos dio $1.400.000.00 o sea que esperamos nos pague ese saldo*, que no lo ha cancelado hasta el momento. Por otro lado *con Olaya habíamos acordado que le hacíamos los papeles del Fiat tan pronto yo levantara una prenda que tenía con relación a ese carro*, prenda que ya levanté, ya le dijimos a él, ya está todo claro, está saneado el carro y sin embargo al haber él comprobado eso *no nos quiere dar los $250.000.00 de saldo y hasta que no nos de ese dinero no le haremos papeles*, porque ese Fiat es mío y fuera de eso, *nos tiene retenido el Renault 4*, considero que es un delito, porque el negocio del Fiat nada tiene que ver con este otro negocio y además *él nos debe dinero del Fiat*, como ya expliqué antes". (Destacados fuera del texto).

Por su parte Caicedo Rozo corrobora lo anterior dando a entender que ambos negocios los hicieron ellos, los novios con Olaya; que en varias ocasiones habló con él

sobre los papeles del Fiat y que a pesar de ello no le quiso entregar el vehículo por lo que le manifestó lo denunciaría como efectivamente lo hizo su novia.

El Juzgado entendió también que se trataba de una sociedad de hecho así no lo haya consignado en forma expresa, pero no otra cosa se infiere cuando afirma que en realidad el delito estructurado es el tipificado en el artículo 183 del C.P.: "El examen minucioso del proceso hizo llegar a dicha conclusión", y tanto en el calificatorio como en la sentencia por la forma como refiere los hechos, no a otra inferencia se llega.

Si ambos acordaron sus voluntades en las dos negociaciones referidas como si se tratase de una sola persona frente al consignatario, la circunstancia de que el contrato de consignación fuese suscrito solamente por éste y el titular inscrito del derecho, no desnaturaliza la calidad de perjudicado a quienes reivindican de hecho un patrimonio común. En tales circunstancias, cualquiera de los consocios es titular legítimo para querellar, en los términos del artículo 23 del C. de P.P. No de otra forma se hubiese podido llegar a considerar el hecho denunciado como típico del ejercicio arbitrario de sus propias razones. Si para la justicia no existía relación patrimonial común entre denunciante y testigo, el delito que tipificaría ese hecho denunciado no podría ser otro que el hurto agravado por la confianza, si se considera que el contrato de consignación por llevar implícita la opción de compra constituye entrega a título traslaticio de dominio o el de abuso de confianza, si se parte de que dicha entrega lo fue a título diferente.

Por manera que lo único que hace entendible el juicio de tipificación realizado por la justicia es el presupuesto implícito de la comunidad patrimonial de hecho de denunciante y testigo, pues sólo así podría materializarse el fin buscado con el ejercicio arbitrario de sus propias razones, como también lo entendió el procesado al hacer la retención.

Lo anterior está significando que denunciante, testigo, procesado y jueces entendieron estar frente a una sociedad de hecho demostrada por lo que la jurisprudencia especializada denomina "hechos asociantes" y que aquí, como se vio, están en evidencia. Dijo la Corte, en providencia de mayo 23/89 con ponencia del magistrado Bonivento Fernández que la sociedad de hecho "... se desprende de una serie coordinada de operaciones que en común realizan varias personas para el logro de finalidades económicas", supone un estado de cosas permanentemente activo y voluntariamente buscado por los socios cuya expresión concreta debe hallarse en los llamados hechos asociantes, noción esta última acerca de la cual dijo la Corte en la providencia recién citada; "... es indispensable que los hechos asociantes revelen con claridad y de modo concluyente en dos o más personas el ánimo de asociarse para la persecución de fines económicos a que van anexas contingencias de utilidades o pérdidas, divisibles precisamente en todos y cada uno de quienes emprenden determinada actividad de lucro en plano igual de ayuda mutua... (G.J.T. LXXVIII, número 2145 p. 254)...

En tales circunstancias, el recurso de revisión con base en la causal referida pretende revivir un debate sobre pruebas que fueron aportadas y consideradas en el proceso que concluyó con sentencia, lo cual no es de recibo en el recurso de revisión, como reiteradamente lo tiene sentado la jurisprudencia. Ello impone el rechazo de la demanda.

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

RESUELVE:

Primero. RECHAZAR IN LIMINE la demanda de revisión presentada mediante apoderado por el sentenciado Jaime Olaya Reyes. En firme devuélvase dejando copia de lo pertinente para el archivo.

Segundo. RECONÓCESE personería al doctor José Alfonso Méndez, en los términos del poder que el señor Olaya Reyes le ha otorgado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Dídimo Páez Velandia, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Edgar Saavedra Rojas, Juan M. Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael I. Cortés Garnica
Secretario

* * *

Revisión – Hecho nuevo / Prueba

Reiteradamente ha dicho la Corte que una cosa es el hecho nuevo y otra distinta, la prueba de ese hecho sobreviniente.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Dídimo Páez Velandia.*
Aprobada Acta número 30.
Bogotá, D.E., mayo ocho (8) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Vistos

Decide la Corte el recurso extraordinario de revisión que interpusiera el sentenciado Carlos Hugo Duque Ramírez por intermedio de apoderado, contra la sentencia condenatoria proferida en el Juzgado 37 Penal del Circuito de Bogotá por el delito de lesiones personales culposas.

Los hechos juzgados

El 1° de junio de 1986, en la Avenida Boyacá con calle 11 de la ciudad de Bogotá, colisionaron los vehículos de placas GD 2037 conducido por Carlos Duque Ramírez y el de placas MB 7316 piloteado por Alberto Cerena, a consecuencia de lo cual resultaron lesionados Segundo Ovidio Cerena y el conductor del último de los automotores mencionados.

La investigación correspondió al Juzgado 1° Penal Municipal de Fontibón quien profirió sentencia absolutoria contra el enjuiciado Duque Ramírez la cual fue revocada, por vía de apelación, en el Juzgado 37 Penal del Circuito de la ciudad capital y en su lugar se profirió una de carácter condenatorio a la pena principal de seis meses de prisión y $5.000.00 de multa, por el delito de lesiones personales.

La demanda de revisión y tramitación

Mediante apoderado Carlos Hugo Duque Ramírez interpone recurso extraordinario de revisión contra el referido fallo condenatorio, invocando las causales 3ª y 5ª

del artículo 231 del C. de P.P. "por haber surgido una prueba desconocida en los debates y en haberse fundado la condena en pruebas falsas".

Como fundamentación de su aserto sostiene: "Se condenó al prestigioso y respetable licenciado Carlos Hugo Duque Ramírez, persona que jamás de los jamases ocasionó o causó el accidente y por lo tanto, totalmente ajeno a los hechos investigados, pues no hay que olvidar, como lo demostraré posteriormente, que *él no atropelló a ningún automotor sino que a él le estrellaron su carro por la parte posterior o trasera* y sin embargo, se le proceso, encausó y condenó injustamente, basado única y exclusivamente *en la apreciación errónea de las pruebas* por parte de la juez de segunda instancia".

La demanda fue admitida por reunir formalmente los requisitos, se solicitó el proceso e inmediatamente se abrió a pruebas habiéndose solicitado las mismas enumeradas en la demanda: tres testimonios, dos de los cuales de personas no presenciales del hecho y el tercero, no solamente declaró en el proceso sino que tuvo allí la correspondiente valoración su testimonio, por lo que fueron consideradas inconducentes todas ellas.

Dentro del traslado para alegar solamente lo hizo el apoderado recurrente quien demanda la revisión del fallo por estar demostradas las causales adheridas en la demanda. En efecto, *"surgió un hecho nuevo* no conocido en los debates de primera y segunda instancia y por lo tanto, susceptible y debatible en el Recurso Extraordinario de Revisión y el hecho nuevo consiste precisa y concisamente en la *mala interpretación probatoria* hecha por la *ad quem*, lo cual desemboca en las causales 3ª y 5ª del artículo 231 del C. de P.P. *pues la sentencia condenatoria se fundamentó única y exclusivamente en la falsa apreciación* del testimonio de Ovidio Gerena, hecho por la Juez 37 Penal del Circuito de Bogotá".

El representante de la parte civil reconocida en el proceso donde se juzgó el hecho, presentó escrito impetrando la desestimación de lo pedido, el cual no será tenido en cuenta por carecer de personería en el trámite del recurso, toda vez que no existe constancia de haberle sido ratificada la que ostentó, ya que ésta se extinguió con la terminación del proceso.

Consideraciones de la Corte

El recurso extraordinario de revisión es la excepción de la ley y a la presunción de legalidad inherente a toda sentencia judicial que implique cosa juzgada. Por ello, señala causales taxativas para que debidamente demostradas sirvan de fundamento a la remoción del fallo considerado equivocado por un error de hecho in iudicando *de carácter histórico. La demostración de la causal invocada es, pues, el objetivo fundamental del recurso extraordinario de revisión.*

Las causales señaladas por el recurrente extraordinario fueron la 3ª y la 5ª del artículo 231 del C. de P.P. que dicen en su orden, 'cuando después de la condenación aparezcan hechos nuevos o surjan pruebas, no conocidas al tiempo de los debates, que establezcan la inocencia del condenado' y "cuando se demuestre que la sentencia absolutoria o condenatoria se fundamentó en testimonio, peritación, documento o cualquiera otra prueba falsa".

La jurisprudencia ha precisado el entendimiento de dichas causales. En efecto, dijo que 'el hecho nuevo debe ser aquel con eficacia suficiente para establecer la inocencia del procesado que fue injusta y arbitrariamente condenado por un delito al que fue ajeno o en el que no participó y por el cual sufre una pena que constituye evidente error judicial; prueba nueva es la que hace referencia a esos hechos nuevos que no fueron conocidos y, consiguientemente, debatidos. Pero, si la responsabilidad se funda en pruebas suficientemente analizadas en las sentencias acusadas, la circunstancia de que hayan sido bien o mal estimadas dichas pruebas, no es razón valedera para que sea admisible discutirlas nuevamente con ocasión del recurso extraordinario de revisión, pues esta oportunidad precluye con la sentencia de segunda instancia" (Prov. marzo 20/91 M.P. Dr. Dídimo Páez V.).

En el mismo sentido, la Corte respecto de la causal 5ª ha dicho que "... la falsedad probatoria a que alude el legislador no está relacionada con la apreciación que del medio legalmente aportado haga el juez, sino a la alteración dolosa de ese medio y su uso fraudulento en el proceso, es decir, que la sentencia se haya proferido con base en un hecho que tenga entidad de delito, pues la 'falsa apreciación de un medio de prueba', como lo menciona el recurrente, es un error enmendable en las instancias, y en sede de casación; y, el hecho de que se haya presentado en la segunda instancia y en un caso que no admite casación, no habilita para ser propuesto en revisión" (Auto, septiembre 26/90 M.P. Dr. Dídimo Páez V.).

La demanda de revisión ni siquiera debió ser admitida, pues no acompañó prueba alguna demostrativa de las causales invocadas. Se limitó a anunciar que lo 'demostraría posteriormente", esto es, simplemente enunció los testimonios que precisamente solicitó en el período probatorio los cuales fueron estimados inconducentes con el siguiente razonamiento:

"El agente Nelson Bustamante, quien elaboró el croquis que muestra la posición de los vehículos después del accidente, no podrá decir más de lo allí consignado porque no presenció el hecho. Ahora, la explicación del término 'fuga' utilizado no tiene trascendencia procesal, porque no fue lo determinante del fallo.

"El agente que prestaba turno en el hospital donde llegó el sindicado, tampoco presenció el hecho por el cual fue condenado el procesado, sino circunstancias posteriores al mismo que a lo sumo podrían tener incidencia en la punibilidad pero no en la culpabilidad deducida en la sentencia.

"Con el testimonio de Ovidio Cerena, lo que pretende es revivir un debate probatorio que no es de recibo en sede de revisión y menos aún con el alcance que le da el recurrente, pues cuestiona la forma como fue apreciado el testimonio por el juzgador, contraponiendo su particular criterio al del fallador."

Y no es solamente ésta la falla, sino además la ilogicidad de su argumentación, pues empieza por afirmar que "ha surgido una prueba desconocida en los debates', para luego en la sustentación hablar de 'hecho nuevo no conocido en los debates" consistente precisamente "en la mala interpretación probatoria hecha por la ad quem, *lo que desemboca en la causal 3ª..."*

Ya se ha dicho que una cosa es el hecho nuevo y otra distinta, la prueba de ese hecho sobreviniente. Naturalmente que hecho es todo acontecer o alteración externa del mundo circundante y, desde esta óptica, ciertamente que el acto de analizar unas pruebas es un hecho procesal importante, pero no es a él al que hace referencia la causal 3ª del artículo 231 del C. de P.P., sino a aquel que pone en evidencia el error de hecho in iudicando *de carácter histórico en que se incurrió en la sentencia impugnada y que de haberlo conocido el fallador bien distinta habría sido la decisión. Por ello, jamás podrá ser "hecho nuevo" una apreciación o enfoque distinto de la prueba conocida y debatida en el proceso.*

Ahora bien, puede ocurrir que la causa determinante del fallo sea un acto delictivo del juez o de un tercero, como sería el caso de un prevaricato o un fallo debido a una serie e inminente amenaza contra el funcionario o su familia, en donde obviamente hay manifiesta contradicción entre lo probado y lo decidido o entre esto y la ley. En este evento, cabe la revisión pero por la causal 4ª del artículo 231 del C. de P.P. y no por la tercera. Pero aquí, como lo dice la norma, la prueba debe ser demostrativa de la existencia del "hecho delictivo".

De otra parte, dentro de la crítica que hace el recurrente a la valoración probatoria del Juez, debe referirse la Corte al siguiente argumento que pone de relieve el desacierto del litigante en lo alegado: "... las apreciaciones probatorias de la Juez 37 Penal del Circuito de Bogotá riñen totalmente con la verdad, pues no hay que olvidar ni pasar desapercibido que es ella misma la que en su providencia condenatoria reseña que *existen indicios* y es muy sabido y conocido por los entendidos del derecho, que por medio de indicios *no se puede condenar a nadie*, ya que para este efecto se requiere la plena prueba o prueba contundente y eficiente y nunca ni jamás, se repite, *de indicios*" (fl. 91).

Lo que exigía el Código de 1971, bajo el cual se rituó el proceso, para proferir sentencia condenatoria era "la prueba plena o completa de la infracción por la cual se llamó a juicio y la de que el procesado es responsable de ella", pero el propio ordenamiento (art. 217) señalaba qué se entendía por prueba plena: "la reconocida por la ley como bastante para que el juzgador declare la existencia de un hecho". Por manera que no es un desaguisado sustentar en vigencia de ese ordenamiento un fallo condenatorio en pluralidad de indicios y ése es el significado de la expresión 'existen indicios', pues lo que por disposición legal no constituía plena prueba era un solo indicio, a menos que fuera necesario o presunción legal no desvirtuada (art. 230 de ese ordenamiento); hoy en vigencia del nuevo Código de Procedimiento Penal que abolió el sistema probatorio tarifado, puede perfectamente condenarse con indicios, ya que lo fundamental es que "obre en el proceso prueba que conduzca a la certeza del hecho punible, y de la responsabilidad del procesado" (art. 247 del C. de P.P.), y a ello se puede llegar "por cualquiera de los medios de prueba previstos en el Código" (art. 254).

No estando demostrada ninguna de las causales aducidas, pues las pruebas pedidas con ese fin fueron declaradas inconducentes, habrá de ser denegado el recurso.

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:

DECLÁRASE improcedente la revisión de la sentencia condenatoria del señor Carlos Hugo Duque Ramírez por las razones expuestas en la demanda que originó este diligenciamiento.

En firme, devuélvase el proceso al Juzgado de origen y déjese copia de esta actuación para el archivo.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Dídimo Páez Velandia, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Edgar Saavedra Rojas, Juan M. Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael I. Cortés Garnica
Secretario

* * *

JURISDICCIÓN DE FAMILIA / ALIMENTOS – Cuantía

El Juez de Familia señalará la cuota alimentaria según lo probado; lo contrario, haría que la determinación correspondiente resultara carente de objetividad y de equidad.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Didimo Páez Velandia.*
Aprobada Acta número 26 de abril 24/91.
Bogotá, D.E., mayo nueve (9) de mil novecientos noventa y uno (1991).

VISTOS

Desata la Corte la apelación que el representante de la Parte Civil interpusiera contra el auto calificatorio del sumario adelantado en el Tribunal Superior de Barranquilla a la Juez 2ª Civil de Menores de la misma ciudad, doctora Ana María Babilonia de Oliva por el delito de Prevaricato.

RESEÑA DE LOS HECHOS

El señor José de la Cruz Ríos en relaciones extramatrimoniales con Dilia Esther Gutiérrez de Beleño tuvo tres hijos reconocidos notarialmente, en beneficio de los cuales se ofreció en septiembre de 1987 la suma mensual de $18.458.00 como "cuota alimentaria" que en su sentir constituye un 36% del sueldo básico que devenga en "Colpuertos".

Dicha demanda de ofrecimiento correspondió al Juzgado 2º Civil de Menores (hoy, de familia) a cargo de la doctora Ana María Babilonia de Oliva. En desarrollo de la actuación se citó a las partes a la audiencia de conciliación correspondiente y como no llegaron a acuerdo sobre el monto de la cuota alimentaria, se abrió a prueba el proceso el que terminó con sentencia de fecha abril 8/89 donde se fijó como cuota alimentaria un 40% del salario y prestaciones devengadas, disponiendo, además el Juzgado, el embargo de dicha suma para lo cual se ofició a la pagaduría respectiva.

En incidente de reducción de cuota alimentaria, la Juez no levantó el embargo pero redujo la cuota a un 38% y la señalada en otro proceso alimentario contra el

mismo señor Cruz Ríos a un 12%, quedando así afectado un 50% del salario que es lo permitido por la ley.

Inconforme con las decisiones de mayo 12/89 que negó el levantamiento del embargo y con la de julio 1/89 que hizo la reducción indicada con base en el artículo 38 de la Ley 75/68, denuncia Cruz Ríos a la juez por prevaricato activo concretamente por haber dispuesto un embargo improcedente ya que no era demandado sino oferente de alimentos y por haber señalado un monto que supera el 50% de lo embargado no obstante haber sido advertido en la demanda y en el escrito de pruebas sobre existencia de un embargo del 20% a favor de otro menor hijo.

El Tribunal de Barranquilla calificó el sumario con cesación de procedimiento por no ser la conducta violatoria de la ley penal. La providencia es impugnada en apelación y sustentada ésta en legal forma.

Alegaciones de las partes

Dentro de la oportunidad procesal para alegar en la segunda instancia solamente lo hizo el señor Procurador Tercero Delegado quien en prolijo análisis demanda la revocatoria de la providencia recurrida para que en su lugar se profiera resolución acusatoria contra la juez procesada por el delito de prevaricato.

Para el Ministerio Público existen varias irregularidades de la funcionaria respecto de las cuales, una vez referidas, estima:

"No nos queda, pues la más mínima duda de que la Juez sindicada emitió resolución abiertamente contraria a la ley, en dos oportunidades: Decreto de embargo y aplicación indebida del artículo 38 de la Ley 75 de 1968 con la correlativa exclusión del texto 36, habiendo procedido con conciencia y voluntad de que su proceder iba contra derecho. La primera aparece adobada por las sentencias uniformes que profirió en casos fundamentados en hechos similares que, sin embargo, no contemplaban el decreto de embargo del salario del oferente de turno, y por haber seleccionado en la aplicación una norma expresamente prevista para concurrencia de procesos similares, lo que le resultaba a todas luces más dispendioso y menos ortodoxo, como quiera que con su acción salía desmejorado en su cuota alimentaria un beneficiario anterior que ya tenía materializado su derecho por sentencia ejecutoriada, cual supuesto jurídico del precepto 36 del citado Estatuto que prefirió inaplicar, a todo lo cual se suma la vasta experiencia de la funcionaria en esta clase de actividades que son de su especialidad laboral. Y la segunda está dada por el querer de la procesada de realizar el comportamiento a pesar de conocer que con él quebrantaba precisas disposiciones legales.

"No cabría minimizar esa conducta violatorio de la ley por el lado del error de interpretación, ya que aquélla deviene tan manifiesta que un posible yerro perdería su inmediata connotación jurídica, surgiendo así el dolo conque (sic) procedió y que puede definirse como la fuerza que emerge impaciente hacia la reprochabilidad de la conducta típica y antijurídica del autor que ha previsto y querido. Dohna observa, escuetamente, que actúa dolosamente quien sabe lo que hace. Y el maestro Luis Jiménez de Asua lo concibe como la producción de un resultado típicamente

antijurídico (o la omisión de una acción esperada), con conocimiento de las circunstancias de hecho que se ajustan al tipo y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación de la voluntad y el cambio en el mundo fenoménico (o de su no mutación), a conciencia de que se quebrantó el deber, con voluntad de realizar el acto (u omitir la acción debida) y con representación del resultado (o de la consecuencia del no hacer) que se quiere o consiente. En síntesis, el reo debe tener conciencia de la naturaleza criminosa del acto ejecutivo..."

Consideraciones de la Corte

A la Juez 2ª Civil de Menores de entonces, tanto el denunciante recurrente como la Delegada le reprochan el haber proferido sentencia manifiestamente contraria a la ley en cuanto señaló como cuota alimentaria un porcentaje (40%) que superó el permitido por la Ley (50%) de los salarios percibidos como trabajador y el disponer embargo de esos dineros invirtiendo "su calidad de demandante (oferente) en demandado, es decir que lo mismo hubiera dado que la aceptante (madre de los menores) lo hubiera demandado para que cumpliera su obligación de demandante", agregando la Procuraduría el manifiesto desconocimiento del artículo 36 de la Ley 75/68 que era el aplicable una vez conocida la existencia de sentencia alimentaria en favor de otro menor hijo en monto equivalente al 20% del salario mensual devengado.

La Juez explicó en su injurada las razones por las cuales tomó las determinaciones cuestionadas, señalando que en atención a no haber llegado a conciliación las partes, pues el oferente tomó como base para el ofrecimiento de cuota alimentaria el salario garantía y no el real lo cual ponía de relieve que los $30.000.00 que últimamente daba era un valor muy por debajo del porcentaje a que tenían derecho los menores hijos, según el salario certificado por la empresa; que le fijó un porcentaje inferior al solicitado por la Defensora de Menores y que cuando fijó el 40% no estaba enterada de que existiera otro fallo que fijaba al mismo oferente un 20% por lo que una vez la secretaría la enteró sobre el particular inmediatamente corrigió la decisión en la forma prevista en la ley, pues, las sentencias sobre alimentos en ese aspecto (valor de la cuota), había que regularlas en relación con los cuatro menores y así se hizo.

Respecto al embargo, dice que procedió de esa manera porque el oferente en audiencia se comprometió a dar $30.000.00 y el 30% de primas y vacaciones, no cumpliendo con esto último por lo que en su sentir es incumplimiento parcial que ameritaba la medida.

La Corte, en desacuerdo con la opinión fiscal, encuentra que las explicaciones de la funcionaria son espontáneas y tienen debida comprobación en el proceso adelantado por alimentos. En efecto, *si bien es cierto que para la época de los hechos el denominado proceso de "ofrecimiento espontáneo de alimentos" no tenía regulación positiva, también lo es que entonces y hoy, cuando sí la tiene (Código del Menor Decreto 2737/89, artículos 136 y ss.), requiere aceptación válida de la oferta para tener como satisfecha la obligación alimentaria que la Ley 75 de 1968 impone a los padres respecto de sus menores hijos. El solo ofrecimiento jamás puede indicar que el sujeto no se sustrae a dichos deberes; si ello fuese así, bastaría con ofrecer cualquier suma insignificante y burlar de esa manera la ley. Por ello, sabiamente la equidad y la*

costumbre allá y hoy la ley, exigen acuerdo de voluntades, es decir, aceptación de la oferta en presencia del juez de familia en la audiencia de conciliación que para el efecto se fija y a la cual deben asistir además de las partes con capacidad de pactar, los apoderados o en su defecto, la defensoría de menores, para que el acuerdo no sea una farsa en perjuicio de éstos.

Naturalmente que si no se llega a un acuerdo debe seguirse el procedimiento con todas las consecuencias que procesos de esta naturaleza implican, vale decir, que el juez señalará la cuota alimentaria según lo probado; lo contrario, haría que la determinación correspondiente resultara carente de objetividad y de equidad.

Según folios 3, 18 y 26 del proceso de alimentos se observa que la oferta fue de $18.458.00, $23.073.00 y $30.000.00 más el 30% de prima y vacaciones respectivamente; las dos primeras ofertas, según las propias palabras del oferente, equivalen a un 36% del salario que dice devengar y la tercera, cuando se tiene certificación de salario real, es suma fija más el porcentaje de prima y vacaciones.

De acuerdo con esta realidad, se infieren lógicamente las siguientes conclusiones:

a) Si el propio oferente, quien obviamente conocía el embargo del 20% impuesto en otro proceso de alimentos, ofrecía aquí un 36%, es decir, un porcentaje que sumado al anterior supera el 50% permitido ¿Cómo, puede afirmarse válidamente que la Juez al señalar el 40% estaba sobrepasando el tope legal con conocimiento de ello?;

b) Si se toman esas cifras ofrecidas como cuotas fijas en relación con el salario real ($149.429.50), nunca equivalen al porcentaje que se dice ofrecer (36%);

c) Es verdad que a folios 3 y 36 se menciona que "José de la Cruz Ríos es responsable de suministrar alimentos" a un cuarto menor hijo extramatrimonial en otra mujer, pero en ninguna de esas alusiones se dice que tenga embargo y menos aún el monto del mismo, mucho más diciente esto, si se tiene en cuenta que en ambas ocasiones en los capítulos referidos a las pruebas, ni se menciona el caso ni se impetra alguna en tal sentido (fls. 3 y 37), siendo que la carga de la prueba de ese hecho específico a él le correspondía;

d) La explicación de la juez en este sentido es valedera entonces, pues si no adujo esa prueba quien debía hacerlo, mal podía recordar un nombre en tantos procesos que sobre la materia cursan, máxime si no había razón alguna para fijar su memoria en dicho actor;

e) Además, la Defensoría de Menores, con base en las pruebas existentes, demanda una condena por el 50%, lo que pone de relieve que no estaba acreditado en el proceso el embargo por el referido 20% y para todos es sabido que lo vinculante para el Juez es lo demostrado en autos;

f) Pero, aún admitiendo exageradamente en gracia de discusión que tenía que saberlo por haber cursado allí dicho proceso, la forma inmediata como actúa frente a la prueba del embargo, descarta cualquiera actividad dolosa al respecto.

La explicación acerca de la razón por la que embargó tiene igualmente respaldo en autos, pues a folio 26 se lee en el acta de conciliación fallida: "... se hace un ofrecimiento fijo mensual de $30.000.00 aparte de cualquier hecho circunstancial involuntario y... un porcentaje equivalente al 30% sobre primas y vacaciones".

Como no hay constancia procesal que ese porcentaje ofrecido fuera entregado con la suma fija que se cancelaba y a lo largo del expediente muestra su reticencia en entregar cifra mayor, es explicable entender que se niega a cumplir en forma total con la obligación y ello impone la necesidad del embargo. Obsérvese cómo en la sentencia la juez dijo: "El ofrecimiento no es otra cosa que una autorización que se solicita al Juez de Menores para consignar la cantidad que se ofrece como alimentos, los cuales no pueden ser sumas exiguas en relación con los ingresos de quien ofrece y con las necesidades de quien recibe" (fol. 64 C. Menores). Con ello indica que el ofrecimiento inaceptado no excluye al oferente de las responsabilidades probadas en el proceso y las consecuencias derivadas de él, como el embargo.

Ahora bien, no debe perderse de vista que lo embargado no son todos los dineros que recibe de la empresa como salario real, sino el porcentaje que definitivamente se fijó en la sentencia (38%) como cuota alimentaria.

Si es legítima esa condena, como se ha visto que lo es, no puede resultar arbitrario el embargo de los valores señalados en la sentencia por ser dineros ya no del trabajador sino de sus menores hijos luego resulta justo el pretender garantizar su pago.

El otro cargo es el que deduce la Procuraduría y que para la Corte tampoco constituye delito de Prevaricato por las siguientes razones:

a) Se dice por quienes reprochan la conducta que el artículo 36 de la Ley 75/68 está referido al evento de que esté de por medio un embargo en cantidad inferior al 50% en cuyo caso, se hará efectivo el nuevo embargo por la diferencia entre el anterior y el tope máximo permitido.

Indudablemente la anterior interpretación presupone que el proceso donde va a determinarse el nuevo embargo no haya concluido: pero si ya se produjo sentencia, esta norma no sería la aplicable ciertamente.

b) Por su parte, la interpretación que hacen del artículo 38, el que aplicó la Juez, consiste en que el embargo preexistente comprenda el límite máximo permitido, es cuando el juez en un juicio concurrente (el proceso no ha terminado) debe aprehender el conocimiento de ambos para señalar la cuantía de las varias pensiones alimentarias.

La pregunta obvia que surge es ¿cuándo en ambos procesos se dictó sentencia y la suma de lo embargado supera el límite máximo? ¿qué norma se aplica?

Indiscutiblemente que tiene que ser el artículo 38 porque las sentencias de alimentos en este aspecto nunca hacen tránsito a cosa juzgada y, además, por cuanto es más justo y equitativo hacerlo así para que pueda tomarse en cuenta, como la norma misma lo exige, "las condiciones de alimentante y las necesidades de los diferentes alimentarios".

c) En el caso a consideración esa equidad se puso más de manifiesto al aplicar el artículo 38, pues el 50% embargable quedó distribuido así: un 12% para el primer

alimentario y el 38% restante para los tres últimos que equivale a un 12.6% a cada uno.

Si hubiese aplicado el artículo 36, la desigualdad sí quedaría a la vista, pues mientas que correspondería a cada uno de los tres últimos alimentarios un 10%, al primero le seguiría perteneciendo el 20% que, por lo demás a juzgar por la cifra fijada, no son muy grandes las necesidades de dicho alimentario. Resulta, pues, más equitativa la redistribución hecha con base en el artículo 38 de la Ley 75/68 y es eso precisamente lo buscado fundamentalmente en los procesos por alimentos: objetividad y equidad, como lo ha destacado la jurisprudencia especializada.

Por manera que debe reconocerse correcta la actuación de la juez denunciada respecto a las diversas imputaciones formuladas en su contra por el denunciante y por la delegada; pero, si aún quedase duda en este aspecto, su comportamiento tampoco alcanzaría a constituir ilícito por ausencia de manifiesta contrariedad ya que su interpretación a los textos legales aplicados jamás podría ser calificada como opuesta en forma evidente a ellos pues, como se puntualizó, la aplicación de tales normas permitieron que la justicia fuese reconocida dentro de la debida equidad. Ello, por supuesto, implica que la providencia recurrida ha de ser confirmada.

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

RESUELVE:

CONFIRMAR la providencia impugnada por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla dispuso la cesación de procedimiento en favor de la Juez 2ª Civil de Menores (hoy de familia), doctora Ana María Babilonia de Oliva por los hechos investigados en este proceso.

En firme, regrese la actuación al Tribunal de origen.

Cópiese y cúmplase.

Dídimo Páez Velandia, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Juan M. Torres Fresneda, (con salvamento de voto); *Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael I. Cortés Garnica
Secretario

JURISDICCIÓN DE FAMILIA (SALVAMENTO DE VOTO) / ALIMENTOS – Ofrecimiento (SALVAMENTO DE VOTO)

Actualmente está previsto el procedimiento a seguir en "la oferta espontánea de cuota alimentaria" o "el ofrecimiento voluntario de alimentos".

SALVAMENTO DE VOTO

En la parte pertinente de la inadmitida ponencia presentada por el suscrito, se anotaba lo que a continuación se transcribe y que la ley manda se tenga como salvamento:

"...1. El proceso que tuvo a su cargo la juez acusada, se conoce como de 'oferta espontánea de cuota alimentaria' o 'ofrecimiento voluntario de alimentos', cuyo procedimiento no estaba previsto para cuando los hechos en la ley (hoy por hoy sí: artículo 138 y concordantes del Decreto No. 2737/89), pero que tenía raíces en la práctica diaria de los despachos judiciales. La providencia del Tribunal hace hincapié en que por tal circunstancia resulta prácticamente imposible determinar la contrariedad manifiesta de lo aplicado con lo mandado por el legislador. A primera vista parecería que el asunto es así; más, bien miradas las cosas, acontece que se trata es de determinar si dentro de ese procedimiento que la costumbre impuso, se aplicaron o no, sin oposición manifiesta, las disposiciones legales que con él se relacionaban y si, de otra parte, criterios regularmente asumidos por el juzgador en otros eventos, aquí conservaron su vigencia o, por contrario modo, sin razón, arbitrariamente, fueron cambiados, para asumir así decisiones en contra del oferente. Es que siendo verdad que no existe un procedimiento legal propio para el proceso de marras, no se puede desconocer que ya en trámite el mismo, entran en operancia disposiciones legales que con él tiene conexión ineludible y es en la aplicación de estas normas de donde se desprenderá o no ocurrencia delictiva, o, igualmente, no puede ignorarse que en un cambio de criterio inexplicable y de vigencia exclusiva para un evento solitario, el *sub examine*, fatalmente habrá de concluirse en la presencia de arbitrariedad.

"2. Que los padres están obligados al sostenimiento de sus hijos menores de 18 años, naturales o no, es verdad de canto. Así, como lo remembra la Delegada, lo manda el C.C., en su artículo 441-3, modificado por el artículo 31 de la Ley 75/68, igual que la Ley 83/46 y la 27/77, en su artículo 1º. Y es sólo cuando el padre se ha sustraído al cumplimiento de su obligación alimentaria, cuando debe ser compelido a su satisfacción.

"La práctica enseña que, en muchos eventos, el padre venía proporcionando para el mantenimiento de su(s) hijo(s), una cuota alimentaria que termina siendo para la madre insuficiente. Pero, como el ánimo de cumplir con la obligación perdura y las relaciones entre los padres no son las mejores, se dificulta el acuerdo personal y directo y por ello se termina en lo que se conoce como 'ofrecimiento voluntario de alimentos', el que, a términos de pronunciamientos de la juez acusada 'constituye un trámite no reglamentado por la legislación, pero aceptado por el uso, y mediante él pueden los padres dar cumplimiento a sus obligaciones alimentarias. El ofrecimiento no es otra cosa que una autorización que se solicita al juez del Menores para consignar la cantidad que se ofrece como alimentos, los cuales no pueden ser sumas exiguas en relación con los ingresos de quien ofrece y con las necesidades de quien recibe'

"Todo indica que la razón de ser de tal procedimiento es lograr un convenio, un arreglo, una conciliación que evite embargos y mayores enfrentamientos de la que fuera pareja y peores perjuicios para los hijos habidos durante la vida en común. Si la oferta alimentaria se rechaza, y es imposible el acuerdo, el proceso debe terminar, para que sea ahora quien venía cumpliendo el rol de demandante el que asuma el de demandado, con todas sus consecuencias.

"3. Así las cosas, resulta obvio que acierta la delegada, en los siguientes planteamientos, pues ellos consultan la realidad procesal, el derecho positivo y la jurisprudencia:

"'... al rompe se concibe la idea de que las medidas coercitivas se han establecido con la finalidad de contrarrestar la falta de voluntad de los sujetos a la cabal observancia de la ley, como una especie de forzamiento a un hacer legitimado, y no para quienes voluntariamente acuden a sus jueces en demanda de que se les canalice el cumplimiento del derecho que saben deben deparar'.

"En el caso *sub judice* se descubren varias irregularidades que lógicamente chocan con la voluntad exteriorizada de quien, como el denunciante, quiso cumplir con el suministro de alimentos a sus menores hijos extra matrimoniales, siendo la demanda que al efecto presentó, prueba elocuente de ello, a fuer de sus subsiguientes ofrecimientos de aumento de cuota alimentaria, habiendo sido la última de $30.000.00 en la diligencia de audiencia, todas las cuales venía cumpliendo a satisfacción cuando sobrevino el fallo correspondiente que no guarda consonancia con la postura preprocesal y procesal del actor, toda vez que decreta el embargo del 40% del salario y demás prestaciones legales traducidas en dinero que el oferente percibe de la empresa donde presta sus servicios. De esta manera, por el simple capricho de la funcionaria, de hecho se invirtió su calidad de demandante (oferente) en demandado, es decir, que lo mismo hubiera dado que la aceptante (madre de los menores) lo hubiera demandado para que cumpliera su obligación de alimentante. Es ésta la primera objeción que se encuentra en la actuación jurisdiccional cumplida por la indagatoriada juez.

"Una segunda censura residiría en que la funcionaria sobrepasó el límite de sus facultades legales, al haber decretado el embargo en un 40% habida consideración de que ya existía otro del orden del 20%, con lo cual desbordaba el tope legalmente

previsto (hasta el 50%, según el artículo 156 del Código Sustantivo del Trabajo y 36 de la Ley 75/68), no obstante que desde el escrito de oferta mismo se le advertía de la existencia de otro alimentario (hijo extramatrimonial menor de edad) –fls. 3–, con reiteración en forma clara y precisa a folios 36

"Otra irregularidad que se denota consiste en que el fallo no tuvo en cuenta las pruebas que pregonaban que el oferente, además de los tres menores para los cuales ofrecía alimentos, afrontaba otra obligación del mismo linaje con su anciana madre, lo que sumado a la desbordante cuota alimentaria fijada en el 40%, no consultaba ni con las reales necesidades de los alimentarios ni con la capacidad económica del alimentante. Así fue como se omitió considerar que los beneficiarios estaban realmente protegidos en materia de vivienda, de salud y educación, rubros estos últimos que los cubría la empresa a la que laboralmente estaba vinculado el alimentante (asistencia médica y auxilio educativo mensual), mientras que el primero lo suministraba él mismo, ya que vivían en una casa de su propiedad, fuera de que la madre de sus hijos percibía mensualmente $4.000.00 de renta por arrendamiento de una de las piezas, y *motu propio* les suministraba vestido, calzado y drogas que no eran suministradas por el departamento de asistencia social de la empresa, de acuerdo con las facturas arrimadas al proceso de alimentos.-

"... Avala esta apreciación lo que la Sala de Casación Civil, en sentencia de mayo 14/87, publicada en 'La Nueva Ley', precisó: que la fijación de la cuota o pensión alimentaria debe establecer con elementos que la justifiquen: capacidad económica del obligado; incapacidad económica de los beneficiarios; las circunstancias domésticas de vida de uno y otros; los gastos requeridos por los beneficiarios; y la atención que se preste a otras obligaciones familiares. 'De no ser así, concluye la Corte, la determinación correspondiente resultaría carente de objetividad y de equidad'.

"La forma y el contenido del fallo en el proceso aludido no guarda simetría, uniformidad y constancia con relación a otros que la Juez acusada ha proferido en procesos por hechos similares, vale decir, por ofrecimiento voluntario de alimentos, como quiera que en este expediente obran copias al carbón de 5 sentencias emitidas por ella en fechas diferentes (fls. 105 a 119), en las cuales no se ha decretado el embargo del salario del oferente, sino que se ha fijado la cuota con la que debe responder; la medida ejecutiva se ha dejado reservada siempre para el 'evento que el demandante no cumpla con los 'términos indicados', en cuyo caso se ordenaría 'la retención inmediata de dichos valores'. Aquel proveído viola flagrantemente el principio general de derecho que reza: 'para hechos iguales corresponden fallos iguales'..."

4. Hay otra cuestión, también traída a colación por el Ministerio Público, pero que la Corte quiere plantear así:

"Dispone el artículo 36 de la Ley 75/68:

"Si al decretarse la orden de prestar alimentos, los sueldos, pensiones o prestaciones sociales se encontraren ya embargados, la orden se hará efectiva inmediatamente por la diferencia entre la cantidad embargada y el cincuenta por ciento de que

trata el artículo 76 de la Ley 83/46, dejando a salvo en todo caso el privilegio que reconoce el artículo 33 de la presente ley."

"Y, a su turno, el artículo 38 de la misma ley, ordena:

"Si los bienes de la persona obligada o sus ingresos se hallaren embargados por virtud de una acción anterior fundada en alimentos o afectos al cumplimiento de una sentencia de alimentos, el juez de menores, de oficio o a solicitud de parte, al tener conocimiento del hecho en un juicio concurrente, aprehenderá el conocimiento de los distintos procesos para el solo efecto de señalar la cuantía de las varias pensiones alimenticias, tomando en cuenta las condiciones del alimentante y las necesidades de los diferentes alimentarios."

"Pues bien, la juez acusada, ante la insistencia del apoderado del oferente para que rebajara el embargo decretado en la conocida cantidad del 40%, pues con el otro que ya tenía en cuantía del 20%, se sobrepasaba el límite legal, en lugar de acudir a la norma que claramente le era aplicable y que de manera inmediata solucionaba el asunto, le dio aplicación al artículo 38 que diáfanamente alude a una situación bien distinta.

"En efecto, el artículo 36 está referido al evento de que esté de por medio un embargo en cantidad inferior al límite legal del 50%, en cuyo caso, sin necesidad de ningún juicio concurrente, sino *inmediatamente*, se hará efectivo el nuevo embargo por la diferencia entre el anterior y el tope máximo permitido. Se trata también de disposición expresamente referida al caso en que ya se hubiere dictado sentencia y por ello dice: 'Si al decretarse la orden de prestar alimentos...'.

"En cambio el artículo 38 contempla eventos en los cuales el embargo preexistente comprende el límite máximo permitido (50%) y es entonces cuando el juez, de oficio o a solicitud de parte, en un juicio concurrente (el proceso no ha terminado), aprehenderá el conocimiento de ambos procesos, para señalar la cuantía de las varias pensiones alimenticias, teniendo en cuenta las circunstancias que demarca la norma.

"5. Así, pues, concretando, de una juez con vasta experiencia, como que día a día viene ocupándose siempre en los mismos menesteres y durante un buen número de años, no puede predicarse *error o ignorancia*, cuando deja de darle el sentido expedito a unas normas diáfanas, para entrar a aplicar las que no se ocupan del caso; o, cuando sobrepasa los topes legales de disposiciones por ella indudablemente conocidas, para causar así graves perjuicios al oferente; o, cuando desprecia la realidad procesal que señala que el demandante sí cumple con sus obligaciones familiares y que la cantidad que ofrece como cuota alimentaria sí es justa, para arbitrariamente entrar a fijar una cantidad exorbitada para tales efectos; o, finalmente, siendo que su comportamiento siempre ha sido, consultando la razón de ser del proceso, no disponer el embargo del salario del oferente (en el expediente obran fotocopias de 5 pronunciamientos de la doctora Ana María Babilonia de Oliva en tal sentido), sólo en el caso del señor José de la Cruz Ríos ordenarlo, cuando ha debido esperarse –como siempre hacía y continuó haciéndolo– a constatar si el obligado cumplía o no con la cuota establecida, y más cuando se subía que precisamente buscaba él, para no crearse problemas en la Empresa donde laboraba, evitar tal gravamen. Del funcionario que así procede resulta deducible que actúa con dolo y

que debe, en consecuencia, responder penalmente por tan ilícito e injusto comportamiento..."

En síntesis, pues, la juez denunciada estaba advertida de la existencia de otra pretensión judicial alimentaria (su hija Nairobi Ríos de la Hoz, proceso adelantado en su propio despacho), aspecto mencionado en la demanda y que se reiteró en el memorial de pruebas. También contaban otros favorables aspectos, como el de atender el demandado a la obligación de su señora madre y haber dispuesto en favor de los hijos habidos en la relación con Dilia Esther Gutiérrez, otras atenciones de importante consideración económica (suministro de casa, alquiler de una habitación en ésta a un tercero, por valor de $4.000.00, auxilio médico y educativo, vestido, calzado y drogas). A más de esto, el señor José de la Cruz Ríos, pretendió el convenio amigable, que llevara a una determinación equitativa en la pretensión de alimentos, y de allí que voluntariamente aceptara pagar y pagó (hasta donde el silencio y la indecisión de la juez lo permitió) una cierta cuantía que en los últimos tiempos ascendió a $30.000.00. La funcionaria ni quiso averiguar el mayor poder económico de ese demandado, ni llegó a fijar la suma que pretendía ser la adecuada, para que, en caso de renuencia injustificada, operara ya sí la acción severa de la justicia mediante el embargo. La denunciada, que como juez de menores está premunida de amplias facultades, tramitó este proceso con indolencia, con falta de exigible curia en la solución armoniosa del problema y prefirió, con desatención de todas las enunciadas circunstancias, causar agravio inmerecido y rigorizar excedidamente a quien se mostraba inclinado a acatar su intervención. No es ésta la forma como la ley manda que se actúe en estos casos, ni menos la costumbre imperante en esos despachos. Por eso me mostré partidario de su enjuiciamiento, como respuesta exacta a su indebida conducta.

Gustavo Gómez Velásquez.

Fecha, *ut supra*.

* * *

Jurisdicción de familia (Salvamento de voto) / Alimentos (Salvamento de voto)

La decisión judicial sobre fijación de cuota alimentaria debe reconocer ciertos requisitos de acuerdo con la realidad procesal.

Salvamento de voto

Fácil resultaría adherir al salvamento que acaba de suscribir quien fuera original Ponente de este asunto, con mayores razones si en él se incorporan las tesis basilares de nuestra discrepancia. Debo sin embargo, para satisfacer el doble compromiso legal e intelectual que este disentir comporta, sentar con brevedad los fundamentos que son invariable respeto me separan de la decisión tomada:

1. El oferente señor José de la Cruz Ríos advirtió y demostró ante la procesada, que sus ingresos eran fluctuantes, con un salario "garantía" y prestaciones legales y convencionales, asegurando sin contradicción en la audiencia de conciliación que venía suministrando un inmueble propio para la habitación de sus hijos beneficiarios, que personalmente se ocupaba de su vestuario, y que por medio de específicas prestaciones recibidas de su patrono, atendía el estudio especializado del único de los menores que lo requería, lo mismo que los requerimientos médicos de sus descendientes. Además de esos aportes, entregaba una suma en dinero, cantidad que ofrecía incrementar ante la inconformidad de la madre de los alimentarios.

Pese a que el obligado elevó su oferta a $30.000.00, más un 30% sobre primas y vacaciones, la audiencia de conciliación terminó sin acuerdo, gracias a la renuencia de la requirente.

2. La madre de los menores no acreditó una cuantía superior en los gastos que implicaba la manutención de sus hijos comunes, limitándose a solicitar pruebas sobre la solvencia del oferente, y éste por su parte demostró que a su cargo tenía el deber de velar por su progenitora y otra hija, constando que a partir de la audiencia fue puntual en el depósito mensual de la suma de $30.000.00 ofrecida.

3. El Juzgado a cargo de la sindicada jamás fijó cuota provisional de alimentos, como tampoco se demostró que José de la Cruz hubiese percibido las primas o hecho uso de vacaciones para que surgiera el deber de consignar rubros adicionales

En su lugar, prescindiendo de cualquier consideración sobre los importantes aportes que en especie daba el padre de los menores (habitación, salud y vestuario), y sin aludir siquiera a las demás obligaciones alimentarias a su cargo (otra hija y su progenitora), el Juzgado procedió en su fallo a decretar el embargo de los sueldos devengados por el oferente, afirmando que la suma prometida resultaba "irrisoria", al tiempo que se eludía participar a los descendientes lo percibido por prestaciones, motivo por el cual fijó como cuota el 40% del total de los sueldos y prestaciones legales y extralegales, monto que sumado a la cuota anteriormente impuesta a Ríos por el mismo Juzgado en favor de otro menor, sobrepasaba el tope legal autorizado.

La decisión de la funcionario se distanciaba así notoriamente de la realidad procesal:

a) Fijando la cuota alimentaria sin consideración al número total de personas que del solicitante dependían;

b) Desestimando los sustanciales aportes que el padre estaba haciendo en especie al cubrir los requerimientos de habitación, estudio y salud de sus hijos;

c) Decretando el embargo con suposición de un incumplimiento que el proceso no demuestra;

d) Partiendo del no pago de una suma que no había sido claramente concretada, y que la funcionaria se negó a precisar, pese a solicitud expresa y oportuna del apoderado de Ríos, y

e) Variando ostensiblemente y para este caso el criterio que tenía adoptado en la solución de eventos similares, según surge del cotejo de las varias providencias que a este sumario se aportaron con la firma de la doctora Babilonia de Oliva, y que demuestran cómo en otros procesos la funcionaria sí tomaba en cuenta para fijar las cuotas alimentarias otras obligaciones de igual rango a cargo del alimentante, y que pese al incumplimiento aun total y evidente de los obligados, no imponía la retención de sueldos en caso de oferta, hasta tanto se produjera un incumplimiento en el pago de lo judicialmente señalado. Esa disimilitud de trato se hace especialmente notoria en los casos de Ramón Pérez y Henry Castro, donde los obligados hicieron ofrecimientos irrisorios, negaron a los menores participación en prestaciones y hasta quitaron desde la oferta de alimentos "todo derecho" a los beneficiarios, lo que contrasta con el tratamiento dado a José de la Cruz Ríos, quien cumpliendo con la satisfacción de las necesidades básicas de sus hijos, recibió una respuesta desproporcionada y de inusual drasticidad en ese Juzgado.

Excepcionó, entonces, la funcionaria, sin fundamento legal ni probatorio alguno lo que era el cumplimiento de sus obligaciones normativas de guardar buen juicio y prudente discreción en la tasación de alimentos, consultando ciertamente el interés de la prole orientado a subvenirla frente a las ordinarias necesidades domésticas con acomodo a su posición social, pero olvidándose de que el alimentario obligado a satisfacerlas no solamente prestaba por fuera de su sueldo atención a importantes y primarias necesidades de sus hijos, sino que a cargo tenía su familia actual con sus requerimientos y gastos.

Hubo, pues, un desconocimiento de los artículos 419 del C.C., y 76 inciso segundo de la Ley 83 de 1946, para el caso aplicables ("El juez tendrá en cuenta el número de hijos del obligado y el número de personas que de él dependan") desbordando la funcionaria su poder en contra del solicitante, pues pese a demostrar Ríos su voluntad de cumplir con el deber humanitario de pagar lo debido, si lo suministrado no era suficiente, halló más bien en la juez un instrumento dócil a los caprichos vindicativos de la que fuera su pareja.

La parcialidad de la doctora De Oliva resultaba a mi juicio inexcusable y manifiesta, con cuanta mayor razón si no se ocupaba de la solución de un caso difícil o excepcional sino de aquellos propios de la diaria rutina, sin que la modificación que luego hiciera la funcionaria del extralimitado tope de la cuota pudiera interpretarse como una rectificación de involuntario yerro, porque tampoco allí reconsideró la suma frente a los importantes aportes demostrados que continuaba haciendo el padre en favor de sus alimentarios, ni el número total de personas que de él dependían. Teníanse, pues, elementos suficientes para sustentación de un enjuiciamiento en contra de la procesada.

Juan Manuel Torres Fresneda.

* * *

Autor / Cómplice

La complicidad secundaria se bate en retirada bajo la consideración, en especial, "de integrar en la autoría todas las actividades dimanantes de un mutuo acuerdo o plan.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Gustavo Gómez Velásquez.*
Aprobada Acta No. 30 mayo 10/91.
Bogotá, D.E., mayo diez (10) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Vistos

Conoce la Sala del recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 21 de julio de 1989, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto condenó a Piedad Burbano Paz a 37 meses de prisión por el delito de hurto.

Antecedentes

El 12 de noviembre de 1985 Ernesto Parra Solarte (o Mauricio Castillo Aponte), junto con otros individuos, penetró a la joyería "Técnica", de propiedad de Luis Emir Ducuara, ubicada en la calle 17 No. 23 86 de la ciudad de Pasto, Nariño, en las horas del mediodía (cuando la joyería se encontraba cerrada), apoderándose de varias joyas, relojes, dinero y un revólver. Mientras el hecho se realizaba, la amante de Parra Solarte, Piedad Burbano Paz, se colocó aproximadamente a 6 metros del establecimiento, donde Teresa Rosero de González tenía una venta de comestibles, trabando conversación con ella y esforzándose por taparle la visibilidad que la vendedora tenía sobre la joyería.

La policía recogió ese mismo día las informaciones del caso y el 13 subsiguiente capturó a Parra Solarte; luego se constató que la mencionada Piedad Burbano Paz había sido aprehendida y puesta a disposición del Juzgado Tercero de Instrucción Criminal, sindicada de otro delito.

El Juzgado Veinte de Instrucción Criminal de Pasto abrió investigación, indagó a Parra Solarte y Burbano Paz, practicó otras pruebas y dictó auto de detención contra la citada pareja por el delito de hurto. Posteriormente vinculó al sumario como

sindicados a Eduardo Alcibiades González y Albeiro Ortega, y remitió el expediente por competencia al Juzgado Cuarto Penal del Circuito de dicha ciudad, que clausuró la investigación y la calificó por auto de 25 de julio de 1986 con auto de proceder contra los dos primeros como autores de hurto calificado, y sobreseyó en forma definitiva a los otros dos acusados (fls. 457 y ss. 2).

Apelado el enjuiciamiento, el Fiscal Tercero del Tribunal solicitó su confirmación, mas consideró que el proceso era claro en cuanto a que la procesada Piedad Burbano no era autora sino cómplice, petición que no fue acogida por el Tribunal, que ratificó el llamamiento a juicio en su integridad (fls. 511 y ss.).

La causa prosiguió normalmente y, celebrada la audiencia, se dictó sentencia de 15 de noviembre de 1988, mediante la cual y Piedad fueron condenados a 42 y 37 meses de prisión, respectivamente, en calidad de coautores de hurto calificado, a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, al pago de $3.229.000.00 por concepto de perjuicios, y se les negó la condena de ejecución condicional (fls. 809 y ss. del cuaderno No. 3).

Al conocer de la apelación interpuesta contra dicho fallo el Tribunal, enfrentó de nuevo un más fundamentada petición del Fiscal sobre el tema de la complicidad en el comportamiento de la procesada, pero una vez más consideró que era autora y, en tales condiciones, confirmó la providencia.

La sentencia del Tribunal fue recurrida en casación por el Fiscal Tercero y por el defensor de la acusada. Concedido el recurso, la Corte lo declaró admisible y ambos impugnantes presentaron sus demandas. Empero, mediante auto de 26 de junio último la Sala inadmitió el libelo del defensor y, en consecuencia, declaró desierto el recurso, habida cuenta de que no alegó por su patrocinada sino por Parra Solarte, de quien no es apoderado en este proceso, "debiéndose considerar, por tanto, que no presentó demanda respecto de la acusada a quien representa" (fl. 74).

La demanda del Fiscal 3º se declaró ajustada a las prescripciones legales.

La demanda

De conformidad con el numeral 1º, cuerpo 1º del artículo 15 del Decreto 1861 de 1989 (que modificó el 226 del C.P.P.), el actor sostiene que se violó directamente el artículo 24 del Código Penal por falta de aplicación, en lo que se refiere a la conducta desplegada por la procesada Piedad Burbano Paz.

Señala que la atribución de autoría para la procesada "no es acertada, pues la prueba existente indica claramente a la Burbano Paz como cómplice, dado que su actividad es de mera coadyuvancia al autor material del reato, lo que se vislumbra desde el informe de la policía y en las diferentes resoluciones judiciales a través de las cuales se definió la situación jurídica y se llamó a juicio", y agrega:

"Si nos atenemos a lo que refleja la prueba recaudada tenemos que el criterio adoptado por el juez de segunda instancia es errado, pues aquélla señala a la *Burbano Paz* como cómplice, dado que su conducta fue la de 'campanera' o de mera coadyuvancia al autor material del reato. Y es que el trabajo delictual de la acusada

fue la de distraer a las personas que tenían su puesto de venta de frutas al frente de la joyería donde se perpetraba el reato para cuyo efecto previamente había convenido prestarle ayuda al autor material; realidad que en nuestro sentir es de mera coadyuvancia y no de coautoría.

"Esta apreciación encuentra base sólida en que la conducta de la Burbano Paz reúne en sí la presencia de todos los elementos estructurales de la complicidad como son: que su obrar por sí solo no se adecua plenamente al tipo penal, pero su colaboración sí contribuyó armónicamente a la realización del hecho punible, la que previamente había sido acordada con el autor material para la comisión del reato contra el patrimonio económico, lo que significa que había identidad del hecho delictuoso.

"Pensar como lo hace el juez *ad quem*, que en el caso de examen existe coautoría es errada, pues para llegar a esa conclusión se califica el concierto previo entre el auto material y la Burbano Paz como división del trabajo delictual; criterio con el cual se borra del estatuto punitivo la figura de la complicidad, yendo en este campo en contravía de lo establecido por el legislador".

"Pensamos que es de la esencia de la complicidad la división del trabajo delictual entre el autor y el colaborador, mas no por ello esa ayuda consciente y previa se la puede catalogar como coautoría impropia, denominación que es creación académica y no legislativa, lo que contraría la voluntad del legislador, pues va en detrimento de la figura de cómplice, ya que quien de cualquier manera auxilie o colabore con el autor de un ilícito, por la división del trabajo, indefectiblemente será calificado como coautor, lo que no es justo, ni equitativo ni legal, pues académicamente no se puede abolir la complicidad.

"La división de trabajo, pensamos, es predicable de una pareja criminal o de un grupo de sujetos que tiene como objetivo la comisión de varios o de muchos delitos; mas no cuando, como en el *sub lite*, la colaboración es ocasional y singular...".

Señala como normas violadas los artículos 24, 62, 67, 350 y 372 del Código Penal, y solicita que se case el fallo y "se condene a Piedad del Socorro Burbano Paz como cómplice del hecho punible de hurto calificado, a la pena principal de 16 meses de prisión.

La delegada

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, invocando el artículo 571 del Código de Procedimiento Penal de 1971 (que es el que rige este proceso), estima que "no es del caso entrar a ampliar o modificar la tesis expuesta en la demanda".

Se considera

Afirma el demandante que el sentenciador infringió directamente el artículo 24 del Código Penal al dejar de reconocer el grado de complicidad para la conducta de hurto desarrollada por la procesada Piedad Burbano Paz.

Pues bien: desde el auto de detención, y luego en el auto de proceder y en la sentencia se admitió que la actividad desplegada por la procesada Piedad Burbano Paz consistió en servir "de campanera", concretamente distrayendo a una vendedora ambulante que trabaja enfrente y a unos 6 metros de la joyería Técnica, mientras que *Parra Solarte* y otros sujetos realizaban el hurto; nadie ha discutido que a ello se redujo el aporte de la acusada a ese delito contra el patrimonio económico.

Lo que es objeto de reparo del casacionista es que, admitiendo tal cosa, el sentenciador haya concluido en que el comportamiento de la citada dama entraña un acto de autoría, o de "coautoría".

Las consideraciones cardinales que el Tribunal plasmó en el auto de proceder (que se integra con el fallo) son del siguiente tenor:

"Ciertamente se ha dicho que por muy importante que sea la participación del coadyuvante, jamás estará en el nivel del autor material; sin embargo, cuando la realización del hecho delictivo es conjunta, *con división del trabajo*, con un fin concertado, ejecutado por personas con capacidad de autores que asumen el hecho como suyo, o como dice Maurach, con un 'cooperar querido, consciente y con división de trabajo, de varios autores para la consecución de un resultado típico', se estará frente a una *coautoría impropia*.

"*Piedad del Socorro Burbano* sirvió, para utilizar un conocido término, de 'campanera', es decir impidiendo que otras personas pudieran observar lo que sucedía en la joyería "Técnica"; ése era su papel dentro de la gran empresa delictiva: el apoderamiento de los bienes era una realización conjunta, pero con miras a que se cristalizara, era *necesario* distraer la atención de los impertinentes testigos..." (fls. 518 y 519-2. Se destaca).

A esas motivaciones del auto de proceder, el Tribunal agregó en la sentencia estas otras:

"Lo que no se ha estudiado cuidadosamente es la verdadera actividad cumplida en el caso concreto, ni el origen de ese acuerdo y aceptación en la realización del hecho punible como propio, ni la relación subjetiva y objetiva del mismo. La participación no es a título de complicidad, sino de coautoría porque, de principio a fin, se desarrolló meticulosamente cada una de las etapas del proceso del *iter criminis*, desde la ideación hasta la consumación, con un *adecuado* y preconcebido reparto proporcional de trabajo, en cuya ejecución se tomaron todas las previsiones. No se trata de una *participación propia* de quien asume la condición del autor, del comprometido en toda la empresa delictiva. Una participación que no alcanza a diferenciarse de la autoría y sí de la complicidad. La complicidad, como lo ha previsto el legislador, se encarna en la contribución, en la realización del hecho punible o en la ayuda posterior 'cumpliendo promesa anterior'. Es sin duda un grado menor al de la autoría, un escaño menos en el desarrollo del proceso delictivo" (fls. 853 y 854 3).

Indicado lo anterior, fácilmente se aprecia que mientras el Tribunal considera "adecuado o eficaz" el comportamiento de Piedad Burbano respecto de sus otros compañeros de acción delictuosa, la impugnación tiende a negar esta característica

en su conducta, advirtiéndose que no tenía capacidad decisoria sobre los hechos, pues sólo es autor el que puede reclamar este dominio, lo cual emparenta la tesis con la de quienes tratando de resolver el mismo problema (autores y cómplices) paran mientes en la eficiencia de la causa que promueve cada uno de los que acordaron la realización del delito.

Estimándose como dueños de la acción los que vencían las seguridades de la joyería, los únicos que podían resolver si mantenían el comportamiento, lo variaban, continuaban hasta su final, o cesaban en el mismo, aparece como obvio que la participación de Piedad Burbano se tome como secundaria, ya que así ella no actuara en la forma convenida para su propia tarea, el asalto bien podía consumarse.

Como bien se observa, la apreciación más que centrarse sobre los perfiles singulares de la acción ideada, que es la piedra de toque de las teorías, se inclina por un raciocinio abstracto y sólo atiende a la noción general e indiferenciada de lo que constituye el obrar de un "campanero", campo en el cual la doctrina suele asignarle a este vigilante u observador un papel secundario, irrelevante y de suyo muy prescindible. Con este modo de pensar, que opera sobre un hipotetizado lugar común, se pretende evitar que toda colaboración pase a constituirse en coautoría, borrándose la creación legal de la complicidad secundaria, pero se deja de lado, en este argumento aquiles, que con ello sólo se tomarían como autores a los realizadores directos de la acción típica, con la cual podrían escapar de este encuadramiento, para refugiarse en la benigna categoría de los cómplices innecesarios, verdaderos autores, a quienes los partidarios de la teoría del dominio de la acción ni imaginan por fuera de este nivel de responsabilidad.

Esta tesis, con todo y sus reconocidas bondades, no resuelve completa y satisfactoriamente los problemas que trata de enfrentar. Basta anotar que, con tal modo de pensar, según algunas voces críticas, sólo se está destacando lo que podría llamarse el "caudillaje de la acción, que no equivale a la autoría"; que resulta muy fácil demostrar cómo algunos de los ejecutores directos de la acción típica pueden abandonar su cometido sin que la acción cese o se inhiba; y, además, que la realidad demuestra cómo se prefiere la deserción de uno de los ejecutores directos al abandono que puede darse por un "campanero" de especiales características.

No debe olvidarse, entonces, que en tema tan arduo las doctrinas abundan y cada una selecciona el aspecto de mayor importancia para su concepción jurídica, pero sin lograr, no obstante la perfección de sus planteamientos, concitar el respaldo unánime. Constituyen, pues, valiosos medios de valuación y orientación y, en definitiva, una significativa aproximación al tema. Pero lo más decisivo, luego de conocer estos puntos salientes de la doctrina, se centra en el análisis de las modalidades y características *de los hechos, pues un comportamiento que, conforme a reflexiones generales, puede aparecer como propio a una complicidad secundaria o accesoria, se transforma, por obra de la realidad y de singulares condicionamientos, en principal o esencial.*

De una vez debe comentarse que, comúnmente, el término "campanero", cuando su radio de acción se da en sectores alejados de los autores y se realiza por varios, la llamada buena doctrina lo traduce como actividad de segundo orden; pero, cuando es uno el autor y uno el que vigila, la mencionada tendencia empieza a empañarse y se

muestra incierta, lo cual gana más terreno cuando se advierte que esa labor de control de terceros (particulares u oficiales) tiene una proximidad de inmediatez con los autores directos y culmina cuando se agrega otro aspecto que para la mayoría de la Sala se muestra como de crucial importancia, vale decir, cuando se destaca que quien realizó la labor de "campanero" controlaba propiamente la aparición del sorprendimiento en flagrancia. En otras palabras, que de no ejercerse ese concluyente control (que no tiene por qué mirarse como absoluto ya que en este campo la eficacia debe ser relativa o adecuada) sobre la persona (Teresa Rosero) que realizaba obligada u oportuna observación del local asaltado, ésta hubiera alertado sobre los hechos, fracasando la empresa delictiva. Es más, en esta división de trabajo delictivo, se llega a estimar tan definitiva la intervención de quien actúa como "campanero" que, de no darse por descontada su exitosa intervención, lo lógico y sensato es pausar el hecho. ¿Qué podría pensarse, en este terreno de la complicidad, de un "campanero" a quien se le determina como obrar el eliminar al celador, o al agente de policía que por el contorno ronda, o al tercero que puede realizar una idéntica observación y alertar sobre los hechos? ¿Se le podrá estimar, con base en el significado usual que se asigna al término "campanero", como cómplice secundario? Mutatis mutandis, Piedad Burbano, por la forma como se comportó en relación con Teresa Rosero, y la situación privilegiada en el descubrimiento de los hechos, ejerció un papel decisivo, esencial y de magnitud muy afín con los ejemplos mencionados.

De ahí, lo acertado de la valoración consignada por el Tribunal, de la cual, obviamente, se puede disentir pero sin llegar a reclamar en ello la corrección de un insoportable yerro o de una craza equivocación. Por el contrario, efectuó un análisis serio de la doctrina y sopesó meritoriamente la realidad. De ahí la bondad y justicia del fallo emitido.

El cargo se rechaza.

La Sala estima conveniente concluir con esta serie de glosas:

a) Las legislaciones que dan preferente acogida a la teoría del dominio de la acción (para otras, por diferente camino pero confluyendo al mismo objetivo, la causa eficiente o la conditio sine qua non, *etc.) suelen destacar esta vocación con términos que lo dan a entender (v.gr. cooperar a la ejecución del hecho con un acto sin el cual no se hubiera efectuado). Pero quien lea nuestros artículos 23: autor: el que realice el hecho punible o determine a otro a realizarlo; y 24: cómplice: el que contribuya a la realización del hecho punible o preste ayuda posterior, cumpliendo promesa anterior, no podrá encontrar esa connotación, pues el articulado se muestra más favorable a incluir un mayor número de partícipes, en calidad de autores, que los que usualmente sus intérpretes piensan o imaginan;*

b) La tesis restrictiva de la autoría (sólo son tales los que ejecuten directamente la acción típica mandada por la ley), nunca ha encontrado respaldo en nuestra doctrina y jurisprudencia nacionales. Por el contrario impera la extensiva, la que no pretende, como su nombre bien lo indica, disminuir el número de autores, sino ampliarlo. Esto da margen a pensar, entonces, que una interpretación como la que este fallo destaca debe encontrar más acogida que la contraria de ampliar la órbita de los cómplices secundarios con desmedro de la de autores;

c) Con esta tendencia nuestro Estatuto se adscribe a la corriente legislativa y hermenéutica que trata de imperar en el mundo actual del derecho penal: la complicidad secundaria se bate en retirada bajo la consideración, en especial, "de integrar en la autoría todas las actividades dimanantes de un mutuo acuerdo o plan, que genera... una responsabilidad in solidum *de todos los partícipes, cualquiera que fuese el acto de la intervención".*

Esto es suficiente para que la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA el fallo impugnado, señalado en su naturaleza, origen y fecha.

Expídanse las copias pertinentes para que la entidad competente tome determinación sobre el comportamiento del doctor Alfredo Hidalgo Rivera, quien debiendo actuar a nombre de Piedad Burbano Paz, en el recurso de casación, lo hizo fue a nombre del procesado Parra Solarte.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Dídimo Páez Velandia (salvo el voto), *Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz* (salvo el voto), *Gustavo Gómez Velásquez, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.* (salvo mi voto).

Rafael Cortés Garnica
Secretario

* * *

Autor (Salvamento de voto) / Cómplice (Salvamento de voto)

El cooperador principal debe tener "dominio" del hecho, pudiendo interrumpirlo o desistir de su consumación, mientras que el cooperador secundario o accesorio, no tiene capacidad decisoria.

Salvamento de voto

Respetuosamente nos apartamos de las conclusiones de la mayoría de la Sala, con base en las siguientes consideraciones:

Afirma el demandante que el sentenciador infringió directamente el artículo 24 del Código Penal al dejar de reconocer el grado de complicidad para la conducta de hurto desarrollada por la procesada Piedad Burbano Paz.

Pues bien: desde el auto de detención, y luego en el auto de proceder y en la sentencia se admitió que la actividad desplegada por la procedada Piedad Burbano Paz consistió en distraer a una vendedora ambulante que trabajaba frente a unos seis (6) metros de la Joyería Técnica, mientras que Parra Solarte y otros sujetos realizaban el hurto: nadie ha discutido que a ello se redujo el aporte de la acusada a ese delito contra el patrimonio económico.

Lo que es objeto de reparo por el casacionista es que, admitiendo tal cosa, el sentenciador haya concluido en que el comportamiento de la citada dama entrañe un acto de autoría, o de "coautoría".

El artículo 24 del Código Penal, dice:

"Cómplices. El que contribuye a la realización del hecho punible o preste una ayuda posterior, cumpliendo promesa anterior al mismo, incurrirá en la pena correspondiente a la infracción, disminuida de una tercera parte a la mitad".

Los cooperadores en la producción del hecho pueden ser "principales" o "esenciales" (coautores) y "secundarios" o "accesorios" (cómplices), según sea el aporte que unos y otros hayan suministrado al acontecimiento punible.

El cooperador principal es el que "realiza" el hecho, y por ello es autor del mismo (art. 23 C.P.). Para predicar de él dicha calidad, debe tener "dominio" del hecho, entendiéndose este señorío en el sentido de la capacidad para controlar y

dirigir el decurso causal del acontecimiento, pudiendo entonces interrumpirlo, o desistir de su consumación. De allí que su comportamiento ha de ser *eficaz o adecuado* respecto del resultado típico.

En cambio, el cooperador no principal (secundario o accesorio) es el que participa en hecho ajeno, porque carece de "dominio" sobre el mismo debido a que él *no tiene capacidad decisoria*.

"El fin concertado", a que acude el Tribunal, es común a todos los cooperadores en el hecho, así se exhiba con diferentes grados y matices, tanto en el tiempo como en el espacio. Si no existe conocimiento y voluntad, no se podrá imputar ni autoría ni complicidad, porque el agente no ha realizado el hecho ni tampoco ha contribuido al mismo.

Tanto la doctrina nacional como la foránea, hablan de coautoría "propia" e "impropia". En la primera, que no presenta mayores dificultades, cada uno de los coautores ejecuta simultáneamente y en igualdad de condiciones la acción típica acordada por ellos (todos acuchillan a la víctima y le causan la muerte por todos querida), de tal modo que cada coautor seguirá siendo autor aunque hipotéticamente se suprimieran las acciones de los otros. En la coautoría "impropia", en cambio, se presenta una "división de trabajo" o de "funciones", en virtud de la cual no todos los coautores realizan actos ejecutivos o consumativos, toda vez que algunos participan con actos que si se consideran aisladamente no se adecuarían al tipo penal (sostener a la víctima mientras es acuchillada por otro), pero que forzosamente tienen que ser actos "esenciales", que sean "imprescindibles" para la producción del "hecho típico común", razón por la cual de todos ellos puede afirmarse que tenían "dominio del hecho", porque estaban en condiciones de suspenderlo, interrumpirlo. Si no se exigiera que la participación objetiva fuera "esencial", sería prácticamente imposible distinguir la cooperación "principal" (coautoría) de la "accesoria" (complicidad), teniéndose entonces que acudir para ello a criterios subjetivos (si se quería el hecho como "propio" o como "ajeno"), que no son necesarios para determinar la coautoría, puesto que para ello basta con la tesis del "dominio del hecho", como se ha dejado expuesto, que resulta mucho más justa por su carácter eminente objetivo.

Sentadas esas bases salta a la vista que la aquí procesada Piedad Burbano Paz no fue coautora "impropia" del hurto, como lo dedujo equivocadamente el sentenciador: el servir simplemente para distraer la atención de una vendedora que se hallaba cerca de la joyería (que no tenía la calidad de celadora o vigilante de dicho establecimiento comercial), no era una cooperación "esencial", "imprescindible", que no le permitía por tanto tener "dominio del hecho". No estaba la procesada en capacidad de dirigir ni controlar el delito que estaban realizando Parra Solarte y sus compañeros de delincuencia. Su participación en el delito ajeno no era necesaria para su realización, sino apenas conveniente, pues aún prescindiendo de su ayuda el hecho punible de todas maneras hubiera podido cometerse. Y si se admitiera que *toda* cooperación en la producción del hecho es "coautoría impropia", ciertamente se acabaría con la figura de la complicidad, como lo sostuvo el Fiscal recurrente al conceptuar para la apelación de la sentencia:

"Basamos nuestro pensamiento en que el concepto de coautoría impropia a la que hace referencia que en anterior oportunidad transcribimos (fl. 506) y en el fallo

del honorable Tribunal Superior antes precisado (fls. 519), tema atinente a la realización conjunta y con división de trabajo de un mismo hecho punible, *debe ser manejado con cuidado, pues de lo contrario se llegaría al extremo de borrar la figura o fenómeno jurídico de la complicidad en el Código Penal*" (Se destaca).

Si el Tribunal, en una interpretación correcta, hubiera considerado que el ya precisado comportamiento de la acusada no fue "adecuado" o "esencial" respecto del delito de hurto, es evidente que no habría predicado de ella "coautoría impropia", sino mera complicidad, con la degradación de punibilidad que esta última atribución comporta.

El yerro del fallador recayó, entonces, sobre los artículos 23 y 24 del Código Penal, al entender que Piedad Burbano Paz había "realizado" el hurto, cuando el proceso señala que apenas "contribuyó" al mismo, pero no de una manera esencial o determinante.

Tal ha sido la violación directa de esas normas sustanciales, de donde se sigue que el cargo ha debido prosperar y la sentencia merecía ser casada parcialmente, a objeto de condenar a la predicha procesada como cómplice del delito de hurto de que da cuenta el proceso y el fallo impugnado, con la consiguiente rebaja de pena.

Estas son, en síntesis, las razones de nuestro respetuoso disentimiento.

Guillermo Duque Ruiz, Magistrado; *Dídimo Páez Velandia*, Magistrado.

* * *

Coparticipación (Salvamento de voto)

Si se auxilia un hecho ajeno sometiendo su voluntad a la de otros, sin desarrollar parte esencial de la operación criminal, se actúa a título de partícipe.

Salvamento de voto

1. Para la mayoría de la Sala Penal de la Corte, Piedad Burbano Paz es coejecutora del hecho. No comparto, ni en la imaginación, la dicha postura por las siguientes *"ratio"*:

a) Según el conocimiento histórico de las piezas del proceso débese advertir que la misión de la mujer se circunscribió a distraer a las personas que tenían su puesto de venta de frutas al frente de la joyería asaltada, quehacer previamente acordado con el autor material del ilícito, sin tener injerencia ninguna en la propia planificación del hecho que dirigieron y produjeron otros. En momento alguno fue ella, la figura central del acontecimiento, actuando siempre en un segundo plano de actuación. No dirigió la operación criminal, ni trazó estrategias a seguir, ni gobernó con poder absoluto e incondicional la acción de otros, ni su aportación, finalmente, puede considerarse tanto o más relevante que la seguida por los restantes miembros de la organización criminal;

b) Reitérese, pues, que su labor, fue de plena subordinación y acatamiento al plan acordado. Colaboró sí en la comisión del delito pero con una actividad meramente complementaria o auxiliadora, en momento alguno determinante para alcanzar los objetivos perseguidos por los coautores. Quiso auxiliar un hecho ajeno sometiendo su voluntad a la de otros, sin desarrollar parte esencial de la operación criminal, facilitando desde su concreta perspectiva de vigilante, la realización del mismo. Nada más. Ni siquiera su colaboración excedió el papel convenido. Careciendo, pues, de todo dominio o control en la dirección del suceso típico, fuerza es pregonar que la acusada actuó en la comisión del injusto a título de partícipe.

c) Bajo otra variación de sentido debe decirse que la dama no tomó parte directa en la ejecución de la conducta, esto es, no realizó todos o algunos de los actos ejecutivos propios del delito que se trata. Ni siquiera puede atribuírsele un trozo de la acción ejecutiva (criterio objetivo-formal).

d) Así mismo, habremos de advertir, sin dificultad, que jamás tuvo señorío sobre el hecho o la producción del resultado (Welzel) ni sobre la dirección final de la

causalidad en el mundo exterior (Niese), ni determinó en los codelincuentes el "sí" y el "cómo" del hecho a cometer (Weber) ni tampoco tuvo en sus manos, dolosamente, el desarrollo típico del acontecimiento o las riendas del acontecer punible (Maurach).

e) Consideradas las cosas a este viso, débese convenir que la participación de la Burbano Paz en el delito por el cual se le condenó se rige –como lo enseña la buena doctrina en supuestos similares– por el principio de accesoriedad al cooperar en el delito doloso de otros con actos de mera coadyuvancia o con comportamientos secundarios al hecho del autor. Véase, en el decurso del recorrido criminal, y ya es bastante, que no tuvo voluntad de autor sino voluntad de cómplice. Este y no otro es el verdadero alcance de las probanzas cursantes en el informativo. Participación es siempre intervención en un hecho ajeno que pertenece al autor y en manera alguna al partícipe. No se olvide que *stricto sensu*, la participación se contrapone a la autoría *(Mir Puig)*.

2. He aquí, sin apurar la materia, mi personal visión sobre la problemática del tema sometido a examen de la Corte. Acaso sea ésta la expresión más exacta de mi punto de vista sobre el análisis de los tipos de autoría y tipos de participación. Lo digo con énfasis porque soy espectador de mi propia persona y de mi convencimiento. Otros no lo entienden así. Respeto sus alcances. Ensayando resistencias que fueron derrotadas en el debate oral de la Sala, salvo mi voto en este asunto. En mi sentir la causal de casación alegada ha debido prosperar.

Con todo respeto,

Jorge Enrique Valencia M.

Fecha, *ut supra*.

* * *

NULIDAD / TÉRMINO

Siempre se ha dicho que no procede la nulidad por la nulidad, que no puede sacrificarse el derecho a la forma o al medio de ejecución, incluyendo en esa apreciación el respeto a los términos.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Gustavo Gómez Velásquez.*
Aprobada Acta número 30 de 10 de mayo de 1991.
Bogotá, D.E., mayo diez (10) de mil novecientos noventa y uno .

VISTOS

Se conoce el recurso de casación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil (noviembre 24 de 1989), en la cual, por los delitos de homicidio en Manuel J. Motta y Alberto Gutiérrez, se impuso a Tiberio Gómez Rodríguez, como autor, veinticinco (25) años de prisión, y a Rosa Olarte Gómez, como cómplice, doce años de prisión, amén de las accesorias de rigor.

La impugnación fue admitida en auto de primero de febrero de 1990, y la demanda se aceptó en proveído de veinticinco de abril del mismo año.

HECHOS Y PROCESAMIENTO

El Procurador Primero Delegado en lo Penal, anota de los primeros: "El 25 de septiembre de 1987, de diez y media a once de la mañana aproximadamente, en el ramal de entrada a la población de Curití, varias personas vieron un Renault 12 blanco de placas IB-7645, en cuyo interior se encontraban los cuerpos de dos hombres eliminados a bala. Enteradas las autoridades policivas acudieron al lugar en asocio del Juez Promiscuo Municipal del lugar, procediendo de inmediato a efectuar la diligencia de levantamiento de los cadáveres, que de acuerdo con los documentos que portaban, lograron establecer que se trataba del abogado Manuel José Motta Motta y del médico Alberto Gutiérrez Pulido, quienes presentaban heridas producidas con arma de fuego (pistola nueve milímetros).

"Iniciada la investigación preliminar por el Juez Cuarto de Instrucción Criminal en asocio de la Policía Judicial, se logró establecer que a la hora en que ocurrieron los hechos, también fue visto un Reanult 4 que adelantaba al vehículo en el que viajaban las víctimas y que luego había regresado a gran velocidad rumbo a San Gil. En el Centro Renault de esta ciudad fue hallado un vehículo de idénticas características al observado en el lugar de los hechos, comprobándose que había sido llevado allí por Roso Olarte Gómez, quien al ser interrogado acerca de su procedencia, manifestó haberlo recibido de manos de Tiberio Gómez Rodríguez, para que lo guardara, quien además le había dicho que acababa de matar a dos en el namal de Curití, advirtiéndole que si no se callaba lo mataba".

Del segundo aspecto, señala:

"El Juez Cuarto de Instrucción Criminal mediante auto de octubre 7 de 1987 ordenó la apertura de la correspondiente investigación, vinculó al proceso mediante indagatoria a Roso Olarte Gómez y le decretó la detención preventiva en auto de octubre 14 del mismo año.

"Posteriormente, se vinculó al proceso a Tiberio Gómez Rodríguez, a quien previo emplazamiento se declaró persona ausente en proveído de noviembre 6 de 1987.

"El Tribunal Superior de San Gil en noviembre 23 de 1987, se inhibe para conocer del recurso de apelación interpuesto en forma extemporánea, contra el auto detentivo que dispuso la ex carcelación de Roso Olarte.

"En febrero 11 de 1988 se declara cerrada la investigación y el 25 de mayo del mismo año el Juez Instructor califica el mérito del sumario, con resolución de acusación en contra de Tiberio Gómez Rodríguez y Roso Olarte Gómez, como autor y cómplice del delito de homicidio agravado, en su orden.

"Tramitado el juicio en legal forma y luego de celebrada la audiencia pública, advino la sentencia de junio 12 de 1989, donde el Juez Primero Superior de San Gil, acogió el veredicto del jurado que dio un sí de responsabilidad. No obstante, uno de los jurados agregó a los cuestionarios tercero y cuarto la palabra 'sí en encubrimiento', que se dio por no escrita de acuerdo con lo normado en el artículo 531 del C. de P.P. En consecuencia se condenó a Tiberio Gómez Rodríguez y a Roso Olarte Gómez a las penas de veinticinco (25) y doce (12) años de prisión en su orden, el primero como autor material y el segundo como cómplice en la perpetración de los delitos de homicidio. Igualmente se profirió condena en abstracto por los daños y perjuicios derivados de la comisión de los hechos punibles.

"Apelado el fallo anterior por el representante de la parte civil, el Tribunal Superior de San Gil en sentencia de noviembre 24 de 1989, le impartió su confirmación, excepto en lo relacionado con la condena de daños y perjuicios que fue revocada, para en su lugar, condenar en concreto.

La demanda

Para el censor, la sentencia se ha dictado en un juicio viciado de nulidad por estos motivos:

a) "Falla en la estructura básica del proceso por inobservancia del mandato legal que señala el término de la instrucción sumaria"; y

b) "Falla en la estructura básica del proceso por deficiente formulación de los cuestionarios sometidos a la consideración del jurado de conciencia".

Del tema A, se alega, luego de citar el artículo 26 de la C.N., que habiéndose abierto la investigación el 7 de octubre de 1987, ésta vino a cerrarse el 11 de febrero de 1988, cuando debió ocurrir el 7 de noviembre de 1987. "Eso traduce entonces la evidente desprotección del derecho a la defensa respecto de los procesados... Los sindicados de tales ilícitos, por su parte, tenían derecho a saber, al culminar el término señalado por la ley (artículos 354 y 473 C de P.P.), como apto para que dentro de él se cumpliera la investigación, cuál era su suerte frente al proceso con miras a poner en actividad su defensa. No ocurrido eso en el término indicado legalmente, su derecho de defensa fue totalmente conculcado".

Y en relación al aparte B, se comenta:

La resolución acusatoria señala que "Tiberio Gómez debía responder como autor material de los homicidios cumplidos en las personas de los doctores Motta y Gutiérrez Pulido en concurso de hechos punibles, los cuales se cumplieron aprovechándose de la indefensión o inferioridad de las víctimas y con la complicidad de otra persona (Roso Olarte).

"Y Roso Olarte debía responder como cómplice de los hechos punibles realizados por Gómez.

"De suerte que al Jurado de Conciencia que debía fallar esta causa criminal, se le debían someter los cuestionarios pertinentes inquiriendo por la responsabilidad que le cupiera a uno y otro de los procesados frente a los delitos dichos, con la indicación de las circunstancias objetivas de lugar, tiempo y modo en que ellos se cumplieron.

"Circunstancias éstas que, como se vio, fueron objeto de especial presentación en la resolución de acusación

"Esta exigencia se contiene en el texto del artículo 529 del C. de P.P. que se hallaba en plena vigencia para la fecha en que la audiencia pública se cumplió (23 a 25 de mayo de 1989)".

Los cuestionarios no se integraron con el señalamiento de las correspondientes agravantes, pues a este respecto estas piezas procesales apenas determinan, en la cuestión primera: "según hechos acaecidos el veinticinco de septiembre de mil novecientos ochenta y siete, en jurisdicción del Municipio de Curití, en el ramal que de la carretera central conduce a esa población": en la segunda: "según hechos que tuvieron ocurrencia en las mismas circunstancias señaladas en la cuestión primera"; en la tercera: "hecho ejecutado con el propósito de prestar una ayuda posterior, según ocurrencia que tuvo lugar en las mismas circunstancias señaladas en la cuestión primera"; y en la cuarta, se reproduce la fórmula empleada en la cuestión anterior.

De ahí que el casacionista apunte que "ocurrió, simple y llanamente, que los cuestionarios no tradujeron fielmente la resolución acusatoria, que es la demanda

que presenta el Estado al procesado para que se defienda de los cargos que se le hacen en ella.

"En la acusación hecha aquí se estimó que los homicidios objeto de la investigación tenían la calidad de agravados y caían bajo el imperio de la norma penal contenida en el artículo 324 del Código Penal. Pero en los cuestionarios se indagó –habida cuenta de su redacción– por la responsabilidad de los procesados frente a homicidios simples.

"Y al contestar esos cuestionarios el *juri* en forma unánimemente afirmativa, condenaron a los procesados por homicidios simples.

"Pero al proferirse la sentencia respectiva, se condenó a esos mismos procesados a las penas de prisión agravadas que contempla el artículo 324 en cita, agregándose a ellas la agravante del artículo 66 *ibidem* por haber tenido operancia la circunstancia contemplada en el ordinal 7º de tal norma.

"Es decir, que resulta evidente un desquiciamiento entre el llamamiento a juicio contenido en la resolución acusatoria, los cuestionarios presentados al *juri* para que se pronunciara sobre la responsabilidad de los reos, allí señalados, el veredicto dado por éste y el fallo del juez de derecho, el cual fue objeto de confirmación por parte del *ad quem*.

"Porque conviene repetirlo y recapitularlo:

"A los procesados Gómez y Olarte se les llamó a juicio por los homicidios agravados cumplidos en las personas de los doctores Motta Motta y Gutiérrez Pulido, señalándose al primero como autor material de tales delitos y al segundo como cómplice en ellos, y el agravamiento de los homicidios se estimó operante por haberse ellos cumplido aprovechándose la situación de indefensión e inferioridad de las víctimas.

"Al jurado de conciencia se le inquirió sobre la responsabilidad de los procesados en esos homicidios, pero nada se le preguntó con respecto a las circunstancias que los hacían más graves.

"Al contestar el jurado los cuestionarios así sometidos a su consideración en forma totalmente afirmativa, se pronunciaron por la responsabilidad de los procesados frente a homicidios simples. No agravados. Porque acerca de la circunstancia de agravación nada se le preguntó por parte del juez de derecho.

"Pero éste, al acoger el fallo de los jueces de hecho, no aplicó a los procesados la pena señalada por la ley para el homicidio simple. Les aplicó la contemplada para el homicidio agravado.

"Lo que demuestra la desvertebración del proceso en materia grave, y la incidencia de tal ocurrencia en el fallo atacado por medio de la presente demanda.

"Es importante establecer cómo el juez de derecho estaba obligado a someter a la consideración del jurado la responsabilidad que cupiera a los procesados en el hecho criminoso, con indicación de las circunstancias objetivas de lugar, tiempo y modo, como señalaba el artículo 529 del C. de P.P., vigente para la época en que se cumplió la audiencia

pública dentro del presente proceso, pero hoy derogado por el Decreto-ley 1861 de 1989 (agosto 18) artículo 37.

"En el caso a estudio, el juez de derecho produjo los cuestionarios pertinentes que versaron sobre la responsabilidad que a los procesados cupiera frente a los hechos materia de la causa y se indicó en ellos las circunstancias de lugar y tiempo. Y que los cuestionarios segundo, tercero y cuarto al ocuparse de ellas dijeron que eran las mismas señaladas en la cuestión primera". De donde se tiene que quedó por fuera en todos los cuatro cuestionarios la circunstancia relativa al modo como los hechos criminosos se llevaron a cabo, acerca de la cual era importante consultar al *juri* y por lo cual lo demandaba la ley.

"Ante lo ocurrido en este proceso, es evidente que el juez de derecho no podía dictar sentencia. Pues si se atenía, para hacerlo, al veredicto dado a los cuestionarios incompletos, desconocía el alcance del llamamiento a juicio y violaba la integridad del proceso. Y si aplicaba las normas legales a las cuales había aludido la resolución acusatoria pasando así sobre ese veredicto que al ser producido no las contempló pues a sus autores no se les preguntó nada al respecto, también atentaba contra su integridad".

Respuesta de la delegada y de la Sala

La rotundidad, en cuestiones procedimentales, no suele ser la regla general, como tampoco le basta a esta rama del derecho penal las concepciones cerradamente abstractas, absolutamente teóricas o definitivamente supuestas. La ley de procedimiento fija unos derroteros de sensata ordenación en el descubrimiento de los delitos y en el juzgamiento de sus autores, pero sin que se pretenda que la regularidad se mantenga inalterable y no existan circunstancias que expliquen, excusen o justifiquen un apartamiento del esquema ideal de averiguación y procesamiento previstos por el legislador. Esta racional evaluación, en cada caso, permitirá la efectividad de una administración de justicia que a la vez que garantiza los fundamentales derechos del procesado y de los perjudicados con su conducta, también proteja idóneamente los altos intereses de la sociedad. Por eso, el debido proceso permite advertir su existencia prevaleciente, aun en el caso de abundantes y hasta significativas irregularidades, pero que no alcancen a socavar los requisitos básicos o indispensables del procedimiento. De igual modo, el aspecto del derecho de defensa, cuando éste tuvo oportunidad de expresarse a plenitud y con atendibles factores de idoneidad, permanece indemne así ciertas actitudes de los funcionarios o de las personas intervinientes en el debate judicial-penal, merezcan justos reproches y hasta merecidas sanciones.

Tiene que aceptarse, entonces, que no obstante estar escrupulosamente determinado lo que debe hacerse en una investigación, quién debe cumplirla, cómo debe realizarla, en qué tiempo debe ejecutarse, etc., sin embargo, el desconocimiento de previsiones tales puede llegar al terreno de la simple y mortificante irregularidad, pero no al extremo de la sanción anulatoria de todo lo actuado o de parte importante del proceso. Mutatis mutandis *debe decirse, en forma específica, de los términos de instrucción y de los que rigen la marcha del expediente, en la emisión de las resoluciones de trámite o de fondo. Pueden darse aspectos que vulneren, con su ignorancia, desconocimiento o burla, el debido proceso y el derecho de defensa, pero puede acontecer que, a pesar de darse esta irrebatible realidad, la cuestión no trascienda hasta la esfera del remedio heroico y final de la anulación total o parcial.*

Es verdad, en el evento sub judice, *que el término de instrucción sobrepasó con creces el que manda la ley como ordinario y normal. Su incumplimiento no produce, totalmente, la decadencia de todo lo actuado o de parte de lo realizado. Mientras no se demuestre una turbia intención en el instructor, para actuar de este modo, mientras no se advierta que tal obrar privó a la defensa, a la parte civil o al ministerio público, de la posibilidad de intervenir aportando pruebas, controlando diligencias, rebatiendo elementos de convicción, presentando alegaciones pertinentes, conociendo oportuna y adecuadamente lo practicado y, en fin, introduciendo los recursos de ley, no es dable invocar el desconocimiento de un término, de una fórmula de carácter procedimental, para pedir la declaratoria de nulidad. Si se asumiera criterio diferente, la conclusión lógica pero cerradamente dañina y contraria a los fines de la justicia, sería la inexistencia de los procesos, pues éstos no dejan de ofrecer, unos más otros menos, desobediencia en cuanto a los términos, debido o a la carencia de medios adecuados para cumplir religiosamente con los mismos, o por la ola gigantesca de delincuencia que desde buen tiempo atrás amenaza casi que con disolver las instituciones nacionales, o por la propia intervención de los llamados a participar en el debate, o por las complejidades de los casos, etc. Quedaría la obra de la justicia no tanto en manos de las rígidas previsiones legales como si dependiendo de factores de la más variada índole, procedencia e intención. Se estaría sacrificando los fines perseguidos por el procedimiento, considerado en integridad, a las fórmulas ideadas para objetivos más cuerdos y plausibles. Siempre se ha dicho que no procede la nulidad por la nulidad, que no puede extremarse la obediencia ciega y etérea del precepto, ni sacrificar el derecho a la forma o al medio de ejecución. Dentro de esta apreciación, a las claras, se incluye el fantasmagórico respeto de los términos.*

Pero es más, el planteamiento del recurrente llevaría al absurdo vale decir, que una vez incumplido un término, así este desconocimiento no haya inferido perjuicio a nadie y haya permitido, por el contrario, la satisfacción de los derechos procesales fundamentales o de esencia, tendría que pararse allí todo conato de averiguación y juzgamiento y dar por terminado en vista de la traición a los términos, todo amago de prosecución. En efecto, si ahora se tomara la determinación que propugna la impugnación, no podría retrotraerse la actuación, porque lo que sirvió para dar al traste con ella (incumplimiento de términos) seguiría pesando abstractamente sobre el diligenciamiento. Lo que no pudo tener validez como prueba practicada por fuera del término, ya no es posible subsanarlo ya que solo se dieron treinta días para esta clase de realizaciones, pasados los cuales debió conocerse (y no se conoció) si podía enjuiciarse, o debía reabrirse la investigación, o se terminaba con la acción penal. Aguzando la observación del censor, tendría que concluirse qué tan sustancialmente viciado fue lo que se hizo en ese entonces, al cumplirse tardíamente la instrucción (unos tres meses de exceso), como lo que ahora podría hacerse a ese respecto, en cuanto a comprobaciones o emisiones de piezas de fondo. Todo estaría, ayer y hoy, por fuera de los términos cuasisacramentales que se quieren imponer.

En el caso estudiado, la defensa siempre estuvo presente (ni se la estorbó, ni se la canceló, ni inexistió por renuncia o remuencia a actuar), estuvo en constante ocasión de pedir pruebas y de intervenir en la práctica de las realizadas, como también contó con claras e intangibles posibilidades de reclamar incluso contra el término sobrepasado, y de presentar alegaciones de fondo cuando a ello, con cierto retardo, se llegó, y fue totalmente plena en sus cometidos durante toda la etapa de la causa, aspectos todos que demuestran la ninguna afección de este requisito básico del procesamiento penal, daño que, de concretarse

y resultar inatacable, daría lugar a la solicitada declaratoria de anulación, mediante la prosperidad de este extraordinario recurso de casación.

La censura no procede.

Y en cuanto a la segunda de ellas, bien lo advierte la delegada que su argumentación, en este sentido, sería atendible, al menos para iniciar una controversia fundada, "dentro del sistema de jurados de conciencia anterior al Decreto 050 de 1987, en donde era el juez de hecho a quien correspondió fijar tanto las circunstancias del delito mismo (el *factum* típico), como determinar el delito y la responsabilidad del autor para que en tal decisión se produjera la sentencia del juez de derecho. Así lo permitían y mandaban, los artículos 533 del C. de P. P., de la época, el 535 *ibidem* y el ordinal 2º del artículo 580 de la misma obra. En la segunda norma citada se decía "los jurados deberán contestar cada uno de los cuestionarios con un sí o un no, pero si juzgaren que el hecho se ha cometido en circunstancias diversas a las expresadas en el respectivo cuestionario, podrán expresarlo así brevemente en la contestación". Y dentro de las causales de casación expresamente se aludía al principio de congruencia entre el auto de proceder, el veredicto de los jurados, y la sentencia –artículo 580 numeral 2º–. De donde se tiene que el veredicto del jurado era decisivo, y las circunstancias que en el cuestionario se colocaran igualmente fijaban el alcance del fallo del juez de derecho, con la consecuencia de que sus defectos rompían la coherencia de tales piezas procesales exigidas como esencia de la estructura formal del proceso mismo.

"Pero ello ya no es válido ante el sistema posterior de jurados de conciencia, visto que los artículos 529, 531 y 533 del Código Penal, ya derogados por el Decreto 1861 de 1989, permitían en líneas generales, que el cuestionario se refiera solamente a la situación fáctica con indicación de las 'circunstancias objetivas del lugar, tiempo y modo' que lo constituyen. Además se limita de manera grande la potestad del jurado, que ahora apenas responde afirmativa o negativamente (sí o no) sin que se le permita agregar circunstancia alguna, ya que el artículo 531 mandaba perentoriamente que cualquier agregado a esa respuesta "se entenderá como no escrito". Más aún, en el artículo 533 que se cita, se otorga esa potestad al juez de derecho –decimos la de agregar o poner circuntancias al *factum* simple o básico–, y además se establece como marco del contenido del fallo que debe dictar el que comprende cuatro elementos del proceso: el veredicto, la resolución de acusación, las pruebas aportadas en el juicio, y el contenido del debate oral de la audiencia. Si ello es admitido, se debe concluir que la sentencia en ese sistema legal, debía concordar con diversas piezas procesales y no únicamente con el contenido del cuestionario y la respuesta dada por los jueces de hecho, lo que *a fortiori* implica que la sentencia pudiera contener elementos diversos en exceso o en defecto del cuestionario, pero señalados en los otros factores que indica la ley vigente para ese momento. Cuya aplicación o rechazo vienen a ser, ahora en tal sistema, una función del juez de derecho sobre los supuestos que se vienen comentando.

"Si lo dicho es aceptado, ante los textos legales que se citan, es evidente que el cuestionario se redactó de manera legal, ya que sólo debía preguntar sobre el hecho material simple o básico sin adiciones calificantes de ninguna naturaleza, pues quedan reservadas al juez de derecho, que ejerce bien su facultad si las pone mirando el conjunto de la situación que juzga. Más aún, ninguna trascendencia ni formal ni

sustancial revestirá el hecho de que en el cuestionario aparezcan o no circunstancias calificantes (atenuantes o agravantes) pues ellas se sacaron de la órbita de competencia de los jueces de hecho, con lo que ningún significado tendrán para el resultado final del proceso, el que aparezcan o no en el cuestionario. Serán irrelevantes procesalmente. Y de esto deviene una consecuencia esencial: no puede anularse el proceso en modo alguno pues el hecho comentado no configura irregularidad alguna que trascienda en el resultado mismo del juzgamiento en la sentencia.

"Pero además, y para seguir el razonamiento del casacionista, la Delegada quiere sostener que tampoco se sorprendió al procesado respecto de la condición agravante prevista en el artículo 324 numeral 7 del C. P. (la indefensión de la víctima), puesto que los jurados tuvieron la entrega previa a la diligencia de audiencia de la copia del auto de enjuiciamiento (artículo 519 del C. de P.P.), en donde aparece de manera inequívoca la imputación hecha al procesado".

La obligación relacionada con los agravantes, cuenta para el juez de derecho, quien debe determinarlas con atendible claridad y precisión, en la resolución acusatoria, base del debate de audiencia y del proferimiento de sentencia, pero no es exigencia imprescindible su inserción en el cuestionario, llegando a lo sumo, en este punto, a factor de conveniencia. Al jurado de conciencia no le está permitido sustituir una agravante por otra, o modificar su estructura, o rechazarlas todas o parte de ellas. Su función está constituida, en las normas de juzgamiento vigentes para este proceso, en negar o aceptar integralmente la responsabilidad. Lo que pregunta el juez, en el caso de homicidio, es si equis persona es responsable de haber dado muerte a equis persona, requerimiento que debe ser respondido con un no o un sí. Y nada más. Ni siquiera el fenómeno del propósito, según pronunciamientos de esta Corte, deben insertarse en el contenido del cuestionario. El jurado de conciencia, no obstante estas específicas circunstancias de actuación, no procede con ignorancia de todos los extremos que componen el debate de audiencia. Su conocimiento completo le viene dado de la resolución de acusación, que fuera de leérsele al momento de la audiencia le ha sido entregado previamente, además de contar con las exposiciones de la defensa, la parte civil, el ministerio público y el refrescamiento procesal que él quiera procurarse mediante la solicitud de lectura de cualquier prueba, diligencia o pieza decisoria. De modo, pues, que no puede crearse, sobre la base de una nota de utilidad o beneficio, un requisito *sine qua non*, para aniquilar la validez de una actuación cumplida conforme a las necesidades insustituibles del procedimiento.

Tampoco trasciende esta alegación.

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, como en efecto no se casa, la sentencia impugnada, ya señalada en su fecha, origen y naturaleza.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael Cortés Garnica
Secretario

* * *

Prevaricato por acción / Prevaricato por omisión

Cuando se profiera dictamen o resolución contrario a la ley, sería argumento absurdo predicar el concurso simultáneo de las dos especies de prevaricato o la configuración de la modalidad omisiva.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Edgar Saavedra Rojas.*
Aprobada Acta número 30 del 8 de mayo de 1991.
Bogotá, D.E., catorce (14) de mayo de mil novecientos noventa y uno.

Vistos

Actuando en sede de instancia, procede la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia a resolver el recurso de apelación interpuesto oportunamente contra la providencia del diecisiete de octubre de mil novecientos noventa, originaria del Tribunal Superior de Barranquilla y por medio de la cual se dispuso la cesación de todo procedimiento seguido contra Cristóbal Lozano Romero, por el presunto delito de prevaricato cometido en el ejercicio del cargo de Juez Primero de Instrucción Criminal.

Hechos

Se acusa por el denunciante al doctor Cristóbal Lozano de haber dictado providencia manifiestamente contraria a la ley, dentro del proceso adelantado contra Aura Judith Charis por punible contra el patrimonio económico e iniciado por denuncia de Pedro Donado, cuando en su condición de juez dispuso la cesación de procedimiento en favor de la procesada en notoria contrariedad con el recaudo probatorio, y además negó el recurso de apelación interpuesto contra la anterior decisión con fundamento en la indebida sustentación, por medio de auto de simple cúmplase, respecto del cual dispuso era de cumplimiento inmediato y contra él no procedía recurso alguno.

Actuación procesal

Por auto de veintidós de julio de mil novecientos ochenta y nueve, se le dio vida jurídica al presente proceso por una de las Salas de Decisión Penal del Tribunal Superior de Barranquilla.

El doctor Cristóbal Lozano Romero fue llamado a rendir indagatoria, oportunidad en la que expuso que por el estado que presentaba el proceso, calificado por primera vez con reapertura de la investigación, vencido excesivamente en sus términos, no hizo sino cumplir estrictamente con la ley clausurando de nuevo la instrucción y disponiendo la cesación de todo procedimiento seguido contra la procesada, obedeciendo a lo dispuesto en el artículo 473 del Código de Procedimiento Penal, por no existir méritos para dictar resolución de acusación.

En lo que incumbe a la disposición de no notificar el auto que denegó la apelación, lacónicamente explicó: "... criterio del juzgado, que consideró que dicho auto era de sustanciación y no interlocutorio", agregando, al parecer con pretensiones exculpativas, que "... en ese caso, el recurrente podía interponer ante el superior el recurso de hecho".

Mediante proveído del veintiocho de septiembre del mismo año, se clausuró la investigación, y en la oportunidad jurídico-procesal de la calificación del mérito probatorio del sumario, por auto del veinticuatro de noviembre de la misma anualidad, se decretó la cesación de todo procedimiento por atipicidad del comportamiento del juez, decisión que apelaba ante la Corte, ésta la revocó y dispuso la reapertura de la investigación.

En esa ocasión se consideró por esta Sala, que no existía base para la resolución definitiva del asunto, pues ni los cargos estaban suficientemente demostrados, ni tampoco infirmados, haciéndose necesarias otras pruebas, que puntualizadas se ordenaron.

Durante este nuevo período de instrucción, se practicó una inspección judicial sobre algunos de los procesos radicados en el Juzgado Primero de Instrucción Criminal, ordenada con el fin de constatar actuaciones similares del funcionario a la asumida en el proceso que mereció la apertura de la investigación. Se recepcionaron los testimonios de los empleados de dicho juzgado y se escuchó en ampliación de indagatoria al doctor Cristóbal Lozano Romero, quien con relación a la orden judicial de no notificar la denegación del recurso de alzada, adujo esta vez haber incurrido en un error de valoración de la norma que aplicó, que inclusive lo llevó a hacer pronunciamientos iguales en dos o en tres oportunidades en otros procesos.

Cerrada por segunda vez la instrucción por auto del catorce de agosto de mil novecientos noventa, por providencia de octubre diecisiete del mismo año, se decretó de nuevo la cesación de todo procedimiento, de cuya apelación interpuesta oportunamente, conoce ahora la Sala.

La providencia recurrida

De acuerdo con la motivación del fallo impugnado, se reconoce por el tribunal el comportamiento típico del juez, por su disposición contraria a la notificación del

auto que denegó la apelación, pero en su opinión la ninguna duda de que el funcionario investigado actuó con la convicción errada e invencible de no cometer hecho punible, obligaba a declarar que el procesado actuó bajo una causal de inculpabilidad excluyente del dolo, conclusión a la que se llegó, según textualmente se copia:

"... por los testimonios de los demás empleados, ya que expresan que ellos también permanecían en ese mismo error de conceptualización del juez."

Razones del apelante

Recurre a la segunda instancia el procurador judicial de la parte civil, para que se revoque la cesación de procedimiento dictada en favor del procesado, y, en su defecto, se profiera en su contra resolución de acusación, porque a su juicio, el pronunciamiento judicial no se refirió al verdadero objeto de la relación jurídico-procesal. En su sentir:

"Lo cuestionado y objeto de esta investigación penal, no está en si la providencia dictada por el doctor Lozano tiene o no error invensible (sic) para ser eximente de culpabilidad, su conducta punible está en la omisión de no haber ordenado la notificación del auto que denegó el recurso de apelación, de allí que la norma infringida es el artículo 150 del Código Penal que determina que el empleado judicial que omita un auto propio de las funciones será acreedor de una pena."

Finalmente, pretendiendo interpretar los fundamentos de la decisión, afirma no compartir la tesis de que la inculpabilidad del sindicado pueda estar sustentada en la continua violación del Código Penal, pues ello sería tanto como prohijar el criterio que para ser inculpable y "caer en la ignorancia" es necesario que la norma se viole sucesivamente.

Concepto de la Delegada

El Ministerio Público, representado en esta oportunidad por el Procurador Segundo en lo Penal, por su parte, después de resumir los hechos y la actuación procesal, hacer referencia a los fundamentos de la primera decisión calificativa del mérito del sumario, e indicar y evaluar los medios probatorios allegados al expediente en el nuevo lapso de la instrucción, se pronuncia por la confirmación del proveído impugnado, pero apartándose del criterio plasmado por el Tribunal, considera que la cesación de procedimiento es viable no por estar plenamente probada la inculpabilidad del procesado en el prevaricato activo que se imputó, sino porque las pruebas recopiladas en la etapa de reapertura no tienen la fuerza suficiente como para modificar la situación existente al momento de calificar por primera vez el mérito del sumario y, en tales condiciones, subsistiendo las dudas que impiden establecer con firmeza los presupuestos requeridos para dictar resolución acusatoria, no siendo posible ordenar una nueva reapertura, lo procedente era el pronunciamiento de dicha medida.

Rechaza totalmente, en réplica a los argumentos del recurrente, que la estructura típica objetiva del comportamiento realizado por el sindicado, sea la del prevaricato por omisión, afirmación que fundamenta con las siguientes palabras:

"... si bien es cierto que el procesado omitió darle cumplimiento a un acto propio de sus funciones, como era notificar a las partes la decisión adoptada, es evidente que en casos como éste, nos encontremos frente al fenómeno denominado doctrinariamente como:

'Univocidad de la conducta prevaricadora activa y omisiva', de conformidad con el cual, si bien en principio existen dos comportamientos, activo el uno y omisivo el otro, los dos se encuentran tan íntimamente ligados que el primero se convierta en presupuesto necesario para la realización del segundo, con lo que se la acción prevaricadora se funde en una sola: la activa. Este además, es el criterio compartido últimamente por la Corte."

Consideraciones de la Corte

Prevaricar, atendiendo la raíz etimológica de la palabra, es la aplicación torcida del Derecho. De acuerdo con la legislación, cuando se contraría de manera manifiesta a la ley mediante la ejecución de un acto ilegal, se estructura el Prevaricato activo o por acción; si en cambio se omite, rehúsa, retarda o deniega un acto legal propio de las funciones del empleado oficial que se comporta pasivamente, para procurar con ello un fin ostensiblemente opuesto al ordenamiento jurídico, se configura el prevaricato pasivo o por omisión.

Fácilmente se advierte, que la diferencia entre estas dos especies de prevaricato consiste en que en la primera se requiere un actuar, mientras que en la segunda un no hacer.

En el presente caso objeto de examen, está debidamente acreditado que el doctor Cristóbal Lozano Romero, en su condición de juez, profirió dentro de un proceso como acto propio de sus funciones la determinación jurisdiccional de fecha abril tres de mil novecientos ochenta y nueve, por medio de la cual denegó el recurso de apelación contra la cesación de procedimiento que antes había también dictado y en contrariedad manifiesta con lo previsto en el artículo 174 del Código de Procedimiento Penal, dispuso expresamente que dicho auto era de cumplimiento inmediato no susceptible de recurso alguno.

En la prevaricación activa dolosa, como elemento objetivo básico figura el pronunciamiento de resolución (auto, sentencia, etc.) o dictamen manifiestamente contrario a la ley, es decir, no conforme con la expresa normatividad jurídica, y sí, como se vio, tal fue el comportamiento que realizó con su actuar el procesado, es indiscutible, que su hacer se subsume en la descripción típica de esta modalidad del prevaricato, pues ontológicamente se trata de una sola conducta la ejecutada por el juez, y no de dos, como resultaría de agregarle a su acción lo que en el plano normativo debía hacer.

El comportamiento ajustado estrictamente al ordenamiento jurídico, se sabe, es un deber legal del empleado oficial pero cuando el incumplimiento de esa obligación se manifiesta en un acto, en un actuar, como en el caso del proferimiento de un dictamen o resolución, el dejar de obrar conforme al mandato legal es de la esencia del delito de prevaricato por acción, pues precisamente el acto se torna ilegal por su contrariedad

con lo dispuesto legalmente, y no configurativo del punible de prevaricato por omisión, como lo sostiene con manifiesto desacierto el recurrente.

Como resulta obvio, siempre que se profiera dictamen o resolución contrario a la ley, se omite hacer lo que la normatividad manda o se hace lo que ella prohíbe y argumento ad absurdum *sería predicar el concurso simultáneo de las dos especies de prevaricato o la configuración de la modalidad omisiva, pues de aceptarse este criterio, sobraría la activa.*

Con arreglo a lo anterior, en sentir de la Sala, el procesado realizó el aspecto material u objetivo del tipo del prevaricato por acción. Pero como no basta la demostración plena de una o varias visibles contradicciones entre lo que el funcionario decide y lo que conforme al mandato de la ley ha debido resolver para predicar la comisión del delito de prevaricato, si al propio tiempo no se prueba que el empleado oficial obró con conciencia y voluntad de transgredir la ley, esto es, con dolo, la afirmación de lo primero no significa que la providencia impugnada deba ser revocada, pues si algo quedó claro en el proceso como lo destaca con acierto el fiscal colaborador, es la ausencia de las probanzas que con suficiencia demuestren el proceder doloso del procesado, como quiera que la comprobación en el expediente de al menos un pronunciamiento similar en proceso distinto, refuerza más la idea expuesta por él de un obrar errado pero de buena fe. No se trata, ni puede pensarse como lo hace el apelante, que se prohíja la tesis del desconocimiento de la ley por repetidas veces, por sí solo, como causal de inculpabilidad, sino que cuando no existen motivos para suponer que en cada una de las ocasiones se actuó con malicia, la reiteración se muestra como la manifestación externa de una valoración errada del funcionario sobre el punto jurídico.

De otra parte, en relación con la imputación de haber dispuesto el procesado la cesación de procedimiento con desconocimiento de la prueba que apuntaba a una decisión diametralmente opuesta y respecto de la cual pasaron por alto, tanto el Tribunal como la Procuraduría Delegada, así en gracia de discusión pudiera considerarse como desacertada su decisión, tampoco ello ameritaba vocar a juicio del ex juez Cristóbal Lozano Romero.

Desde la expedición del Código de Procedimiento Penal, que consagró como nueva causal de cesación de procedimiento la falta de mérito para proferir resolución de acusación cuando hubiera vencido el término legal de la reapertura de la investigación, la mayoría de los autores abrieron paso al criterio según el cual si no se modificaba con nuevos elementos de convicción la prueba que sirvió de fundamento al primer calificatorio se dispondría la cesación de procedimiento, y como tal era en realidad el estado que presentaba el proceso sobre el cual se pronunció el funcionario, mal podría atribuírsele la comisión del delito de prevaricato, si siguió una fuerte corriente doctrinaria, pues este ilícito para que se configure por lo menos en su materialidad demanda de la absoluta notoriedad de la contrariedad del hacer con la ley, y no de apreciaciones discutibles.

Como consecuencia de lo dicho, y ante la imposibilidad de que pueda proseguirse con la investigación, la Sala no puede proceder de manera distinta a la confirmación del cese de procedimiento recurrido.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, oído el concepto del Procurador Segundo Delegado en lo Penal,

RESUELVE:

CONFIRMAR el auto objeto de impugnación.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Dídimo Páez Velandia, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael Cortés Garnica
Secretario

* * *

Casación – Traslado / Término – Interrupción

En el trámite del recurso de casación, una vez el traslado ha iniciado su curso, solamente puede interrumpirse por el lapso en que efectivamente quede el expediente fuera del alcance de las partes.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

TERMINOS JUDICIALES / TRASLADO EN CASACION PARA PRESENTACION DE LA DEMANDA: Inexistiendo en el C. de P.P., disposición expresa que regule lo concerniente a *iniciación, interrupción y reanudación* de términos, por principio de integración art. 12 C.P.P.– debe acudirse a las normas pertinentes del C. de P.C aplicables por su generalidad a los traslados en sede de casación.

Magistrado Ponente: Dr. *Juan Manuel Torres Fresneda.*
Aprobada según Acta número 33.
Bogotá, D.E., mayo quince (15) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Vistos

Acogiendo la información secretarial que daba noticia con relación a la tardía presentación de la demanda de casación allegada por el señor defensor de la acusada María Elisa Lorza de Escrucería, declaró la Sala su extemporaneidad, y como consecuencia la deserción del recurso, deserción extensiva a los co-sentenciados Yesid Castelbondo Sarmiento, Manuel Salinas Reyes y Gustavo Escrucería Delgado, en cuyo nombre no se presentó demanda.

Inconforme con esa decisión, el representante judicial de la afectada señora Lorza de Escrucería interpone y fundamenta en tiempo oportuno el recurso de reposición, solicitando con él que como consecuencia de la revocación de la parte que le perjudica, se declare admisible su demanda, recurso que procede la Sala a resolver sin que en el término de traslado se hayan apoderado o discutido las razones del impugnante.

Consideraciones de la Sala

1. En el escrito sustentatorio del recurso afirma su signatario que la demanda por él presentada lo fue dentro del término legal de los 30 días con que contaba, porque notificado el 18 de septiembre de 1989 el Ministerio Público y por estado el auto del 9 de agosto de 1989, en el cual la Sala denegó la cesación de procedimiento que él mismo y otro de los defensores habían presentado en favor de sus respectivos clientes, la providencia cobró firmeza el día 21. Como 'en la Secretaría de la época' se le informó que el término para demandar –que se había interrumpido por la aludida petición y del cual restaban tres días– se reiniciaría a partir del de la ejecutoria de dicho auto, él entendió que el de la demanda se prolongaba hasta el día 26 y por eso presentó su demanda el día 25, bajo la convicción de hacerlo oportunamente.

Aduce que la información verbal de los entonces funcionarios de la Secretaría era para él confiable porque para esa época no se acostumbraba en esa dependencia a registrar por escrito la fecha de reiniciación de términos cuando hubieran sido interrumpidos; que para el año de 1989 venía aplicándose allí el criterio de que sólo en los casos de providencias que resolvieran peticiones de libertad provisional (durante el trámite del recurso de casación), la duración de la interrupción se reducía a los estrictos días en que el proceso hubiera permanecido en el despacho del Magistrado o del Procurador Delegado, mientras que entratándose de decisiones de fondo como la cesación de procedimiento "el término se reanudaba una vez quedara ejecutoriada la providencia".

Para demostrar su aserto afirma que en este asunto así se venía actuando, incluso por el señor secretario actual de la Sala, e indica cómo habiéndose notificado el 4 de diciembre de 1989 uno de los autos en que se denegó la cesación de procedimiento, dejó transcurrir, además de los tres días de fiesta que se interpusieron, tres más para comenzar la contabilización del término de uno de los demandantes (fls. 85 y 86); que igual actitud asumió con el auto que también denegó otra de esas solicitudes y que se notificó el 7 de mayo de 1990 en estado, a partir del cual dejó transcurrir término para que quedara firme, y allí sí corrió el traslado para otro de los demandantes (fls. 111 v. y 112).

Añade que en el caso de otro de los demandantes, cuyo término de traslado se vio interrumpido por una de las solicitudes de cesación que se denegó por auto que se notificó el 13 de septiembre de 1990 en estado, también dejó correr tres días de ejecutoria, y lo reanudó el día 19 "por acto expreso de Secretaría" (fls 132-136 v. y 137) y considera que estas tres actuaciones secretariales no constituyen simple coincidencia, sino que aluden a un "criterio constante de interpretación" dado que "vencido un término inmediatamente se empezaba a correr el otro".

Para dar más solidez a su alegación cita providencia de 23 de noviembre de 1984 de esta Sala, en la que con ponencia del magistrado doctor Gómez Velásquez se estableció que cuando dentro del término de traslado para presentar demanda de casación se tramita una solicitud de excarcelación la interrupción que aquél sufre no se extiende al término de ejecutoria que decida el incidente, porque éste carece de repercusión en la tramitación del recurso; que "no puede aceptarse que éste dependa de aquél y la actuación que corresponda en el mismo al procesado o a su

apoderado, se subordine a las soluciones que sobre ellos se toman", y no siendo el incidente excarcelatorio prerrequisito de la actuación posterior, "no es dable exigir la ejecutoria de cada una de las decisiones que se refieren a esta clase de solicitudes", por lo que el mismo proveído consigna la conveniencia de que su tramitación se adelantara en cuaderno separado "sin interrupción de ninguna naturaleza", y advierte la orden dada por ese entonces a la Secretaría de dejar constancia de la continuación del proceso a disposición de las partes "a pesar del incidente".

Considera que ese criterio tomado en torno a los incidentes de excarcelación no puede extenderse a los casos de cesación de procedimiento porque esta sí influye en el trámite posterior del recurso ya que "si se declara extinguida la acción penal, el trámite no continúa, y por ende el apoderado no tendría la obligación de presentar demanda"; porque el auto que decide la solicitud admite recurso de reposición" luego sólo en firme esta providencia, se podrá determinar si continúa o no el recurso extraordinario de casación"; lo que no sucede respecto de "los trámites" de la excarcelación; porque si el pronunciamiento de la Corte que transcribe parcialmente excluyó el tiempo de ejecutoria, de las decisiones que no inciden en el trámite de casación de la interrupción del término para demanda "... *a contrario sensu*, en las que sí inciden en el trámite posterior, es necesario esperar la ejecutoria".

Estima que de estar frente a un cambio de interpretación del asunto por la Sala, y en vista de que el punto no está regulado expresamente en el Código, no se podía aplicar en este caso porque "las formas se rigen por las leyes vigentes al momento de celebración del acto".

Finalmente afirma que la atestación secretarial del folio 10v. del cd. de la Corte, "en el sentido de que corrían los días 19, 20 y 22 de IX de 1989 (es decir, el término de ejecutoria)" no fue colocada por la época en que presentó la demanda, sino por el actual secretario de la Sala.

2. Contra la sentencia de segunda instancia dictada en este proceso, los defensores de varios de los acusados, y uno de éstos directamente, interpusieron el recurso extraordinario de casación, para cuya sustentación surtió la secretaría de la Sala los traslados para que los interesados presentaran las respectivas demandas, según el orden de figuración que traían los impugnantes en la parte resolutiva del auto en el cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto lo concedió, así: 1. Yesid Castelbondo Sarmiento. 2. María Elisa Lorza de Escrucería. 3. Eleanora Escrucería de Salinas. 4. Manuel Salinas Reyes. 5. Samuel Alberto Escrucería Manzi. 6. Juan Gonzalo Márquez Lemos, y 7 Gustavo Escrucería Delgado.

Algunos de los traslados tuvieron que ser interrumpidos por el ingreso del expediente al Despacho para resolver solicitudes de cesación de procedimiento presentadas por los interesados, y cuando por fin se completaron la Secretaría de la Sala informó el 13 de febrero del presente año al folio 162 cd. id. lo siguiente: "...obran cuatro (4) demandas de casación, de las cuales la de María Elisa Lorza de Escrucería fue presentada fuera de tiempo, las otras tres (3) lo fueron en tiempo". Como origen de este informe secretarial, al folio 10 v. aparece la constancia de comienzo y finalización del término de traslado, según la cual corrió entre el 11 de abril y el 21 de septiembre de 1989 pues el defensor de la mencionada conjuntamente

con el de otro de los acusados solicitó la cesación de procedimiento por prescripción de la acción penal, en memorial que ingresó al Despacho el 15 de mayo de 1989 y respecto del cual se decidió negativamente mediante auto notificado por estado el 18 de septiembre (fls. 13 a 17v. y 24 a 32v.). La demanda fue presentada el 25 de septiembre siguiente (fls. 35 a 61).

Otro traslado afectado con la interrupción de términos fue el corrido para presentación de la demanda en el caso del acusado Samuel Alberto Escrucería para atender la petición de cesación cursada por parte de Gustavo Escrucería, pues iniciado el 4 de julio de 1990 (fl. 114), corrieron 14 días hasta el 25 de ese mismo mes, fecha en que ingresó el expediente para trámite del pedimento (fls. 117 a 121), que una vez resuelto, suscitó la notificación del auto respectivo mediante Estado de septiembre 13 siguiente (fl. 136 v.). La secretaría reanudó el término de traslado en septiembre 19, anunciando el vencimiento en octubre 10, y dejando constancia de la presentación de la respectiva demanda con fecha del 9 de ese mes.

Otras dos solicitudes de cesación, una a nombre de Gustavo Escrucería y otra de Eleonora de Salinas, ingresadas para trámite en septiembre 28 de 1989 y febrero 12 de 1990, carecieron de incidencia en los anteriores, o diferentes traslados, que al recibir impulso no se estaban surtiendo.

3. Correspondiendo a la Sala definir, si como lo certifica la Secretaría la demanda a nombre de María Elisa Loeza fue presentada tardíamente, o como lo alega el recurrente el acto se cumplió en oportunidad, obligando de contera el examen de sus requisitos formales, se imponen para elucidación las siguientes consideraciones:

3. *a) De la actuación ante la Corte se desprende que el término para presentación de la referida demanda comenzó a correr el 11 de abril de 1989 según se lee al folio 10v. del cuaderno respectivo, y que su vencimiento ocurriría como consecuencia el día 17 de mayo. Dos días antes de esa fecha, valga decir, en mayo 15, el expediente debió pasar al Despacho del Magistrado Sustanciador por iniciativa del señor defensor en cuyo favor corría el término, para que se hiciese pronunciamiento de cesación por prescripción, pedimento que contínuamente formuló el defensor de otro de los acusados. Resuelta la solicitud, el expediente volvió a la secretaría, donde se surtieron con fecha del 18 de septiembre de ese año, las notificaciones de aquella decisión.*

Siguiendo el criterio de la secretaría que ha dado margen a la decisión ahora recurrida, los tres días restantes del traslado debían ser comunes con los de ejecutoria del auto denegatorio de la cesación, en cuyo caso el vencimiento ocurriría el 21 de septiembre. A juicio del recurrente, ese lapso debía vencerse en septiembre 26, pues sólo podía recomenzar su curso una vez en firme el interlocutorio, motivo por el cual allegó su libelo el día 25 (fl. 81).

Como resulta apenas obvio y tratándose de términos legales, su regulación ha de buscarse ante todo en las normas procesales aplicables, no en el criterio de los empleados ni en la interpretación de los intervinientes procesales, como que una ha de ser la verdad y *de ella derivar la certeza que ofrezca parejas oportunidades y seguridad a unos y otros.*

Inexistiendo, entonces, en este sentido, una disposición expresa que en el Procedimiento Penal indique la forma correcta o adecuada de regular la iniciación, interrupción y reiniciación de términos, por principio de integración (art. 12 C. de P.P.), la remisión forzosa al Código de Procedimiento Civil, según texto que para entonces regía, enseña que:

"Todo término comenzará a correr desde el día siguiente al de la notificación de la providencia que lo concede; pero si fuere común a varias partes, será menester la notificación de todas. En caso de traslado para alegar en que haya de retirarse el expediente el término empezará a contarse desde la ejecutoria del auto respectivo."

Regulando el evento de su continuidad, prosigue la disposición advirtiendo que:

"Los términos judiciales correrán ininterrumpidamente, sin que entre tanto pueda pasarse el expediente al despacho, salvo que se trate de peticiones relacionadas con el mismo término, o que requieran un trámite urgente; en este caso el secretario deberá obrar previa consulta verbal con el juez, de lo cual dejará constancia.

Mientras el expediente esté al despacho no correrán los términos, sin perjuicio de que se practiquen pruebas y diligencias, dentro del período de recepción de éstas. El cómputo del término se reanudará al día siguiente a la notificación de la providencia que se profiera" *(Subrayas fuera de texto).*

De la regulación emerge, entonces, con claridad que si bien la iniciación del término para alegar con retiro del expediente, se supedita a la previa ejecutoria del auto que lo dispone, una vez ha iniciado su curso ese traslado solamente puede interrumpirse por el lapso en que efectivamente quede el expediente fuera del alcance de las partes, pues, como lo ha resaltado la Sala en el texto transcrito, el cómputo "se reanudará al día siguiente a la notificación de la providencia que se profiera", sin que haya distinguido la ley, como en cambio parecería entenderlo el recurrente, si dentro de los distintos pronunciamientos judiciales, unos hay que requieren su ejecutoria para permitir la continuación de un traslado, a diferencia de otros que en su lugar no la demanden.

3. b) Partiendo del anterior presupuesto, no se muestra difícil entender, porque no existe disposición que las sustraiga, que la aplicación de las reglas anteriores debe ser de rigor en el trámite del recurso de casación, pues con ellas se respeta la doble finalidad de ese traslado, en la medida en que la presencia física del expediente en la secretaría cumple el propósito de permitir su consulta por el interesado, a la vez que nada impide el que durante ese lapso se entreguen las alegaciones o se presente la demanda, lo que evidentemente precave tanto contra posibles abusos, como ante eventos como el de la libertad del procesado, que a pesar de su forzoso curso, no podría transformarse en excusa dilatoria.

3. c) Procurando el apoyo de sus tesis, el recurrente ha pretendido hallar en el pronunciamiento de esta Sala de noviembre 23 de 1984, razones que alimenten su criterio. Sin embargo, lejos de advertirse en aquella ocasión algún aval para la contabilización que aquí reclama, lo que hizo allí en parte la Corte no fue cosa distinta a la de orientar para impedir que a través de incidentes se interfiriese la decisión final de una impugnación extraordinaria, precisando dentro de la misma comprensión que viene aquí plasmando, que

"Si lo que interesa, en definitiva, es que el expediente permanezca en la Secretaría para aprovechamiento de la parte que debe presentar la demanda o contestarla, no hay razón alguna para descontar de este término el tiempo que física y jurídicamente ha estado el proceso en esta situación. Por eso la Sala, repite, ha detraído sólo lo que corresponde a una ausencia real del expediente de la Secretaría, pero, no puede extender esa actitud a eventos diferentes, porque ello sería desvirtuar la perentoriedad del término concedido para alegar en casación y propiciar así la proliferación de peticiones que puedan tener como mira esencial el prolongar el término indicado mientras se habilita un apoderado o éste se encuentra en condiciones de presentar el correspondiente escrito."

Tal la razón, precisamente, para que en la misma ocasión se advirtiera la bondad de tramitar el incidente de libertad, único admisible en realidad en esta sede, mediante cuaderno separado, dejando por la Secretaría constancia de ese trámite en el cuaderno del recurso.

Esta interpretación en modo alguno venía, entonces, a constituir aquel criterio imperante o doctrina a la que pretende acogerse el ahora recurrente, porque jamás se dijo expresamente en aquella ocasión, como tampoco se dejó entrever, que se requiriera la previa ejecutoria de los autos dictados en sede de casación, como requisito condicionante de la reiniciación del término de traslado para presentación de la demanda.

Una interpretación semejante tampoco podría hacerse de recibo, porque en el caso de ahora haya mediado solicitud de prescripción, pues del trámite propio del recurso extraordinario no hace parte a manera de requisito o de etapa previa a la decisión definitiva un pronunciamiento sobre esa materia, de modo que si el proceso en realidad termina porque prospere una causal de casación, habrá de entenderse que ha cesado, para el censor la obligación de presentar demanda, mas, en el caso contrario, fácil resulta comprender la prosecusión inmediata del traslado, en cuanto persiste la obligación de alegar en término oportuno. La ejecutoria, entonces, nada cuenta para interferir los términos, como por lo demás se comprende sin mayor esfuerzo, de la sola consulta del artículo 120 del C. de P.C. que atrás se cita, cuya claridad torna inoficioso un esfuerzo interpretativo.

3. d) Resta por último contestar al recurrente, que integradas las reglas sobre iniciación, interrupción y reanudación de términos al ya citado artículo 120 del C. de P.C. constituyen mandato de orden público y obligan por tanto su inexcusable cumplimiento, a tal punto que como lo precisa el artículo 6º del C. de P.C. aún "las estipulaciones que contradigan lo dispuesto en este artículo, se tendrán por no escritas", resultando de ello imposible tanto al juez como a las partes apartarse de su contenido, motivo por el cual resulta inadmisible pretender preferir sobre ellos la aplicación de aquel "criterio imperante" en la Secretaría de la Sala, que de modo verbal, dice el recurrente, se enteraba por entonces a los interesados. Sábese, por lo demás, que la costumbre sólo constituye derecho a falta de legislación positiva, que en este caso, por el contrario, existe.

4. Si bien careciendo de interés para impugnar la providencia en lo que no afecte el derecho que representa, el señor defensor recurrente ha llamado la atención a propósito de criticar falta de unidad de criterio en la contabilización de términos,

sobre una irregularidad en la cual se incurrió por la secretaría, dando por oportuna la presentación de una demanda traída extemporáneamente.

El criticado error surge de bulto, y él ocurre cuando en circunstancias idénticas al caso de la señora Lorza de Escrucería, la Secretaría amplió indebidamente el término para presentación de la demanda por parte del enjuiciado Samuel Alberto Escrucería. En efecto, si como en apartes precedentes quedó visto, el respectivo traslado se interrumpió el 24 de julio de 1990, apenas transcurridos 14 de los 30 días que para ese fin fija la ley, notificada la decisión de la solicitud que motivó la interrupción en septiembre 13 (folio 136v.), debía reanudarse al día siguiente, para agotarse definitivamente el 5 de octubre. La demanda, sin embargo se presentó con fecha de octubre 9, y ello sólo conduce a inferir su extemporaneidad, muy a pesar de los informes de secretaría que al folio 137 advierten la reiniciación en septiembre 19, y al folio 163 dan por oportuna la presentación.

Es ostensible que para ese recuento descontó la secretaría el término de ejecutoria y al hacerlo incurrió en desconocimiento del citado artículo 120 del C. de P.C., que pese a que para entonces se hallaba modificado por el aparte 64 del artículo 1º del Decreto 2282 de 1989, seguía prescribiendo que una vez interrumpidos por el ingreso del expediente al Despacho, "los términos se reanudarán al día siguiente al de la notificación de la providencia que se profiera, o a partir del tercer día siguiente al de su fecha, si fuere de cúmplase".

Si en este caso el enteramiento ocurrió porque se trataba de un auto notificable, el término se reanudó efectivamente el día 14 de septiembre, y la ostensible tardanza en la presentación de la demanda, puesta ahora de manifiesto, impone en aplicación de los principios de obligatoriedad de las normas procesales e igualdad de las partes ante la ley, la rectificación del error descubierto, para que mediante la revocatoria pertinente del auto impugnado en su lugar se declare la deserción del recurso extraordinario. Así lo imponen las razones que vienen de expresarse.

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

Resuelve:

Primero: Revocar parcialmente el ordinal segundo de la providencia de febrero 25 del año que transcurre, en cuanto declara formalmente ajustada a derecho la demanda de casación presentada a nombre del acusado Samuel Alberto Escrucería Manzi, declarando en su lugar desierto el recurso extraordinario interpuesto por su defensor, por extemporaneidad en la presentación de la demanda.

Segundo: Denegar la revocatoria que por vía de reposición intenta el señor defensor de la acusada María Elisa Lorza de Escrucería, en contra de la antecitada providencia, en cuanto declara desierto el extraordinario recurso de casación en su nombre interpuesto dentro del presente asunto, y

Tercero: Mantener igualmente en firme las demás decisiones contenidas en el auto recurrido.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Didimo Páez Velandia, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael Cortés Garnica
Secretario

* * *

Demanda de casación / Principio de no contradicción

Se plantean soluciones antagónicas y contradictorias, cuando se anuncian en una incomprensible sucesión de propuestas impugnativas la atipicidad de la conducta, la inculpabilidad de la misma y la existencia de dudas probatorias en cuanto a la responsabilidad del procesado.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Edgar Saavedra Rojas.*
Aprobada Acta No. 033 del 22 de mayo de 1991.
Bogotá, D.E., mayo veintidós (22) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Vistos

Por sentencia del veintiocho de febrero de mil novecientos noventa del Tribunal Superior de Neiva se condenó a Alfredo Morera Puyo a la pena principal de cuatro años y medio de prisión como responsable de los delitos de Falsedad y Estafa, confirmando de esta manera con modificación la providencia del Juzgado Primero Penal del Circuito de Garzón del trece de diciembre de mil novecientos ochenta y nueve.

Interpuesto oportunamente el recurso extraordinario de casación, fue concedido y posteriormente admitido por esta Corporación. Presentada la demanda, se declaró ajustada por reunir los requisitos exigidos en la ley y se escuchó el concepto del Procurador Delegado en lo Penal quien solicitó no se casara la sentencia impugnada.

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

Hechos

El diecisiete de febrero de mil novecientos ochenta y siete, la Tesorería Municipal de Garzón recibió de la Caja Agraria del lugar, dos chequeras de la cuenta 19102,

denominada "Fondos Comunes", pero posteriormente se demostró, por la existencia de un comprobante que las chequeras entregadas habían sido tres.

Utilizando el talonario no entregado a la Tesorería se giraron varios cheques por sumas cuantiosas entre el 21 de febrero de 1987 y el 3 de marzo del mismo año, para un total superior a los diecinueve millones de pesos.

Estos cheques fueron consignados en Neiva en cuentas de ahorros del Banco Cafetero y Granahorrar abiertas por Guillermo Londoño Hoyos; en el Banco Ganadero de la misma ciudad en la cuenta de ahorros abierta por Eliécer Botero y en otra del Banco de Bogotá a nombre de Gustavo Vanegas.

Los originales de estos cheques que no fueron girados por la Tesorería de Garzón desaparecieron de los archivos de la Caja Agraria de esa misma población.

ACTUACIÓN PROCESAL.

Por auto del 11 de marzo de 1987 del Juzgado Quince de Instrucción Criminal se abrió el proceso penal, y por el de 26 de marzo de 1987 del Juzgado Quinto de Instrucción Criminal decretó la detención de Alfredo Morera Puyo.

Mediante auto del 22 de septiembre de 1987 del Juzgado Quince de Instrucción Criminal se dictó resolución de acusación contra Alfredo Morera Puyo y otros por delitos contra la fe pública y el patrimonio económico.

Por sentencia del 13 de diciembre de 1988 del Juzgado Primero Penal del Circuito de Garzón fueron condenados entre otros Alfredo Morera Puyo a la pena principal de seis años y ocho meses de prisión como responsable de los delitos de Falsedad y Hurto en calidad de autor, y como cómplice de falsedad y hurto agravado por la cuantía.

La anterior Providencia fue confirmada con modificaciones por sentencia del Tribunal Superior de Neiva del 28 de febrero de 1990.

LOS ARGUMENTOS DE LA DEMANDA

El impugnante presenta un cargo único al amparo de la causal primera, cuerpo primero "por violación indirecta de la ley sustancial por errores de hecho en la apreciación de las pruebas". En lo que debe entenderse como la demostración del cargo considera que erró el Tribunal al alterar el contenido de las diversas versiones suministradas por el procesado, pues estima, que cercenó su contenido, restringiendo de esta manera su alcance real.

Pero luego de resaltar algunos apartes de la declaración de su poderdante, considera que el Tribunal "desacerto en la estimación de esta prueba..." para a renglón seguido afirmar que se ha debido considerar *in integrum* apreciándolo en conjunto con las otras pruebas para concluir que la conducta imputada a su defendido es atípica y ausente de culpabilidad.

Considera que el Tribunal erró al apreciar los testimonios de Gerardo Antonio Borrero Rivera y Marino Aragonés Ceballos, respecto de los cuales hace una serie de

consideraciones personales de por qué no se le ha debido dar credibilidad, por su imposibilidad de controvertir el dicho de su defendido.

Estima igualmente errada la apreciación que el Tribunal hace al dar por probado el hecho indicador cuando ello no está establecido, puesto que no se ha demostrado que haya sido él quien se apoderó de los comprobantes de la solicitud respecto de tres chequeras y que en el peor de los casos existen dudas y que por tanto deben resolverse a su favor.

Así mismo, vislumbra equivocaciones en la labor juzgadora del Tribunal al afirmar por parte del Tribunal la permanente omisión de ciertos trámites que le permitió realizar la actividad con éxito, pero que tampoco se encuentran debidamente probados.

Culmina insistiendo en la necesidad de absolver al procesado por atipicidad de la conducta para a renglón seguido solicitar la aplicación de la causal de inculpabilidad prevista en el numeral 4º del artículo 40 del C.P., por haber actuado "dentro de la causal de inculpabilidad por obrar con la convicción errada e invencible de que no concurría en su actuar alguna de las exigencias necesarias para que el hecho correspondiera a su descripción legal".

Finalmente insiste en la existencia de "la duda que ha de resolverse a favor del procesado, y cuya equivocación indirecta por falta de aplicación se ha establecido...".

Las argumentaciones del Procurador Delegado en lo penal

Solicita el Fiscal de la Corporación no casar la sentencia impugnada fundamentándose en las siguientes argumentaciones:

"a. Sea lo primero advertir que tanto en el cuerpo de la demanda como en su parte final, el censor plantea a la Honorable Corte, tres situaciones contradictorias y excluyentes:

"a.1. Que la conducta de Morera Puyo es atípica. '... Queda incólume la visión del procesado Alfredo Morera Puyo, y en todo caso su conducta sería atípica y ello sólo conllevaría y haría procedente la sentencia absolutoria, la que solicito de una vez por todas ...'.

"a.2. Que la conducta de Morera Puyo es inculpable. 'Solicito CASAR la sentencia del Tribunal Superior de Neiva... por haber adecuado su conducta dentro de la causal de inculpabilidad prevista en el numeral 4º del artículo 40 del Código Penal...'.

"a.3. Que existe duda en cuanto a la responsabilidad penal del encartado. '... solicito CASAR la sentencia... o por darse la duda, la cual ha de resolverse a favor del procesado...'.

Si se afirma que la conducta de Morera Puyo es atípica mal puede predicarse al mismo tiempo inculpabilidad respecto de ella, pues un proceder atípico no puede soportar juicio de reproche.

Si se alega, falta de prueba suficiente en autos para soportar una sentencia de condena, se está aceptando que la conducta no solamente es típica, sino antijurídica y culpable, más pobre en pruebas de cargo.

Estos planteamientos pugnan con el principio lógico de la no contradicción, tan celosamente defendido por la Honorable Corte, no de ahora sino de siempre, por cuanto él constituye pilar básico de la técnica que ha de observarse en la formulación de este exigente recurso.

Esta confusión del casacionista no es de poca monta y acarreará sin duda, consecuencias funestas en el desarrollo del recurso.

Veamos:

Si se insiste en la tesis de la atipicidad de la conducta de Morera Puyo, forzoso será que el censor escoja la vía de la violación directa de la ley, para desarrollar su ataque, no pudiendo acudir a argumentos propios de otras causales, pues por sabido se calla, que las distintas causales de casación, tiene tratamiento diferente, rasgos y características propias.

Igual sendero ha de tomarse si se suplica casación de la sentencia por hallarse el agente dentro de las previsiones del artículo 40, numeral 4° del Código Penal.

Empero, si se invoca como sostenido del recurso la duda en favor del reo, se está diciendo a grandes voces que la prueba recaudada no constituye soporte firme de una sentencia de condena y en tal evento, el ataque en casación, fatal y necesariamente debe enrumbarse por la senda de la violación indirecta de la ley sustancial.

La incertidumbre del censor es suficiente para dar al traste con la demanda de casación, pues como lo tiene advertido la Honorable Corte, ella no puede suplir las deficiencias del libelo ni despejar la incertidumbre del peticionario, dado que a éste, la ley misma le exige ser claro y explícito en sus planteamientos.

Además, no le es permitido, alegar una causal determinada y tratar de sustentarla, valiéndose de técnicas y argumentos propios de otra, pues cada una de ellas tiene sus requisitos específicos, decantados ya por una constante y reiterada jurisprudencia.

b. Pero es más, el censor en forma clara, nítida y reiterativa imputa a la sentencia atacada errores de hecho en el tratamiento de la prueba, como quiera que el sentenciador "cercenó" el contenido de la versión del procesado Morera Puyo. Sin embargo, a renglón seguido, enfatizó:

"Entonces el 'Tribunal' desacertó, en la estimación de esta prueba, tanto más cuanto que, como veremos luego, está corroborada por otras pruebas y no desvirtuada válidamente, al negarle todo alcance probatorio..."

Con este último planteamiento el libelista está achacando al fallador de segundo grado, falsos juicios de convicción en torno a la versión Morera Puyo y penetrando de lleno en los terrenos del error de derecho.

Con vehemencia ha fustigado la Honorable Corte, a quienes como en el caso presente, imputan al sentenciador, a la vez, errores de hecho y derecho en torno a la misma prueba, pues palmar resulta, que si la versión de Morera Puyo fue "cercena-

da" y el Honorable Tribunal no tuvo en cuenta sus pasajes más significativos, no se le puede irrogar al mismo fallador haber incurrido en error al otorgarle o negarle mérito de convicción a esa misma prueba de la cual dijo el censor fue ignorada por el sentenciador. Si se pasó por alto esta prueba no pudo originar convicción alguna.

Igual observación cumple formular respecto de la crítica que el censor fulmina contra los testimonios de Gerardo Antonio Forero Rivera y Marino Aragonés Ceballos pues acerca de ellos predica error de hecho manifiesto con incidencia en las resultas del fallo, pero bien se advierte de inmediato, que la inconformidad del censor radica no en que el fallador haya ignorado estas atestaciones, no que las haya supuesto obrantes en autos, ni que hubiese tergiversado su contenido fáctico; la censura radica en que según el casacionista, estos testimonios serían interesados, pues Gerardo Antonio Rivera fue vinculado al proceso y su afán por salir avante es angustioso y Aragonés Ceballos debe sacar airoso a su jefe Marco Tulio Carvajal Sterling, gravemente indiciado en estas diligencias y en tales circunstancias carecerían del suficiente valor de convicción, como para desvirtuar el dicho de Morera Puyo. En síntesis; con estos planteamientos se le está irrogando al fallador falsos juicios de convicción, generadores de errores de derecho. Es evidente que si el sentenciador dio a estas atestaciones un mérito de convicción que no tienen, fue porque las apreció en la sentencia no pudiéndose argüir entonces que fueron ignoradas, supuestas o tergiversadas.

c. Como si todos los vicios de técnica otras enunciados fueseu pocos, el casacionista añade uno más, cuando en su extenso y fatigable libelo apenas enuncia el cargo, mas no lo desarrolla, no demuestra cómo y en qué forma el sentenciador transgredió en forma directa las normas procedimentales citadas y por sobre todo, cómo y por qué esta pregonada violación de disposiciones de procedimiento condujo a la violación de normas de carácter sustancial, ya que por falta de aplicación, ora por aplicación indebida, o bien por interpretación errónea.

Es más: Las observaciones que el censor formula frente a la versión del procesado Morera Puyo y los testimonios de Gerardo Antonio Borrero Rivera y Marino Aragonés Ceballos, resultan completamente inocuas, pues el casacionista no examinó la totalidad del material probatorio recaudado, para demostrar la inexistencia en autos de una sola prueba incriminante con capacidad para servir de soporte a una sentencia condenatoria, pues de existir ésta carecería de todo fundamento el ataque, pues desaparece el nexo de causalidad entre la prueba controvertida y la sentencia, requisito indispensable para la prosperidad de un reproche en casación.

d. Sobraría agregar que son tan protuberantes e insalvables los errores de la demanda de casación, tan contradictorios sus planteamientos, tal faltas de claridad sus argumentaciones, que en verdad, la Honorable Corte no tendría elementos de juicio suficientes para establecer el genuino pensamiento del censor y desconocería los auténticos fundamentos de los reparos endilgados a la sentencia impugnada.

Consideraciones de la Sala

Razón le asiste al Procurador Delegado cuando afirma que el impugnante plantea ante la Corporación tres soluciones en favor de su poderdante que son antagónicas y

contradictorias, pues plantea en una incomprensible sucesión de propuestas impugnativas la atipicidad de la conducta, la inculpabilidad de la misma y la existencia de dudas probatorias en cuanto a la responsabilidad del procesado; y son propuestas contradictorias, porque el planteamiento de atipicidad descarta de una vez por todas las otras posibles soluciones puestas a consideración de la Sala, toda vez que la conducta atípica es la que no se adecua a la descripción legal de una conducta considerada como ilícita o delictiva por el legislador; mientras que la afirmación de la inculpabilidad en todos los casos supone la necesaria existencia de tipicidad y también de antijuridicidad y hacer las dos afirmaciones de manera simultánea evidentemente que viola el principio de no contradicción que gobierna el recurso extraordinario de casación.

Hace un planteamiento igualmente contradictorio cuando sugiere la existencia de dudas probatorias que deben resolverse en favor del procesado, porque al hacerse tal petición de manera necesaria se está reconociendo la existencia de una figura típica, antijurídica y culpable, pero respecto de la cual existen dudas de carácter probatorio.

En las condiciones anteriores no podría la Corte tener una directriz precisa en cuanto al verdadero sentido de las peticiones planteadas, precisamente por las evidentes contradicciones en que se incurre. Pero los errores de técnica no se quedan en los ya analizados y destacados; en lo que pretende como un supuesto error de hecho, por apreciación equivocada de algunos testimonios al considerar que dudas las circunstancias personales que se permite exponer respecto de tales disposiciones considera que han debido ser apreciadas por el Tribunal con reservas, puesto que estima demostrado el interés que tenían en mentir ya que uno es sindicado dentro del proceso y el otro tiene interés en sacar avante los intereses de su jefe, lo que en realidad plantea el impugnante no es un error de hecho, sino que se limita a formular una personal crítica testimonial, de acuerdo con sus intereses defensivos y finalmente obtiene es presentar su propia apreciación sobre el valor probatorio de los testimonios de Borrero Rivera y Aragonés Ceballos, a los que considera que no se les ha debido dar credibilidad por tener un interés en el proceso por estar sindicado y el otro por tratar de proteger a su jefe.

Es claro en tales circunstancias que no puede hablarse en este caso de la existencia de un error de hecho porque el juzgador en ningún momento ignoró o desconoció la existencia de la prueba producida dentro del proceso, ni tampoco tergiversó su alcance o expresión fáctica y menos aún supuso o imaginó una prueba inexistente en el proceso; en este caso la instancia se limitó de acuerdo con su personal apreciación y teniendo en cuenta las reglas de la sana crítica, de darle un cierto valor a tales testimonio, que el impugnante ahora considera equivocada, porque él antepone a esa valoración la suya, que está acorde con sus intereses defensivos.

Tampoco acierta en la técnica de casación el libelista cuando al referirse a la versión dada por el procesado Morera Puyo afirma que fue cercenada en su contenido, restringiendo su alcance "hasta el punto de restarle la presunción de veracidad de sus descargos", pero más adelante, refiriéndose a la misma prueba afirma que el "Tribunal desacertó, en la estimación de esta prueba, tanto más cuanto que, como veremos luego, está corroborada por otras pruebas, y no desvirtuada válidamente..."

Y se equivoca el censor porque cuando se predica que una prueba fue cercenada en su contenido, se está afirmando que no fue estimada o considerada y si tal aseveración se hace no se puede afirmar al mismo tiempo sin incurrir en grave contradicción que fue estimada equivocadamente, al negarle todo el alcance probatorio. Porque se insiste una vez más, el cercenamiento significa no haber sido tenida en cuenta en aspectos trascendentes, mientras que la estimación desacertada, traduce el haber sido considerada pero de manera errada.

Respecto a esta problemática, la Corte ha sostenido de manera reiterada que no se pueden imputar simultáneamente al sentenciador errores de hecho y de derecho respecto de una misma prueba, porque el no considerarla, el no haberla tenido en cuenta desde el punto de vista fáctico y haberlas estimado desacertadamente, es adjudicarle un falso juicio de convicción que desde el punto de vista lógico no puede producir la prueba que no ha sido estimada por haber sido cercenada en sus aspectos esenciales.

En las condiciones anteriores y ante tan evidentes fallas técnicas debe desecharse el recurso, tal como acertadamente lo solicita el Procurador Delegado.

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.

Dídimo Páez Velandia, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael Cortés Garnica
Secretario

* * *

Demanda de casación – Técnica / Nulidad

Es en la demanda y no en escrito anticipado, donde la parte recurrente debe presentar los ataques que considera necesarios para que la Corte invalide la actuación viciada.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Guillermo Duque Ruiz.*
Aprobada Acta No. 033.
Bogotá, D.E., mayo veintidós (22) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Vistos

La apoderada del procesado Fabio León González Hernández solicita en favor de su representado el beneficio de libertad provisional, por pena cumplida, mediante caución juratoria y como petición subsidiaria la nulidad del proceso con la consecuente liberación incondicional de su poderdante.

Dice la memorialista que los juzgadores de instancia se equivocan al calificar la conducta de González Hernández como violatoria del artículo 13 del Decreto 180 de 1988 cuando lo correcto hubiese sido por "complicidad" o por "receptación". En tal virtud, según las voces del artículo 439 del Código de Procedimiento Penal, "cuando en cualquier estado del proceso hubiere sufrido el procesado en detención preventiva un tiempo igual al que mereciere como pena privativa de la libertad por el delito que se le imputa, habida consideración de la calificación que debería dársele" y no la que arbitrariamente dieron los juzgadores en este proceso, se impone su liberación por pena cumplida dado el tiempo que lleva recluido en prisión.

Agrega que la sentencia dictada en contra de su patrocinado fue prefabricada y que ningún elemento del tipo imputado tiene comprobación en el proceso. Por ello, el fallo recurrido en casación no solamente desconoció las pruebas allegadas al informativo, sino que contradice los criterios expuestos por importantes tratadistas y la Jurisprudencia Nacional. Además, considera que el fallo proferido por el Tribunal de Orden Público es nulo por "falsa motivación" y porque en él se atropellaron los

derechos de defensa. Pide finalmente la cesación de procedimiento por atipicidad de la conducta que se le atribuye a su representado, pero si todo ello resulta improcedente según el criterio de la Sala, que se haga el siguiente pronunciamiento.

"Que la inexplicable sentencia de condena proferida el día 24 de octubre de 1990, por el Tribunal de Orden Público, al ubicar el tipo de conducta o comportamiento de mi cliente dentro del esquema del artículo 13 del Decreto 180 de 1988, propició injustamente una calificación que desfigura el esquema del proceso, afecta fundamentalmente su estructura, socaba las bases del juzgamiento desconociendo elementales garantías o derechos de defensa y naturalmente desembocando en la falsa motivación de una sentencia –que por poco– cae en los límites de lo absurdo."

Consideraciones de la Corte:

El Juzgado Primero de Orden Público de Medellín en providencia de fecha 13 de julio de 1990 condenó a Fabio León González Hernández a la pena privativa de la libertad de diez (10) años de prisión como responsable de violación del artículo 13 del Decreto 180 de 1988, sanción que fuera confirmada por el Tribunal Superior de Orden Público mediante fallo de fecha 24 de octubre de 1990 el que fue recurrido en casación.

El procesado se encuentra detenido desde el 11 de septiembre de 1989, es decir, ha descontado efectivamente de la pena impuesta en las instancias, veinte (20) meses y diez (10) días, insuficientes para ser considerada la excarcelación demandada al tenor del numeral 2º del artículo 439 del Código de Procedimiento Penal.

Resulta incomprensible la pretensión de la defensora del procesado, cuando demanda la Sala un pronunciamiento contrario a los postulados del recurso extraordinario de casación que ahora se tramita, ya que, la sentencia de segundo grado viene precedida del principio de legalidad y acierto. Solamente puede la Corte modificarla, con base en la demanda que se presente dentro del término legal y cualquier incidente como el que se pretende, es decir, que la Corte desconozca la calificación dada a los hechos por los Juzgadores de Instancia, la llevaría a la violación de otro principio constitucional como es el debido proceso, lo cual resulta inadmisible.

Es en la demanda y no en un escrito anticipado, con desconocimiento de la técnica que exige el recurso extraordinario, donde la parte recurrente debe presentar los ataques que considera necesarios para que la Corte invalide la actuación viciada en tratándose de nulidad o reemplazar el fallo impugnado por uno acorde con las pretensiones del demandante, en el evento de probar éste sustanciales violaciones de la ley por parte del juzgador.

En tales condiciones la petición de la defensora del procesado es tema que solamente puede ser considerado por la Sala al momento de decidir el recurso extraordinario de casación siempre y cuando sea motivo de acusación por la recurrente en su demanda y no como lo pretende, es decir, obtener una respuesta anticipada que dejara sin piso la impugnación extraordinaria.

Resulta extraño, por decir menos, que la apoderada del procesado quien recibió poder para sustentar el recurso extraordinario de casación, en lugar de presentar su

demanda, en el escrito que es objeto de pronunciamiento de la Sala, solicite la nulidad del proceso y la consecuente excarcelación de su representado, con desconocimiento total de las normas procesales que rigen la materia.

En efecto, el artículo 305 del Código de Procedimiento Penal consagra las causales de nulidad en el proceso penal, entre otras, la violación del derecho de defensa. Y, el artículo 308 ibidem, *enseña que "la parte que alegue una nulidad, deberá determinar la causal que invoca, las razones en que se funda y no podrá formular nueva solicitud de nulidad, sino por causal diferente o por hechos posteriores, salvo en el recurso de casación."*

Pero esa salvedad que indica el Código de Procedimiento Penal, no puede ser interpretada en sentido amplio, o sea, que los sujetos procesales, puedan proponer arbitrariamente nulidades caprichosa y arbitrariamente en el trámite del mismo. El legislador ha reservado tal facultad a los recurrentes (procesados) por medio de abogado titulado, parte civil y Ministerio Público) o a los no recurrentes mediante la coadyuvancia de la demanda, y la Corte solamente puede decidir lo pertinente, al momento de proferir el fallo definitivo, bien sea denegando las nulidades invocadas, ora declarando su prosperidad, o de advertirlas, oficiosamente declararlas (artículo 227 del C. de P.P.).

Si la apoderada del procesado considera que existe alguna nulidad que haga imperiosa la invalidación del proceso, deberá en su libelo de demanda proponerla, desde luego con la observancia plena de la técnica que exige el recurso extraordinario de casación y no como lo ha pretendido, es decir, en forma extemporánea y con el más absoluto desconocimiento de las normas que regulan la impugnación extraordinaria. Aceptar tales planteamientos, convertiría a la Corte en Tribunal de tercera instancia, lo cual resulta contrario a las normas vigentes y a la reiterada jurisprudencia de la Sala.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, se abstiene de considerar la petición de nulidad elevada por la apoderada del procesado Fabio León González Hernández y niega a éste el beneficio de libertad provisional, por las razones consignadas en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Dídimo Páez Velandia, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael Cortés Garnica
Secretario

Calificación de sumario / Nulidad

De manera reiterada ha venido sosteniendo la Corte que la omisión en el auto calificatorio de un hecho punible, o de uno o más de los autores del ilícito, que deban ser juzgados en un mismo proceso, no constituye motivo de nulidad.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Carreño Luengas.*
Aprobada Acta No. 33 mayo 22 de 1991.
Bogotá, D.E., mayo veintitrés (23) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Vistos

El Tribunal Superior de Aduanas mediante sentencia del 22 de agosto de 1990, confirmó la dictada por el Juzgado Primero Superior de Aduanas de Bogotá que condenó a Hildebrando Pulido Páez a la pena principal de dieciocho meses de prisión como responsable de los delitos de contrabando interno y uso de documento público falso.

Contra esta decisión interpuso en oportunidad el abogado defensor del sentenciado el recurso extraordinario de casación que la Corte procede a resolver, agotada como se encuentra la correspondiente actuación.

Hechos y actuación procesal

Aparece de autos que el cinco de febrero de 1988, las autoridades de Policía (Sijin) al registrar el inmueble ubicado en la carrera 71 No. 55-27 encontraron en poder del acusado un campero Toyota, modelo 1982 de ilícita procedencia con placas IC 8481 adulteradas y que Pulido Páez y mediante el uso de una tarjeta de propiedad igualmente espuria, había prometido vender a la señora Luz Marina Caicedo.

Por estos hechos, se llamó a responder en juicio penal a Hildebrando Pulido por los delitos de contrabando interno y uso de documento público falso. En la parte motiva del auto enjuiciatorio el Juez consideró conveniente reabrir la investigación

contra el mismo procesado por un posible delito de estafa en bienes de Luz Marina Caicedo, pero en la parte resolutiva omitió hacer dicho pronunciamiento.

Adelantada la causa y llegado el momento de la audiencia pública, en ella el señor Fiscal del Juzgado formuló por escrito sus alegaciones pidiendo la condena del acusado, mientras la defensa reclamaba para su asistido un fallo absolutorio.

Concluido el debate se profirieron las sentencias condenatorias de *primera y segunda* instancia.

La demanda de casación

Con fundamento en la causal tercera de casación del artículo 226 del C. de P.P., solicita el recurrente casar la sentencia de segunda instancia con el argumento de que ella se profirió en un proceso viciado de nulidad.

Dos cargos presenta el censor dentro de un mismo capítulo al amparo de la citada causal:

Sostiene en primer lugar, que se incurrió en nulidad en el proceso a partir de la resolución de acusación, debido a que en dicha providencia se formularon cargos únicamente por los delitos de contrabando y falsedad, omitiéndose la calificación por un posible delito de estafa, pues si bien en la parte motiva del auto se habló de reabrir la investigación por este comportamiento ilícito, no se dispuso esta medida en la parte resolutiva "... quedando así el hecho punible sin calificación y por consiguiente afectado de esta manera el debido proceso... por rompimiento de la unidad procesal...".

Arguye en segundo lugar el censor, que también se incurrió en nulidad en la diligencia pública, debido a que en el curso de ella el Fiscal del Juzgado limitó su intervención a presentar sus alegaciones por escrito, lo cual en sentir del recurrente "... quebranta las formas propias del juicio...".

El Ministerio Público

Inicia el señor Procurador el examen de la demanda poniendo en evidencia la ausencia de interés jurídico en el recurrente.

"Como se ve –afirma el señor Procurador– el demandante, lejos de perseguir el resarcimiento de un agravio ocasionado con una decisión injusta, contraria a derecho, el anhelo del defensor es que se efectivice la investigación por un nuevo delito sin que le interese ver de pronto a Pulido Páez sometido a nuevos interrogatorios de incriminación y demás vicisitudes que presenta un proceso penal...".

Agrega el señor Procurador, que por otra parte ningún sustento jurídico amerita la declaratoria de nulidad. Es la misma ley (art. 5º del Decreto 1861 de 1989) la que establece que no habrá lugar a la conservación de la unidad procesal, cuando la resolución de acusación no comprenda todos los hechos punibles a todos los partícipes y que la omisión en que incurrió el Juez en la parte resolutiva de su providencia fue subsanada por el Superior.

En relación con el segundo cargo, afirma el señor Fiscal que si no se leyó en la audiencia pública el escrito de la Fiscal, el abogado defensor tuvo oportunidad de conocerlo porque a él se refirió en el curso del debate. Concluye, expresando que no se ve cómo se haya quebrantado por este hecho "... el debido proceso o menguado el derecho de defensa del acusado...". De ahí que demande de la Corte desechar los cargos formulados.

Consideraciones de la Corte

No irradia seguridad y firmeza el demandante en sus planteamientos, sino que por el contrario, se muestra dubitativo e inseguro respecto de ellos. El libelo no guarda armonía ni correspondencia entre los diferentes reparos, pues, en el primer cargo niega la validez de la causa desde la resolución de acusación y en el segundo, que formula dentro del mismo capítulo, la acepta para presentar reclamos únicamente en relación con la intervención del señor Fiscal en la audiencia pública sin precisar en qué forma esta presunta irregularidad lesiona el derecho de defensa o quebranta en forma grave el debido proceso.

Por otra parte, el primer cargo de nulidad por una incompleta calificación o supuesto rompimiento de la unidad procesal, en la forma como fue formulado pone en evidencia la falta del presupuesto de la *legitimatio ad causam* o interés jurídico en el demandante, pues está pretendiendo que se revoque la sentencia que contempla una situación favorable o benévola para que el procesado sea juzgado por un nuevo delito, petición que indudablemente hace más gravosa la situación jurídica de aquél con inocultable perjuicio para sus intereses.

No obstante estas manifiestas deficiencias en la formulación de los cargos, la Sala se ocupará de ellos por tratarse de la causal tercera de nulidad que por mandato expreso de la ley puede examinarse de manera oficiosa.

Primer cargo

De manera reiterada ha venido sosteniendo esta Corporación que la omisión en el auto calificatorio de un hecho punible, o de uno o más de los autores del ilícito, que deban ser juzgados en un mismo proceso por razones de conexidad no constituye motivo de nulidad, ya que es una simple irregularidad que puede ser subsanada con la expedición de las copias correspondientes. El propio artículo 14 del C. de P.P. que consagra la unidad del proceso expresamente determina que "... sin embargo, la ruptura de la unidad procesal no genera nulidad siempre que no afecte el derecho de defensa".

Por otra parte, como bien lo anota el señor Procurador, en su concepto, el artículo 5º del Decreto 1861 de 1989, autoriza el rompimiento de la unidad procesal cuando la resolución de acusación no comprenda todos los hechos punibles o a todos los partícipes.

Por eso ha dicho la Corte, que "... La doctrina es permanente y abundante en cuanto repudia declaraciones de nulidad como la pretendida por el actor sobre actuaciones de ésta o similar índole. Acoger los planteamientos presentados, será tanto como estimular la impunidad que la sociedad rechaza ahora más que nunca. Y es que

la ley procesal tiene como objetivo el investigar y fallar en un mismo proceso, hasta donde sea posible, todos los aspectos personales y de hecho que la comisión de uno o varios delitos susciten, igualmente en cabeza de uno o varios procesados...".

"... En omisión involuntaria, las dificultades en la investigación o el errado juicio de no interesar al juzgamiento, ha dicho la Corte, tienen remedio procesal mediante la expedición de copias para evitar la destrucción y desconocimiento de lo actuado, sin que ello implique el margenamiento de las formas propias del juicio o el quebrantamiento del principio constitucional del derecho de defensa. Por el contrario, si se procede de tal manera, se está garantizando al procesado un trámite oportuno de la causa y la definición de fondo del asunto..." (Cas., abril 11 de 1988. M.P. Dr. Gustavo Gómez Velásquez).

En el caso que ahora se analiza, si bien el juez dispuso en la parte motiva la reapertura de la investigación por el delito de Estafa y omitió el mismo pronunciamiento en la parte resolutiva, tal irregularidad ya fue subsanada por el Superior inmediato al ordenar la expedición de copias para adelantar como es lo debido la investigación por este reato que en el momento de la calificación no encontró el juez suficientemente probado, sin que por este hecho, se desconozcan las garantías del procesado en relación con su derecho de defensa o el debido proceso.

No prospera el cargo.

Segundo cargo

Pretende el impugnante que se declare la nulidad del proceso porque el señor Fiscal en la audiencia pública se limitó a presentar por escrito sus alegaciones sin dar oportunidad a la defensa a conocer y refutar los cargos.

No obstante que el acta de la audiencia pública otorga razón al demandante en sus afirmaciones, de la lectura de la sentencia y de las alegaciones del propio defensor, puede deducirse que el Fiscal del Juzgado, no limitó su intervención a la sola presentación de su alegato escrito.

Así, en la sentencia de primera instancia afirma el Juez que "... la doctora Nubia López en su intervención del ocho de mayo de los cursantes, luego de hacer un juicioso análisis del recaudo probatorio, llega a la conclusión de que están más que reunidos los requisitos de que trata el artículo 247 del C. de P.P. para proferir sentencia condenatoria...".

Y el acta de audiencia pública, recoge estas palabras del señor defensor en relación con la intervención de la representante del Ministerio Público, que demuestran que el profesional no sólo conoció los argumentos de la Fiscal, sino que además tuvo oportunidad de controvertirlos en el curso del debate. Se lee en el acta:

"... La señora Fiscal dice que para ella no es nada conveniente la forma como explicó el acusado su conducta. Pero, créame señor Juez, que esta forma de negociaciones en tratándose de vehículos es de ocurrencia diaria en nuestro país...".

Pero, aun en el supuesto de que se diera total credibilidad a las manifestaciones contenidas en la demanda al formular el cargo, en el sentido de que el Ministerio

Público no intervino oralmente en la audiencia, sino únicamente por escrito, tal circunstancia no engendra por sí sola nulidad de rango constitucional como lo pretende la casacionista, pues los cargos contra el acusado ya habían sido formulados en la resolución de acusación, eran suficientemente conocidos por el procesado y su defensor, sin que existiese por tanto factor alguno que limitara o cercenara las garantías del procesado o la esencia misma del juicio.

Por otra parte, si bien es recomendable que el Fiscal presente oralmente sus puntos de vista y luego un resumen de sus alegaciones, no constituye causal de nulidad la inobservancia del procedimiento anterior, pues no se ve de qué manera dicho silencio pueda lesionar el derecho de defensa con mayor razón si se tiene en cuenta que cualquiera de los sujetos procesales disfruta de la facultad de hacer leer los razonamientos del Fiscal, atribución de la cual no hizo uso quien defendía los intereses del acusado.

Con acierto ha dicho la Corte que "... no toda irregularidad o vicio en el procedimiento implica la existencia de una nulidad. Para que ella exista es indispensable que el vicio sea sustancial o sea, atinente al ser o a la existencia del proceso en tal forma que la omisión del acto o diligencia afecte las bases del juzgamiento o quebrante los intereses de la justicia o de las partes que en él intervienen..." (Corte Suprema, mayo 16 de 1962).

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, NO CASA la sentencia de fecha, origen y naturaleza anotados en la parte motiva de esta providencia y recurrida a nombre del procesado Hildebrando Pulido Páez.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Dídimo Páez Velandia, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael Cortés Garnica
Secretario

Nulidad / Resolución de acusación

Con relación a la Resolución Acusatoria, la nulidad sólo emerge frente a una redacción a tal grado imprecisa, anfibológica o contradictoria, que se traduzca en quebrantamiento del debido proceso o dificulte el ejercicio de la defensa.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Juan Manuel Torres Fresneda.*
Aprobada Acta número 33.
Bogotá, D.E., mayo veintitrés (23) de mil novecientos noventa y uno (1991).

NULIDAD. *(Por omisión de pruebas).* En casos la negativa y la omisión de pruebas generan nulidad. Se rememora pronunciamiento anterior (Cas. Nov. 84 M.P. Dr. Fabio Calderón Botero).

NULIDAD. *(Por falta de motivación de la R. acusatoria).* Sólo emerge frente a una redacción a tal grado imprecisa, anfibológica o contradictoria, que se traduzca en quebrantamiento del debido proceso o dificultad para el ejercicio de la defensa, porque se le impida entrar a desvirtuar la acusación o resulte sorprendida con alternativas sobre las cuales no tuvo oportunidad de controvertir.

Vistos

Se ocupa la Sala de resolver el recurso de casación interpuesto y sustentado oportunamente por la defensa en contra de la sentencia del 3 de mayo de 1990 dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, decisión que al confirmar la de primera instancia condena a Néstor Marino Parra Peña a la pena principal de diez años de prisión como responsable de homicidio en Noé Muñoz Guerrero.

Hechos y actuación procesal

Frente al inmueble número 12-28 de la Avenida Sexta de Bogotá, en la noche del 12 al 13 de agosto de 1987 se practicó el levantamiento del cadáver de Noé Muñoz

Guerrero, el cual presentaba seis heridas, que al examen del prosector oficial se dictaminaron como correspondientes a los orificios de entrada y salida de tres disparos de arma de fuego, uno de los cuales ocasionaría la muerte por "laceración del hilio pulmonar derecho" (folios 3 y 29 del cuaderno original).

Adelantada la investigación por el Juzgado 28 de Instrucción Criminal de Bogotá, en ella surgieron cargos en contra de Néstor Mariño Parra Peña y Florentino Velandia, cuya vinculación obró mediante injurada, luego de la cual y a raíz de la excarcelación concedida eludiría el primero su comparecencia al proceso, razón por la cual debió notificársele el cierre de la investigación y luego la resolución acusatoria mediante edicto, enteramiento forzado por su renuencia ante las citaciones del Juzgado y la fallida captura dispuesta (folios 298, 314, 334, 335, 336 y 340).

Confirmado el auto calificatorio por el Tribunal, y con él en firme la cesación de procedimiento decretada en favor del sindicado Velandia, pasó la causa al Juzgado Veinticuatro Superior de Bogotá, que luego de transcurridos varios meses en la integración del jurado de conciencia celebró finalmente la audiencia sin su participación ante la vigencia del Decreto 1861 de 1989.

Como no medió solicitud de pruebas en la causa, ni el Juzgado las ordenó de oficio, halló suficientes las incipientemente allegadas para proferir la sentencia de condena, que, a su vez confirmada por el Tribunal, se somete al presente recurso extraordinario.

La demanda

Tres cargos en contra de la sentencia acusada contiene el escrito del señor defensor recurrente, dos de ellos apoyados en la causal 3ª de casación, y el último en la causal primera, para cuyo desarrollo se ayuda el proponente con numerosas y extensas citas de jurisprudencia y de doctrina.

Primer cargo: Nulidad del proceso por violación de las formas propias del juicio. Se afirma bajo esta censura que la sentencia se profirió en juicio viciado de nulidad, porque en la resolución acusatoria el juez encargado de la calificación sumarial cometió irregularidades sustanciales con las que se vulneraron las formas propias del juicio, pues no se fijó el alcance de las pruebas "en las cuales se fundamento o descansa todo el juicio de responsabilidad (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad)", ni el de aquellas "en las cuales se fundamentan las circunstancias específicas de agravación punitiva". Estos defectos redundarían a su juicio en falta de motivación de esa providencia, constituyendo "irregularidades sustanciales" de tal naturaleza que aún ameritarían una declaratoria "oficiosa" de la nulidad.

Toma luego el difuso escrito de demanda como punto de partida los requisitos sustanciales y de forma de la resolución acusatoria, para concluir en que la proferida en este caso carece de la motivación debida, porque en su texto no fueron apreciadas varias de las pruebas allegadas durante la investigación surtiendo la omisión efectos prejudiciales para el procesado, a quien se habría condenado como único autor del homicidio, muy a pesar de que la realidad vertida por las pruebas omitidas en su valoración daba cuenta de la posible participación de otras personas en la agresión.

A sabiendas, concluye, el Tribunal habría proferido la sentencia a pesar de las irregularidades que afectaban la resolución que le servía de sustento.

Especificando las pruebas que habría dejado de valorar el juzgador en la resolución acusatoria, de modo muy somero aludió a los testimonios de Luis Enrique Muñoz criticando que no se hubiera realizado sobre él un detenido análisis y evaluación; al de Adela Muñoz porque no se profundizó su alusión a la participación del individuo conocido como el "Tuerto"; a los de Aime Dubar Rodríguez, Rogelio de Jesús Manrique y Florentino Velandia, sin referencia al contenido de sus dichos; la versión de Humberto Méndez, quien propuso que los disparos se realizaron en la calle, y al de Gabriel Gómez, precisamente incriminatorio para el acusado, cuyo comportamiento aludió el declarante haber visto cuando desenfundó "un revólver y le hizo dos tiros o más..." al ofendido, quien alcanzó a salir de allí "corriendo".

De los fragmentarios apartes tomados de las declaraciones anteriores, infiere el censor que el caudal probatorio no fue apreciado en su conjunto, resultando en su lugar "atropellado en sus efectos para buscar deliberadamente efectos de condena". Que "se ha ultrajado... la investigación con una simple relación o transcripción de material probatorio a sabiendas de que tal simulacro no constituye pliego de cargos ni constituye fundamento legal con efectos de condena", pues la "simple transcripción del material probatorio" "no es pliego de cargos ni fija procesalmente los hechos por los cuales se llama a responder en juicio".

Dentro del mismo discurso crítico intercala el actor dos motivos más de acusación por nulidad como son el no haberse notificado personalmente la resolución de acusación ni el auto de apertura a pruebas al acusado y a su defensor, con desconocimiento, dice, de lo preceptuado en el artículo 472 del C. de P.P., pues Parra Peña gozaba de libertad provisional, pero en el expediente "existían direcciones plenamente singularizadas" de los sitios donde se encontraba, lo que hacía fácil su localización. Una omisión tal, en su sentir, sólo obedecía al "deliberado propósito" de los juzgadores para que no se conociera el término para solicitud de pruebas en el juicio, agregando que el proceso estuvo "guardado cerca de un año" y de "un momento a otro se empieza a sorprender con providencias que no podían conocerse por el procesado, ante la negativa de citarlo a direcciones conocidas.

En la desordenada exposición salta atrás para recordar apartes de la declaración del ya mencionao Luis Enrique Muñoz en las que éste afirma que su hermano fue muerto por heridas de arma de fuego y cortopunzantes y relata haber averiguado por su cuenta que en el homicidio "están comprometidos los individuos Luis Cubillos, Rogelio N., Néstor Parra y el señor alias el "Tuerto"... Floro Velandia".

El contenido de esta declaración lleva al casacionista a preguntarse el por qué del compromiso penal exclusivo para su patrocinado y a reiterar su criterio de que el material probatorio no fue completamente analizado.

Bajo el aparte que encabeza con el epígrafe "Demostración del cargo", en medio de nuevas citas doctrinales enfoca su atención sobre la falta de vinculación de los terceros de que habló el testigo consanguíneo del occiso, afirmando que debe entonces decretarse la nulidad de la actuación por violación de garantías constitucio-

nales y procesales y aun del derecho de defensa, pues se ha imposibilitado la adecuación típica de algunos comportamientos, se ha atentado contra la economía procesal, creado la posibilidad de decisiones contradictorias y menoscabado o hecho más gravosos los derechos del perjudicado, situación que no se hubiera presentado de haber sido vinculados los demás partícipes del delito, pues con ello no se habría fijado en el pliego de cargos la responsabilidad exclusiva del procesado, en cuyo poder tampoco se encontró arma cortopunzante alguna. Se pregunta, entonces, si careciendo de medios podía imputarse al acusado la autoría de la lesión mortal cortante, o siquiera acusarle mientras se descubría al verdadero ejecutor material.

Cargo segundo: Nulidad del proceso por violación del derecho de defensa. La sentencia se dictó en juicio nulo por omisión en la práctica de pruebas.

Asegura el censor que las pruebas que dejaron de practicarse en detrimento de los intereses de su representado fueron algunas de las ordenadas en la etapa instructiva, irregularidad que pretende explicar por qué una vez se liberó provisionalmente a Parra Peña, el expediente se guardó en un escritorio de la Secretaría.

Sin precisar la fuente de su información, afirma en su discurso que cuatro fueron los disparos hechos contra la víctima, y que así se aceptase en gracia de discusión que dos de ellos se ejecutaron por el acusado, jamás se estableció por el forense cual o cuáles resultaron de índole mortal, como tampoco la investigación se extendió a esclarecer la entidad de las lesiones cortantes a que aludieron los testigos, y que el juzgador menospreció para cargar todo el peso de la responsabilidad en contra del penado.

Censurando la omisión de esas pruebas en la audiencia, acusa su inobservancia como consecuencia de la inercia judicial, a la cual imputa la inactividad del proceso entre 1988 y 1989, refundiendo en este segundo cargo argumentos conformativos del primero, reclamando que a su cliente no se le hubiera dado la oportunidad de intervenir y pedir pruebas, pues estima que ni se le enteró la resolución acusatoria ni se le impuso personalmente del auto que abría el juicio a pruebas, actos que obedecían a la maniobra preconcebida de no verificar dichas pruebas.

Tratando de precisar esos vacíos, cuestiona que no se hubiese verificado inspección sobre el cadáver para determinar cuántos impactos de bala presentaba, si al acusado sólo se le imputaba por Luis Enrique Muñoz la ejecución de dos disparos; que no se hubiese escuchado el testimonio de Luis Enrique Rohayo, quien mencionaba la presencia de otras personas acompañando al acusado; por qué no se investigó sobre las heridas cortantes que se dijo sufriera el occiso, y sobre las cuales nada dice la necropsia, dictamen deficiente porque omitió toda referencia a las mortales heridas "propinadas por terceros en la humanidad del occiso".

Como consecuencia de los dos primeros cargos, solicita el casacionista la invalidación del proceso, a partir, inclusive, de la resolución acusatoria, decisión que pide complementar con el decreto de libertad de su representado.

Cargo tercero: Violación indirecta de la ley sustantiva. El sentenciador incurrió en error manifiesto de hecho por falso juicio de identidad en la "interpretación de las pruebas existentes o aducidas".

Después del recuento de principios doctrinales y jurisprudenciales en torno al tema, ensaya el censor a concretar la acusación afirmando que el fallador confirmó la sentencia a sabiendas de que existía una resolución de acusación notoriamente viciada, en la cual se había asignado a las pruebas un sentido que pugnaba abiertamente con el comportamiento desplegado por el acusado.

Con alusión a la "mortal puñalada recibida de terceros..." discurre sobre la gravedad de esa herida señalándola como causa verdadero del deceso de la víctima, afirmando que su cliente no podría ser responsabilizado del homicidio porque no portaba arma cortopunzante alguna, en tanto que los dos disparos que se le atribuyen no eran de índole mortal, basándose en que al recibirlos, el occiso alcanzó a correr, siendo los dos disparos finales los causantes del deceso.

Aludiendo al error de hecho sostiene que éste se configura cuando la sentencia omite la valoración de "causas determinantes en los resultados obtenidos", pero sin llegar a precisar cuáles fueron las pruebas ignoradas por el Tribunal, sólo menciona dos hechos que sostiene estaba obligado a considerar, concretándolos en los disparos finales y las lesiones cortantes, insistiendo apenas dentro de un ámbito abstracto en que el Tribunal ignoró "los requisitos para la eficacia de la prueba" y que "pasó por encima de la muchedumbre de contraindicios que militaban en el proceso", señalando para concluir como normas violadas el artículo 323 del C.P. y "de reflejo" el 247 del C. de P.P., recordando los principios generales que regulan la apreciación probatoria, pero olvidándose invariablemente de señalar los elementos de juicio sobre los cuales habría recaído el yerro apreciativo.

Concepto de la Delegada

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal se aparta de la pretensión del demandante y sugiere que no se case el fallo acusado, pues encuentra que el libelo presenta fallas de orden técnico relacionadas con la estructuración de las diversas censuras.

Al referirse al primer cargo observa que la motivación de las decisiones judiciales es una exigencia constitucional desarrollada con precisión en los artículos 133 del C. de P.C. y 186 del C. de P.P., y que cuando el fallador omite las formalidades de carácter sustancial de esa providencia, que luego confirma el artículo 471 del C. de P.P., está desconociendo el debido proceso y el derecho de defensa que, según considera, "con arreglo en el artículo 305 numerales 2 y 3 del C. de P.P. constituye causal de nulidad de carácter legal" y no constitucional como lo afirma el casacionista atenido a la elaboración jurisprudencial que le dio cabida bajo ese ámbito en vigencia de la derogada legislación instrumental.

Encuentra entonces "una primera falla de técnica frente a las especialísimas y exigentes reglas de la casación", pues aducir como nulidad constitucional una de orden legal constituye inobservancia del "conocido principio de delimitación" propio de este medio de impugnación y deja incompleta la censura.

Pese a que el ataque del demandante en la primera parte del primer cargo se hace con fundamento en que la resolución acusatoria es nula porque se omitió el requisito

esencial de la valoración de pruebas allegadas a la investigación, y que consiguientemente el fallo basado en esa decisión debe también invalidarse, el señor Procurador interpreta que la acusación lo es en contra de la sentencia por falta de debida motivación, gracias a la unidad que entre esas dos decisiones trascendentales existe, y así considera incompleta la censura porque el actor omitió señalar las pruebas cuya falta de valoración le atribuye al juzgador, al remitirse, como adujo, a una simple relación, incurriendo en defecto argumentativo.

Para completar su pensamiento se ocupa prolijamente de las aseveraciones sueltas y desconcertadas de la demanda, respondiéndolas y precisando ante cada una de ellas los yerros argumentales que observa.

De la acusación por falta de notificación de la resolución acusatoria y del auto de apertura a pruebas en forma personal al acusado, destaca el Ministerio Público que quedó apenas enunciada y que el actor no se preocupó por su demostración. Aquí recuerda que la demanda de casación difiere de las alegaciones de instancia, y se ocupa de tratar los requisitos formales de aquélla, anotando de paso que, de darse la situación omisiva alegada, se trataría de una nulidad legal, y no jurisprudencial.

De esta última acotación deduce contradicción "hacia el interior de la causal tercera", porque si se planteó la falta de motivación de la sentencia se está admitiendo con la segunda parte del primer cargo la legalidad de la actuación que la precedió. Pero sin embargo de estas observaciones, también aquí, entra a analizarlas para demostrar su falta de fundamento.

El segundo cargo amparado bajo la causal de nulidad, que el actor hace consistir en la no práctica de las pruebas decretadas en la etapa de instrucción, también es desechado por el Ministerio Público por fallas de técnica en su demostración.

Pone de manifiesto que el libelo no señala las pruebas decretadas y no practicadas, ni su incidencia, conducencia ni trascendencia "en pro de la defensa del acusado", y reprueba el lanzamiento de afirmaciones sobre hechos tales como que al occiso se le propinaron más disparos de los que dan cuenta los autos y heridas con arma cortopunzante, todo ello sin precisarse la *razón* del dicho. A seguido entra a dar respuesta a algunos de los autointerrogantes del actor con los cuales pretendió dar énfasis a su farragosa alegación.

Al tercer cargo contra la sentencia, como se recuerda, fundado en la causal primera de casación, responde también descalificándolo por errores técnicos.

Estima el funcionario que el casacionista entremezcla supuestos que corresponden a varias causales al afirmar que el Tribunal incurrió en falso juicio de identidad "respecto de la prueba como causal de nulidad" y que con ese equivocado método contraría el principio de autonomía y la prohibición de formular cargos incompatibles "bien sea hacia el interior de una causal, ora respecto de las varias aducidas.

Añade que ese cargo es contradictorio con el primero en que alegó falta de motivación de la sentencia, y concluye que los planteamientos de la demanda se reducen a la exposición de un criterio contrario al del fallador, sin que de ese modo pueda jamás conformarse un error probatorio censurable en casación.

Consideraciones de la Sala

Los evidentes errores de técnica que contiene la demanda y sobre los cuales resalta la delegada, impiden la prosperidad de los cargos propuestos, obligando se mantenga en firme la sentencia motivo de recurso.

La falta de motivación de la resolución acusatoria que el actor hace consistir en omisión de la valoración de algunas de las pruebas allegadas a la investigación, no es acusación que por sí misma pueda prosperar a la luz de la causal 3ª de casación, pues tal evento no ha sido previsto como causal expresa de nulidad. Recuérdese que con relación a esta importante pieza procesal, la nulidad sólo emerge frente a una redacción a tal grado imprecisa, anfibológica o contradictoria que se traduzca en quebrantamiento del debido proceso o dificultad para el ejercicio de la defensa, porque a ésta se le impida entrar a desvirtuar la acusación, o resulte sorprendida con alternativas sobre las cuales no tuvo oportunidad de controvertir.

Ninguno de éstos cargos concreta en sus alegaciones del casacionista, omitiendo indicar de qué manera la inatención de las pruebas tan superficialmente aludidas incidió desfavorablemente en las decisiones que impugna, como tampoco demostró qué normas resultaron efectivamente ignoradas mediante el procedimiento que de irregular acusa.

Pero además de haber escogido una vía equivocada, el cargo resulta impreciso:

Obsérvese al respecto cómo la alegada falta de motivación de la resolución acusatoria se hace consistir en que se omitió valorar unas testimonios que aludían a la posibilidad de que personas distintas del procesado (y que jamás se identifican), hubieran participado en la perpetración del homicidio mediante utilización de armas cortantes, porque Parra Peña sólo habría disparado en dos ocasiones contra la víctima para, sobre esa base argumental, extender la nulidad al conculcamiento de garantías diversas de las formas propias del juicio con que encabeza la censura, pluralidad de planteamientos que extiende a fallas en la ratificación del cierre instructivo, de la resolución acusatoria y aun del auto de apertura a pruebas.

Además de distanciarse con ello de la realidad procesal que sólo demostró en la víctima la presencia de tres heridas causadas todas por proyectiles de arma de fuego (folio 29), y que las notificaciones se cumplieron como lo demanda la ley, olvidó el casacionista que la no vinculación al proceso de personas distintas del condenado no comporta nulidad, y distrayéndose en cambio del cargo enunciado como capital, le restó seriedad entrando a transformar su censura en su verdadero memorial de instancia, distante de aquella alegación clara y precisa que exige la ley para sustentación del recurso extraordinario, obligando con ello a recordarle que la acusación debe ceñirse a lineamientos de forma y de lógica dentro de una presentación clara y coherente, y no a través de la formulación de cargos al azar y bajo el amparo de disímiles posibilidades, con la aparente esperanza de que la Corte seleccione a su arbitrio a cuál de ellos responder, como pareció entenderlo al rematar con un pedido de nulidad oficiosa.

Y si bien en el cargo que se analiza alude tangencialmente el demandante a falta de motivación en la sentencia, censura que la Delegada interpreta y responde como

propuesta violación al artículo 163 de la Constitución, tal evento tampoco se demostró en momento alguno, sin que pueda colegirse lo contrario de la sola afirmación de haber dado el Tribunal conclusión a las instancias a sabiendas de los defectos que el trámite y el pliego acusatorio encerraban, porque un cargo tal exigía un planteamiento íntegro y concreto, que la demanda tampoco desarrolla, y que generaba, de haber ello ocurrido, consecuencias bien diversas, inconciliables con aquellas que se desprenden de la censura realmente intentada.

Por deficiente presentación de la censura, se impone, entonces, su rechazo.

Carece también de posibilidad de éxito el cargo segundo, en que el actor alega que con la omitida práctica de unas pruebas se vulneró el derecho de defensa al procesado.

"La negativa de practicar pruebas o la omisión en recaudarlas puede constituir nulidad supralegal. Pero no toda negativa u omisión de pruebas tiene ese carácter. Tanto la negativa como la omisión deben significar: la primera, una forma forma de obstaculizar el ejercicio de la defensa y, la segunda, una inercia censurable de los jueces. Es necesario, por consiguiente, que tales circunstancias afecten de manera grave y ostensible el derecho de defensa.

"Esta exigencia se alcanza si las pruebas que se niegan u omiten son sustanciales porque apuntan a la responsabilidad del procesado para excluirla o atenuarla. No basta afirmar esa dirección de las pruebas no practicadas, es fundamental que emerja de la investigación la probabilidad de que tienen un contenido capaz de modificar favorablemente la situación jurídica del inculpado. Sólo sobre bases conocidas en el proceso que revelen esa capacidad transformadora procede alegar la nulidad constitucional que se invoca. De lo contrario, el intento resultará fallido" (Sent. Nov. 1984 M.P. Dr. Fabio Calderón Botero).

Frente a estas exigencias, la formulación que trae el censor no pasa de ser un reiterativo y desordenado catálogo de afirmaciones que a veces vuelve a relacionar con las críticas del cargo primero, sin resolverse por una acusación determinada, ni demostrar de qué manera las pruebas omitidas desconocieron el derecho de defensa del acusado.

Por lo demás, no se vislumbra dentro de la realidad que abriga el proceso una irregularidad que de modo sustancial hubiese afectado en su esfuerzo defensivo a Peña Parra, haciéndose en cambio evidente que la notificación del cierre instructivo y luego la del auto acusatorio se cumplieron con ceñimiento a la legalidad, teniendo en cuenta que una vez citado a la dirección registrada en la diligencia de excarcelación el acusado fue renuente a concurrir, e infructuosa su captura, razones suficientes para dar por formal su enteramiento que, extensivo a su defensor, dio lugar para la interposición del recurso de alzada en contra de la resolución acusatoria. Del mismo modo ha de advertirse que en la causa no se percenó oportunidad alguna para que se solicitaran pruebas, si es que alguna importante restaba de aquellas ordenadas dentro del sumario, mostrándose a suficiencia el esmero del defensor para procurarle una solución favorable al acusado, frente a la grave evidencia que le comprometía, atenido ese esfuerzo a una realidad procesal no discutida, pues ni siquiera el dictamen del forense se impugnó cuando dedujo como únicas lesiones sobre la víctima las

producidas por arma de fuego, evidencia de la cual quedó constancia gráfica con las fotografías que integran el acta de levantamiento, que tornaba inútil el allegamiento de otros medios que pretendiesen discutir lo que se hallaba de todos a la vista.

Inútil, pues, si no temerario, pretender cómo se busca el decreto oficioso de nulidades en sede de casación sobre la base de una realidad distinta de aquella que entraña el expediente.

El tercer cargo, para concluir, no es menos infortunado que los anteriores. Se alega en él violación indirecta de la ley sustantiva y procesal por errores de hecho consistentes en falso juicio de convicción, porque el sentenciador equivocó la "interpretación de las pruebas existentes o aducidas". Sin embargo, la censura se quedó en su sola enunciación, pues el casacionista no se ocupó por demostrarla en modo alguno omitiendo señalar las pruebas supuestamente objeto de la falsa interpretación, distrayendo en cambio la atención en pluralidad de especulaciones carentes de asidero en el proceso, para llegar con base en ellas a unas conclusiones no menos inasibles, lo que impide a la sazón cualquier análisis de su censura.

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.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase.

Dídimo Páez Velandia, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael Cortés Garnica
Secretario

* * *

Parte civil. / Recurso – Interés

Si bien la parte civil posee el derecho a la interposición de recursos, esa titularidad no puede ser equiparada al interés para ejercitarlos.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Doctor *Dídimo Páez Velandia.*
Aprobada Acta número 33, mayo veintidós (22) de 1991.
Bogotá, D.E., veinticuatro (24) de mayo de mil novecientos noventa y uno (1991).

Vistos

Sobre la aptitud formal de la demanda que, durante el término de traslado ordenado en el auto admisorio del recurso, fue presentada por la Parte Civil reconocida en este asunto, debe pronunciarse la Corte.

Antecedentes

1. Mediante fallo del 27 de julio de 1990, el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, impartió confirmación a la sentencia de primera instancia, por la cual se condenó a Salvador Cortés Méndez a la pena principal de cuarenta y cuatro meses de prisión y al pago en concreto de $24.800.000.00 por concepto de perjuicios materiales y 600 gramos oro por daños morales, modificándola en el sentido de fijar la pena privativa de la libertad en cien meses y el monto por perjuicios materiales en $24.774.429.00.

2. Contra tal decisión, el defensor del procesado y la apoderada de la Parte Civil interpusieron recurso extraordinario de casación, en cuyo trámite presentaron las respectivas demandas.

3. En lo esencial, la representante de los intereses privados acusa la sentencia de ser violatoria de la ley sustancial por vía directa, a consecuencia de la errónea interpretación que se hizo de las disposiciones reguladoras del resarcimiento de perjuicios derivados del delito.

Acepta la cuantía de la indemnización fijada en la sentencia, a cuyo pago en concreto fuera condenado el procesado, pero estima que se incurrió en error al no individualizarse el daño respecto de las diversas personas naturales perjudicadas y constituidas en parte civil, el cual, considera, es de naturaleza individual, sentido en el que deben ser interpretados los artículos 103, 104 y 106 del Código Penal cuando hacen referencia al concepto de "perjudicado". Al no procederse así, concluye, la sentencia es violatoria de la ley sustancial, imponiéndose su casación parcial para que, consecuentemente, la Corte proceda a señalar el porcentaje concreto correspondiente a cada uno de los perjudicados de la suma total que por concepto de daño material y moral fuera fijada en el fallo recurrido.

Consideraciones de la Corte

De acuerdo con el criterio constante, la naturaleza de la intervención de la Parte Civil, en el proceso penal se define por su objeto, esto es, la obtención del resarcimiento de los perjuicios ocasionados por la infracción.

Ese mismo objetivo, señala los límites dentro de los cuales la Parte Civil ha de cumplir sus diversas actuaciones en desarrollo del proceso penal, entre otros, ejercer el derecho de impugnación. Con fundamento en esto, ha sido entendido que si bien la parte civil posee el derecho a la interposición de los recursos, incluido el extraordinario de casación, esa titularidad *derivada en forma general y abstracta de su sola calidad de parte, no puede ser equiparada al* interés *para ejercitarlos.*

Por eso, en este sentido, se sostiene que la titularidad de la impugnación por la Parte Civil no puede actualizarse o concretarse, si no aparece legitimado. Esa legitimación la proporciona por supuesto el desarrollo procesal, el sentido e intensidad de las decisiones del juez en que se mida y precise el agravio causado con la resolución judicial y se determine, simultáneamente, el interés afectado con ella, lo cual hace que, una vez obtenido el fallo de condena al pago de los perjuicios –como acontece en este caso–, sólo esté legitimada para combatirlo si su derecho a la indemnización ha sido desconocido o disminuido. Si contrariamente, la impugnación no pretende discutir el derecho al resarcimiento del perjuicio, la ausencia de interés ofrécese manifiesta.

En la situación sub examine, *la misma recurrente pone en evidencia cómo su propósito con la interposición del recurso no es cuestionar el reconocimiento del derecho a la indemnización que se hiciera en el fallo, ni el monto a que, por el mismo concepto, fue condenado el procesado. Su interés es el de que, en pronunciamiento complementario, se liquide el valor de los perjuicios estableciéndose de modo particular la cuantía que a cada uno de los perjudicados, constituidos como Parte Civil, correspondería.*

Esto, desde luego, hace ostensible la falta de legitimidad en la impugnación. No se funda ella en ningún agravio a los intereses de la parte recurrente, si damos en entender, como es lo indicado, que él ha de medirse con referencia al reconocimiento del derecho a la indemnización y a la cantidad pretendida, aspectos con los que, como ya se indicó, la representante de los intereses privados manifiesta estar de acuerdo con el fallo recurrido.

En este orden de ideas, claro es que en el presente caso la Parte Civil cumplió su cometido procesal con la obtención de la condena en concreto al pago de los perjuicios,

aspecto al cual, por principio, se circunscriben sus facultades. Los motivos de su inconformidad, en cuanto tienen que ver con aspectos sobrevinientes al reconocimiento y determinación económica del derecho, sin discutirlos, sino a partir de su aceptación, hacen ilegítima la impugnación por carencia de interés y, por ende, improcedente.

Ahora bien: consecuencia de esa ilegitimidad en la interposición del recurso, es la declaratoria de la nulidad parcial del trámite a él dado en esta Corporación, a partir, inclusive, del auto admisorio. Ello, por cuanto adelantar la actuación con fundamento en acto promovido por parte sin legitimidad para hacerlo, comporta irregularidad sustancial con compromiso para el debido proceso (artículo 305-2 C. de P.P.), de acuerdo con el cual el ejercicio del derecho de impugnación presupone interés para recurrir.

Fíjase el alcance de la nulidad como parcial, en razón a que el auto admisorio del recurso hace relación además, al interpuesto por el defensor del procesado, sin que, con respecto a él, haya motivo de invalidación.

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

Resuelve:

Primero: Decretar la nulidad parcial del trámite dado al presente recurso extraordinario de casación, a partir del auto admisorio de fecha tres de octubre de mil novecientos noventa, inclusive, por ser improcedente el interpuesto por la Parte Civil, quien carece de legitimidad.

Segundo: En firme esta decisión, vuelva la actuación al despacho para la respectiva calificación de la demanda presentada por el defensor del procesado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Didimo Páez Velandia, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael Cortés Garnica
Secretario

* * *

Demanda de casación – Técnica / Principio de no contradicción

En casación se pueden formular varios ataques, pero todos como principales y teniendo en cuenta que no sean contradictorios.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Doctor *Ricardo Calvete Rangel.*
Aprobada Acta número 033, mayo veintidós (22) de 1991.
Bogotá, D.E., veintisiete (27) de mayo de mil novecientos noventa y uno (1991).

Vistos

Se procede a resolver sobre la admisibilidad de la demanda de casación presentada a nombre de los hermanos José Abatuel y Marco Antonio Delgadillo Solano, contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, que revocó la absolutoria de primera instancia dictada por el Juzgado Quince Superior, y en su lugar los condenó a diez (10) años de prisión por el delito de homicidio.

Demanda y consideraciones de la Sala

1. Lo que pretende ser un primer cargo, lo formula el defensor así: "Como primera causal de violació (sic) la sentencia impugnada impetró la interpretación errónea por falta de apreciación de las pruebas recaudadas pues se ha considerado por el juzgador de segunda instancia que los indicios que militan en el proceso en contra de los encartados José Abatuel y Marco A. Delgadillo Solano, con llevan (sic) a la certeza de su responsabilidad en el homicidio de Héctor Julio Acosta Manceta".

El desconocimiento del demandante sobre las exigencias del artículo 224 del Código de Procedimiento Penal es tan evidente, que ni siquiera cita la causal de casación en la cual ampara su acusación y el cargo que redacta es absolutamente ininteligible. "Interpretación errónea", no se sabe de qué, por "falta de apreciación de las pruebas recaudadas", seguramente todas.

Consecuente con lo anterior la fundamentación es un alegato con el cual su autor pretende demostrar que las pruebas no ofrecen la certeza necesaria para condenar, confundiendo este extraordinario recurso con una tercera instancia.

Es oportuno recordarle al impugnante, que el recurso de casación es para acusar errores *in iudicando* o *in procedendo*, que tengan capacidad para quebrar la legalidad del fallo. Su formulación debe hacerse cumpliendo con las exigencias de carácter formal y técnico, so pena de que la demanda sea rechazada porque la Corte carece de facultades para corregirla o adicionarla.

2. Como subsidiario del primer reproche, *presenta una censura por nulidad de carácter supralegal o constitucional, por violación directa del artículo 26 de la Constitución Nacional.*

La irregularidad que sirve de base a la supuesta nulidad, consiste en no haber notificado el auto que que pone en conocimiento de las partes las pruebas trasladadas, las cuales fueron, las fotocopias del proceso en contra del ahora occiso, por el homicidio del padre de los aquí procesados, y la fotocopia de la indagatoria de la señora Rebeca Delgado de Rivera por el presunto delito de falso testimonio, falla que en sentir del defensor, hace inexistente el acto procesal.

Como reiteradamente lo ha repetido esta Sala, no basta afirmar la existencia de una irregularidad procesal, sino que es necesario demostrar su trascendencia, esto es, de qué manera afectó los derechos del recurrente. Además, también se ha dicho que el artículo 26 de la Constitución Nacional consagra varias garantías, de manera que se debe precisar a cuál se refiere, entre otras cosas, porque la violación del debido proceso y del derecho a la defensa constituyen causales de nulidad legal previstas en los numerales 2 y 3 del artículo 305 del Estatuto Procesal, y de acuerdo con el artículo 308 ibidem, *se debe indicar con claridad la causal alegada.*

De otra parte, en casación no es procedente plantear cargas subsidiarios, porque cada causal es independiente y obedece a razones diferentes, mucho menos tratándose de la nulidad que está sometida al principio de prioridad. Se pueden formular varios ataques, pero todos como principales y teniendo en cuenta que no sean contradictorios.

Finalmente, es un requisito exigido por el numeral 4 del ya citado artículo 224, que la demanda contenga la petición que se hace con relación a la sentencia recurrida, y es lógico que si se solicita que se decrete una nulidad se diga a partir de qué momento procesal, pero como para ello se requiere tener claridad sobre la garantía que se afectó, seguramente por eso en este caso no se concreta nada. Es más, en el capítulo referente a la "petición", únicamente se impetra que se "revoque" la sentencia de segunda instancia y en su lugar se exonere a los procesados del homicidio imputado.

Las precedentes consideraciones son suficientes para concluir que la demanda debe ser rechazada *in limine*.

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

RESUELVE:

RECHAZAR la demanda de casación presentada por el defensor de los procesados José Abatuel Delgadillo Solano y Marco Antonio Delgadillo Solano. En consecuencia declarar DESIERTO el recurso interpuesto.

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

Dídimo Páez Velandia, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael Cortés Garnica
Secretario

* * *

1. Carrera judicial / Juez

Las normas rectoras de carrera judicial informan la posibilidad de nombramiento de funcionarios por encargo.

2. Jurisdicción de orden público / Reo ausente

Si en el trámite del Decreto 180 de 1988 la situación del emplazado no fue definida, la interrupción debe remediarse a través de la expedición de copias, para que sea el juzgador de primera instancia quien se pronuncie.

3. Nulidad / Demanda de casación

Frente a la causal tercera la demanda de casación debe señalar la clase de nulidad que se invoca, los fundamentos de la misma y las disposiciones que se estimen vulneradas.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

CASACION. Causal 3a. Las nulidades que se intenten por vía del recurso de casación deben someterse a los ineludibles mandatos de forma y de técnica que les fija el artículo 226 C. de P.P. Se recuerdan esas exigencias evocando pronunciamientos anteriores de la Corte.
Magistrado Ponente: Dr. *Juan Manuel Torres Fresneda.*
Aprobado Acta número 034.
Bogotá, D.E., mayo veintiocho (28) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Vistos

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por los procesados Francisco Lucio Muskus Acosta y José Antonio Díaz Rada contra la sentencia proferida en su contra por el Tribunal Superior de Orden Público el 27 de marzo de 1990, decisión que confirmando la de primera instancia emanada del Juzgado Único Especializado de Riohacha, les condena a la pena principal de diez (10) años de prisión y cincuenta (50) salarios mínimos de multa como autores responsables de infracción al artículo 13 del Decreto 180 de 1988.

Hechos y actuación procesal

El tres (3) de mayo de 1989, en un retén instalado por el Ejército Nacional sobre la vía que de Maicao conduce a Riohacha, fue aprehendido el individuo Francisco Lucio Muskus Acosta como conductor del vehículo Renault 9 de placas HF-7972, al descubrir que bajo la llanta de repuesto, en la parte posterior y baja del vehículo, transportaba cuatro (4) pistolas calibre 9 milímetros con quince (15) proyectiles y cuatro (4) proveedores para las mismas, sin que por su parte, ni de sus pasajeros José Antonio Díaz, Diana Luisa Bencelin y Juana Leonidas Acuña se acreditara permiso de autoridad competente, el que solamente portaba Díaz Rada con relación a un revólver calibre 38 que llevaba consigo.

Los dos varones quedaron retenidos para ser puestos más tarde a disposición del Juzgado Único Especializado de Riohacha, rindiendo injurada ante la entonces juez encargada, y declarándose en ese acto inocentes frente a la tenencia de las pistolas y sus municiones, pues declinaron la responsabilidad en el individuo Juan Calle, de quien dijeron había colocado personalmente la llanta de repuesto, solicitándole a Díaz que la entregara varios kilómetros más adelante del sitio donde fueron capturados.

La situación jurídica provisional de los indagados fue resuelta mediante detención preventiva por parte del funcionario titular del juzgado, correspondiéndole posteriormente a una nueva juez encargada pronunciarse sobre el mérito de la actuación, lo que hizo mediante auto en que dispuso la "reapertura de la investigación", que pretendiendo su perfeccionamiento, ordenó la vinculación en injurada del tercero en quien los capturados fincaban su excusa. Para el emplazamiento de Juan Calle se tomaron en cuenta las escuetas referencias suministradas por Muskus y Díaz: individuo "moreno, de 1.65 de estatura aproximadamente, pelo liso, de 35 años de edad". Como el convocado no compareció, se hizo necesaria su declaración de ausencia, y tras ella la designación de un defensor de oficio con quien prosiguió el trámite respectivo.

En el alegato previo a la sentencia, el señor defensor del ausente solicitó su absolución, objetando que su vinculación había ocurrido con fundamento exclusivo en el dicho de los coprocesados, sin conocerse sus anotaciones personales, ni existir respecto de este individuo prueba bastante de su nexo con el hecho, ni de su responsabilidad.

La sentencia de primera instancia halló de recibo los planteamientos que en nombre del contumaz hiciera la defensa, considerando como solución acertada la omisión de cualquier pronunciamiento sobre su situación jurídica, pues ni había sido identificado en forma suficiente, ni resultaba creíble su participación, surgida apenas como acomodaticia excusa de los acusados presentes para tratar de distraer su propia responsabilidad frente a los hechos. A cada uno de los enjuiciados detenidos se le impuso como sanción la mínima del artículo 13 del Decreto 180 de 1988: diez años de prisión y 50 salarios mínimos de multa obligándoseles al resarcimiento de los daños ocasionados con el delito.

Conociendo del fallo por vía de apelación, el Tribunal Superior de Orden Público tan solo revocó la decisión de primera instancia en lo atinente al deber de indemnizar perjuicios, confirmándola en todo lo demás, con lo cual desatendió las solicitudes de nulidad formuladas tanto por la Fiscalía como por la defensa, que a su juicio magnificaban la equivocada vinculación del ausente. Consideró la Corporación a ese respecto que los requisitos indispensables para emplazar no se habían atendido respecto de Juan Calle, como que no se había acreditado su real existencia y menos su identificación, pero que ello apenas sí constituía una irregularidad sin trascendencia invalidatoria, que caracterizando más bien la inexistencia de esa vinculación, no demandaba una declaración judicial expresa, menos si se trataba apenas de la creación artificiosa que los sentenciados urdieron para engañar a la justicia.

La demanda

Con fundamento en la causal tercera de casación prevista en el artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, plantea la defensa tres cargos en contra de la sentencia proferida por el Tribunal, impetrando con base en ellos la nulidad de lo actuado, y proponiendo alternativamente su reposición conforme con los siguientes planteamientos:

El primer cargo

Censura la emisión de la sentencia sobre un proceso adelantado por "personas cuyo legal ejercicio del cargo no se demostró", y que aparecieron apenas actuando como funcionarias "encargadas".

Considera al respecto el libelista que el ejercicio de la jurisdicción se halla restringido a los jueces titulares, y que si otra persona de modo esporádico o meramente incidental es llamada a ejercerla, debe demostrar que se le ha dado esa potestad; en caso contrario surgiría un vicio capaz de anular la actuación por usurpación de jurisdicción.

Concretando la actuación cumplida por las dos funcionarias que aparecen como encargadas para suplir la ausencia del juez titular, añade que ni siquiera la primera se asistió del secretario titular, sino de una *ad hoc*, cuya posesión tampoco se hizo constar, criticando en la segunda el haber decretado una reapertura sumarial, ajena al procedimiento del Decreto 180 de 1988, añadiendo que con esa providencia se atenta contra el derecho de defensa al prolongar la actuación por encima de los límites señalados por el legislador.

Para rematar explica que a su juicio sólo la copia, auténtica de los actos de designación de las funcionarias encargadas podía acreditar en ellas el ejercicio válido del cargo, culminando con la consideración de que siendo la jurisdicción y la competencia de orden público, el proceso debe invalidarse en todas aquellas actuaciones cumplidas por las jueces encargadas y desde entonces en adelante.

El segundo cargo

Se funda en la irregular vinculación del individuo Juan Calle, complementando el reproche por haber omitido el fallador un pronunciamiento definitorio de su situación jurídica.

Afirma para sustentación, que el emplazamiento de ese tercero se cumplió sin haber conocido las características que lo identificaran, y que para subsanar tardíamente esa irregularidad no se hizo cosa distinta de incurrir en otra, consistente en haber dejado sin definición los cargos en las sentencia, lo que resulta de imposible recibo tratándose de un mismo delito y único proceso.

Remitiéndose a la doctrina de la Sala y con transcripción parcial del fallo de septiembre 9 de 1989, recuerda que "no basta que se dé un nombre y apellido de un individuo, sino su identificación física", pues de otro modo surge la imposibilidad de un pronunciamiento que defina de fondo la situación jurídica, quedando apenas la alternativa de reconocer que el tercero es un ente ficticio cuya desvinculación debe disponerse; o en verdad se trata de persona realmente existente, en cuyo caso se hace obligatorio el recaudo de las pruebas que permitan su identificación cabal, luego su vinculación legal al proceso, y finalmente un pronunciamiento de fondo sobre su responsabilidad, alternativas que obvió indebidamente el Tribunal al dejar indefinida la situación de Juan Calle, violando con ello los artículos 14 del Código de Procedimiento Penal, y artículo 5° del Decreto 1861 de 1989, sobre continencia de la causa, repercutiendo en la transgresión de las formas propias del juzgamiento, con atentado contra el derecho de defensa. La nulidad, en este caso deberá afectar la actuación a partir de la sentencia de primera instancia.

Tercer cargo

Su formulación parte de la afirmación de no haber sido determinada previamente la competencia para conocer del presente proceso, impulsándose un trámite especial sobre la base de unas apreciaciones no técnicas, pues ni el militar que participó en la retención de los acusados, ni su superior, eran las personas indicadas para determinar la naturaleza de las armas decomisadas y definir la competencia de las autoridades jurisdiccionales, siendo a juicio del censor forzosa la intervención del perito en balística, sin que pueda tenerse por válido el dictamen rendido por el Departamento Administrativo de Seguridad, ya que su participación se produjo a través de auto de un juez que había usurpado jurisdicción.

La demostración de este cargo se intenta mediante labor de crítica probatoria que se aplica a la intervención de los uniformados participantes en el decomiso de las armas, enfrentando esos dichos a los rendidos en sus ratificaciones procesales, y alcanzando con sus críticas el dictamen pericial para tildarlo de impreciso, punto de partida del cual deriva una vez más en la incompetencia de la Jurisdicción de Orden

Público para conocer de este proceso, como de los funcionarios que participaron como "encargados" del Despacho, asomando por esa vía a la proposición de nulidad total de la actuación.

Consciente del alcance de su final razonamiento sobre la aplicación indebida de la ley sustancial, "ruega" a la Corte "no atribuir a falta de técnica la invocación de las causales primera y tercera, porque ocurre que en este caso dice se ha presentado necesariamente que al invocar la primera, ésta tenga incidencia recurrente en la tercera".

Concepto de la Delegada

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal encuentra protuberantes yerros de técnica en la formulación de la demanda que a nombre de los acusados presenta la defensa, estimándoles de tal trascendencia que mejor habrían conducido a su rechazo.

Critica ante todo la Delegada la presentación incompleta de los cargos, considerando que tan sólo reduce el acto sus refuerzos a una enunciación de irregularidades, sin adentrarse a la tarea de probar, abandonando de ese modo los requisitos que la jurisprudencia ha venido incorporando a la fundamentación de la nulidad en sede de casación.

Acusa además que ninguna de las censuras especifica si la nulidad propuesta es de arraigo constitucional o legal, como tampoco se mencionan las normas presuntamente infringidas, omitiéndose las razones que hacen nula la sentencia de segunda instancia, como la incidencia definitiva y desfavorable del fallo en contra de los procesados, por causa de los vicios denunciados.

No empece estos reproches, entra el Ministerio Público al estudio de cada uno de los cargos propuestos por el demandante, para desestimar su entidad frente a los fines que con ellos se propone: al fundar el primer cargo en la existencia de una irregularidad sustancial, porque no se probó en el proceso la legalidad del "encargo" hecho en cabeza de las juezas Aguilar Huertas y Sierra Arismendi para suplir la transitoria ausencia del juez titular, se ignora por el casacionista que no existe previsión legal que obligue dejar constancia dentro del expediente sobre la designación del encargado, hallándose en contraste con lo alegado, que la actividad de esas funcionarias fue abierta, conocida y de recibo por el juez titular una vez se reintegró a sus deberes, inexistiendo prueba alguna que respalde las afirmaciones del censor, y resultado más bien irrelevante la orden de ampliación de la investigación dispuesta para su perfeccionamiento, si al producirse no se había proferido aún auto de cierre instructivo.

El cargo tercero lo encuentra afectado de fallas técnicas todavía más protuberantes al pretender su fundamentación mediante razonamientos propios de la causal primera de casación por violación indirecta de la ley sustancial, llegando el libelista en su proposición hasta el desconocimiento de la realidad procesal, pues ella informa que quien finalmente dispuso y allegó el dictamen pericial sobre naturaleza de las armas fue el juez titular y no alguna de sus reemplazantes, lo que hace todavía más distante de aceptación la alegación propuesta.

Por último y con referencia al segundo cargo, critica el Procurador la falta de interés del recurrente para invocar una nulidad que en nada afectaría a sus representados, como ocurre con la irregular vinculación del individuo Juan Calle y la omisión en el fallo de decisión sobre su situación jurídica. Con todo, e invocando la oficiosidad que asiste a la Sala para decretar aquellas nulidades que de modo protuberante asomen en la actuación, concluye solicitando su declaratoria respecto del trámite cumplido para emplazamiento del ausente, estimando errada la actitud asumida en las instancias al dejar sin decisión alguna la situación de ese tercer comprometido, bajo la inaceptable confusión de inexistencia y nulidad, haciendo indebidamente extensivo el primer concepto a las decisiones judiciales que dispusieron la comparecencia de Calle a estas diligencias. Como consecuencia, y para que el *a quo* remedie el error con el pronunciamiento que corresponda, se impetra la casación parcial del fallo impugnado.

Consideraciones de la Corte

A diferencia de las nulidades que con libertad de formas pueden solicitar las partes en el curso de la actuación procesal, o decretar el juez aún de manera oficiosa cuando advierta su ocurrencia, según lo preceptúan los artículos 307 y 308 del Código de Procedimiento Penal, aquellas que se intenten por vía del recurso de casación deben someterse a los ineludibles mandatos de forma y de técnica que les fijan el artículo 226 del Código de Procedimiento Penal y la doctrina, pues de franquear camino a la informalidad en su presentación dentro de la impugnación extraordinaria, trocaría ésta en recurso de plena jurisdicción, alternativa que en modo alguno ha instituido el legislador.

Es así como en reiteradas decisiones y con sobra de razones ha insistido la Corte en que frente a la causal tercera, la demanda de casación debe entrañar como ineludibles exigencias (cfr. v. gr.: decisión de enero 31 de 1990 con Ponencia del Magistrado doctor Jaime Giraldo Angel), el señalamiento claro de la clase de nulidad que se invoca, precisando si se trata de falta de competencia, de violación del debido proceso o del derecho de defensa, de desconocimiento del principio de legalidad del delito o legalidad de la pena, inaplicación del principio de favorabilidad o falta de motivación de la sentencia, indicando para cada caso los fundamentos y citando las disposiciones que el impugnante estime vulneradas, pues de no ajustarse la demanda con tales requisitos, el cargo con ella formulado no podría estar llamado a prosperar.

Cotejando el libelo sub examen *frente a las anotadas exigencias, halla la Sala acierto en las censuras que por fallas de forma le precisa el Ministerio Público a los cargos primero y tercero en ella contenidos, pues, así con esfuerzo se deduzca que en uno y otro caso el censor alega incompetencia, sea porque la actuación, en parte, la adelantaron personas no revestidas de la función oficial, ora porque con una errónea valoración de las pruebas se dedujeron como armas de uso privativo unas que a su juicio no lo eran, se hace ostensible la deficiente presentación, nula la prueba y deficiente la sustentación de las propuestas, cuando el impugnante omite indicar cuáles fueron las disposiciones transgredidas, y guarda silencio tanto sobre la sustancialidad de las irregularidades cometidas, como con relación a los presuntos perjuicios que con los pretendidos defectos de trámite habría recibido el procesado.*

Pero además de lo anterior, en el *cargo primero priva el impugnante a la Corte de la posibilidad de estudiar y responder su censura, si ni siquiera indica las disposiciones en las cuales se funda para sostener la incompetencia de las funcionarias encargadas del Despacho del Juez en ausencia de su titular, cuando las normas rectoras de carrera judicial informan la posibilidad del nombramiento de funcionarios por encargo (artículo 33, inciso segundo del Decreto 052 de 1987), evento en el cual cabe al designado competencia sin limitaciones para resolver los casos sometidos a su conocimiento, haciéndose responsable en igualdad de condiciones con el titular, por los actos de exceso, las omisiones o tardanzas que en su solución protagonice.*

Muy por el contrario, inexistiendo norma que condicione a la agregación de copias de los actos de nombramiento y posesión del juez, la validez de sus intervenciones procesales, mejor parece como si el recurrente ignorase el valor de los documentos oficiales (naturaleza propia de las actuaciones judiciales), pues bajo la presunción de autenticidad que les confiere la ley (artículos 264 del C. de P.C., 280 y 284 del C. de P.P.), impiden la prosperidad de una contradicción tan frágil e infundada como la que intenta el impugnante.

Si, por los demás, se produjo por parte de una de las jueces encargadas, un auto de "reapertura" instructiva que no podía interpretarse con alcances innovadores o de modificación del procedimiento, porque inexistiendo para entonces auto que hubiese clausurado el sumario (folio 83 del primer cuaderno) apenas sí constituía una ampliación del término instructivo, omitió el recurrente precisar de qué manera podía esa decisión de simple impulso u ordenación afectar lo sustancial del debido proceso, cuando ella apenas buscaba dar cabida a la vinculación de Juan Calle en calidad de sindicado, facilitando su emplazamiento.

Cuanto refiere a la formulación del *cargo tercero* es suficientemente contestado por la crítica pormenorizada del Ministerio Público que desestimando el éxito de la alegación, reprocha el desarrollo de una censura de nulidad a través de la causal primera de casación, cuerpo segundo, pues además de remitirse el censor a los argumentos del cargo primero cuya improsperidad quedó advertida al presupuestar la incompetencia de la funcionaria que decretó el dictamen de peritos, la referencia al material probatorio allegado, ya de por sí errada por restringirse a una prolongación de las alegaciones fracasadas en la instancia, ni siquiera se ciñó a la realidad, pues el dictamen criticado no fue producto de la orden emanada de la juez encargada, sino obedecimiento del nuevo auto ordenatorio proferido por el juez titular –folio 32–, quien presenció los exámenes, recibió las observaciones críticas y plasmó las conclusiones del perito designado –folios 34 a 36–. El dictamen, por lo demás, se rindió con la debida fundamentación, y concluyó en que las cuatro pistolas decomisadas eran armas de privativo uso militar, por estar todas dotadas de proveedores con capacidad para quince (15) cartuchos, característica suficiente para concluir en la clasificación que sirvió para la adecuación de la conducta atribuida a los acusados.

Falla, por último, el *segundo cargo* al pretender el actor lograr con su formulación la invalidación integral de lo actuado, buscando consecuencias favorables a sus representados, pues coincidiendo de nuevo la Corte en las observaciones críticas de la Delegada concluye sin dificultad que tanto la falta de técnica en la presentación de

motivos que ameritaban su alegación bajo causales diferentes, como la falta de interés del impugnante en su planteamiento, determinaban el fracaso de sus pretensiones.

En el primer caso procede resaltar que la irregular vinculación de Juan Calle y la omisión posterior de un pronunciamiento de fondo sobre su situación jurídica implicaban planteamientos y decisiones diferentes, remitidas a distintos momentos procesales, con lo que se llegaría por lo demás al imposible de presentarle a la Corte la alternativa de escoger entre uno y otro cargo, y a preferir, de consiguiente, entre las disímiles opciones que su solución permitiría (nulidad de la actuación o invalidación del fallo).

La ausencia de interés, por otro aspecto, emerge con notoria evidencia, pues sea que la crítica radique en la vinculación de una persona que no se hallaba debidamente identificada para comparecer en proceso, o bien porque llevado el trámite al proferimiento de la sentencia, en ella se omite una definición de la situación para el tercer acusado, una y otra crítica refieren con exclusividad a la situación de Juan Calle como afectado, sin que se haya intentado demostrar en qué medida ese hecho se extendía para perjuicio de los coacusados Muskus Acosta y Díaz Rada.

Acreditada, sin embargo, la irregularidad que el censor enuncia, no podrá obstar su falta de interés para que la Sala se pronuncie sobre su trascendencia, procurando ahora la solución que esos defectos reclamen para impedir que sus consecuencias puedan poner a riesgo personas que con el nombre del declarado ausente resulten afectadas con las medidas que aún dentro de este expediente rigen para su comparecencia (folio 91).

Se tiene ciertamente advertido que con base en los cargos que hicieran los aprehendidos, a la actuación se citó, emplazó y declaró ausente a Juan Calle designándole un defensor de oficio, quien llevó su representación hasta las alegaciones previas a la sentencia de primera instancia. Sin embargo, es evidente que a ese individuo ni se le resolvió su situación jurídica provisional, ni se le comprendió en el fallo de una cualquiera de las dos instancias.

Pese a ser lo anterior así, debe recordarse que esa irregularidad se dio dentro del trámite del Decreto 180 de 1988, en cuyo curso, bien se ha dicho, es el auto que resuelve la situación jurídica provisional del vinculado, el equivalente a la resolución acusatoria, porque imponer en aquél una medida de aseguramiento implica una valoración provisional de los hechos y de las pruebas, que redundando en su calificación jurídica, precisa el cargo y fija el ámbito de la controversia sobre la cual ha de versar la fase de juzgamiento.

Si en ese trámite la situación del emplazado, se quedó indefinida, pues jamás se le impuso medida de aseguramiento, tampoco se cesó procedimiento, ni prosiguió la investigación, ha de concluirse que en su caso la actuación quedó inconclusa, y que esa interrupción debe remediarse a través de la expedición de copia de lo necesario, con el fin de que el juzgador de la primera instancia se pronuncie, bien reconociendo que como se dice en la sentencia, ni siquiera, surgió mérito serio para ordenar aquella vinculación procesal, ora asumiendo las decisiones sobre cesación o aseguramiento que encuentre pertinentes, pero en ningún caso dejando persistir una indefinida orden de comparecencia, por el riesgo que ella genera para que se afecten indebidamente los

derechos de quienes respondiendo al nombre del emplazado, puedan ser enfrentados a una actuación que respecto del ausente permanece inconclusa.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Penal, en parcial discrepancia con el criterio del Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

No CASAR la sentencia impugnada, ordenando que por la Secretaría se expida copia de lo pertinente, para los fines indicados en la parte considerativa.

Notifíquese, devuélvase y cúmplase.

Dídimo Páez Velandia, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael Cortés Garnica
Secretario

* * *

Casación / Ira / Legítima defensa – Exceso

No resulta posible dentro del marco del recurso de casación la operancia en un mismo plano jurídico, de la legítima defensa, el exceso de la misma, o la ira que permita su alegación conjunta y subsidiaria.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Dídimo Páez Velandia.*
Aprobada Acta número 35.
Bogotá, D.E., mayo veintinueve (29) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Vistos

Mediante sentencia del doce de febrero de mil novecientos noventa el *Tribunal Superior de Tunja* modificó la proferida en primera instancia por el Juzgado Quinto Superior del mismo Distrito Judicial, en la cual se condenó a Orlando Ramírez Benito a la pena de cuarenta meses de prisión como autor responsable del *delito de homicidio* en la persona de José del Carmen Benito Martín, reconociéndose al efecto que actuó en estado de ira e intenso dolor. Así mismo, se condenó a Gustavo Ramírez Benito a la pena de dos meses de arresto por el delito de lesiones personales en Manuel Antonio Martín.

El sentido de la modificación consistió en declarar improcedente el reconocimiento de la atenuante. Como consecuencia de lo anterior, se fijó la pena en diez años de prisión, impartiéndose confirmación en los demás aspectos.

Inconforme el defensor del procesado Orlando Ramírez Benito, ha interpuesto el recurso extraordinario de casación.

Hechos

En el fallo impugnado se sintetizan así:

"El día tres de julio de mil novecientos ochenta y ocho se reunieron en un campo de fejo de la zona urbana del municipio de Guateque; José del Carmen Benito

Martín, Manuel Antonio Martín, Orlando Ramírez Benito, Julio Antonio Benito Martín, Pedro José Niño, José Díaz, Humberto Benito y Marco Antonio Niño Benito. Durante algunos horas de la tarde, estuvieron jugando al tejo. Al término de aquella jornada deportiva, se suscitó un problema entre José del Carmen Benito Martín y sus compañeros de juego por una parte y Orlando Ramírez por la otra. Estas personas eran parientes entre sí. Parece ser que como habían jugado varios "chicos" las cuentas no iban claras. No se sabía concretamente a quién correspondía hacer la cancelación de lo gastado. Y entonces alguno de los Benito le propuso a Orlando Ramírez que pagaran entre todos "americanamente". Orlando, al parecer, manifestó que ello se podría hacer si sus compañeros lo aceptaban. Al parecer, este fue el motivo que dio lugar al incidente que se presentara después. En principio, hubo una especie de enfrentamiento, se propinaron un empujón. Las cosas se calmaron, todo pareció terminado pero ello era solamente aparente. Orlando se retiró y pronto regresó acompañado de su hermano Gustavo Ramírez a quien le había comunicado que le pegaban. Gustavo procisó a Manuel Antonio Martín para que le dijera qué era lo que ocurría y rápidamente procedió a golpearlo con una cadena. Entre tanto José del Carmen Martín fue agredido por Orlando quien cuchillo en mano, le propinó una herida cortopunzante a consecuencia de la cual dejó de existir el cuatro de julio de mil novecientos ochenta y ocho en la ciudad de Bogotá."

Actuación procesal

1. Precluida la etapa de instrucción del sumario, dentro de la cual fueron vinculadas mediante indagatoria Orlando y Gustavo Ramírez Benito, se profirió en su contra resolución acusatoria. Al primero, por el delito de homicidio en la persona de José del Carmen Benito Martín y, al segundo, por las lesiones personales padecidas por Manuel Antonio Martín.

2. Al desatar el recurso que contra esta decisión fuera interpuesto, con la modificación consistente en declarar la improcedencia de la circunstancia de agravación deducida por el juzgado para el delito de homicidio, se le impartió confirmación.

3. Declarada la actuación ceñida a la legalidad, se tramitó el juicio. Celebrada la respectiva audiencia, fue proferido el fallo de primer grado. En él, se condena a los procesados Orlando y Gustavo Ramírez Benito a cuarenta meses de prisión y dos de arresto, respectivamente, como responsables de los delitos de homicidio y lesiones personales. En relación con el primero de los nombrados, debe advertirse que le fue reconocida la diminuente de punibilidad de la ira e intenso dolor.

4. Recurrido ante el Tribunal el fallo anterior, mediante la decisión materia del presente recurso extraordinario, le fue impartida confirmación, modificándola en el sentido de declarar que la diminuente reconocida en primera instancia resulta improcedente.

La demanda

Invoca el recurrente la causal primera de casación contemplada en el artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el artículo 15 del Decreto

1861 de 1989. Con fundamento en ella, acusa la sentencia de ser violatoria de la ley sustancial; concretamente por falta de aplicación de los artículos 29, num. 4, 30 y 60 del Código Penal, 246, 247, 248, 253 y 258 del Código de Procedimiento y la aplicación indebida del artículo 323 del Código Penal, a consecuencia "de error en la apreciación de los hechos".

Centrándose el ataque del censor en la apreciación de las pruebas por parte del Tribunal, se plantea error en la valoración de algunos testimonios demostrativos de la provocación de la víctima; distorsión o tergiversación en el sentido de otros para desestimar la agresión grave e injusta de la víctima al procesado y desconocimiento o ignorancia de la prueba que acredita la utilización por la víctima de una navaja o cuchillo con el cual inició la agresión al procesado.

A consecuencia de los errores destacados, prosigue el recurrente, el Tribunal estimó que se trataba de homicidio simplemente voluntario, cuando en realidad existió una legítima defensa, o un estado de provocación injusta o grave, o un exceso en la justificante.

En demostración de la censura, procede a poner de manifiesto que los testimonios de Marco Antonio Niño Benito y Julio Antonio Benito Martín en cuanto sirven al Tribunal para atribuir el origen de la agresión en que perdiera la vida José del Carmen Benito en el procesado Orlando Ramírez, son parcializados, carentes de idoneidad desde el punto de vista de las condiciones personales y de percepción.

Sobre el mismo punto del origen de la agresión, a las anteriores versiones se oponen las de Dositeo Díaz Ramírez y Edilberto Benito, de las cuales, se dice, no ofrecieron ninguna credibilidad para el Tribunal, estableciéndose por medio de ellas lo verdaderamente ocurrido como es la intervención provocadora de la víctima.

La tergiversación o distorsión de la prueba testimonial, se refiere a las declaraciones de Alicia Cárdenas, Julio Antonio Benito, Manuel Benito y Pedro José Niño. Ella la hace consistir el impugnante en que, por medio de estas versiones, se establece que Orlando Ramírez no estuvo en la tienda donde se originó la reyerta entre su hermano Gustavo Ramírez y los cuatro hermanos Benito, episodio que omite el Tribunal en su análisis, por lo cual no reconoce la provocación por parte de la víctima y sus hermanos a Gustavo Ramírez. Por el contrario, continúa el actor, se reconoce credibilidad al sobrino del occiso quien, parcializadamente, arma de cuchillo a Orlando Ramírez, en la tienda, sin reparar que ese dicho es defectuoso y, por ende, tachable pues, simultáneamente con la afirmación incriminante a Orlando, ha dicho que había salido corriendo del lugar.

Reproche análogo se formula a los términos de valoración del testimonio de Manuel Benito, en cuanto atribuye a Orlando Ramírez haberlo golpeado en la cara, cuando, se concluye, una manifestación de tal alcance, entra en contradicción con los testimonios distorsionados en su sentido.

Por último, al hacerse la demostración de cómo el Tribunal ignoró pruebas demostrativas de la utilización por parte del occiso de cuchillo o puñaleta con la cual inició la agresión contra el procesado, se le acusa de no haber obrado con ponderación en la apreciación del material probatorio. Parte, a este respecto el impugnante,

de considerar que frente a la ausencia de univocidad en los testimonios ha debido darse total credibilidad a la versión de los procesados.

De no haberse incurrido en este tipo de yerro, concluye el libelo, se habría reconocido que Orlando Ramírez actuó amparado por la eximente del numeral 4 del art. 29 del Código Penal, o, subsidiariamente, en responsabilidad atenuada de conformidad con los artículos 30 o 60 del Código Penal, sentido en que se solicita sea casada la sentencia.

El criterio del Ministerio Público

Con fundamento en los diversos errores de índole técnica que acusa la demanda, el Procurador Tercero Delegado en lo Penal solicita de la Corte abstenerse de casar el fallo recurrido.

Al respecto destaca falta de enfoque en lo relativo a la norma sustancial que se dice violada, la subsidiariedad en las proposiciones hechas, los errores conceptuales en que incurre y la contradicción que presenta la alegación de los cargos.

Encuentra el Delegado falta de especificidad por parte del censor en la invocación genérica de la causal primera de casación, sin señalar si se ha incurrido en violación directa o indirecta y aunque, dice, por el cuestionamiento probatorio puede establecerse que es la indirecta, es lo cierto que en el discurrir de la demostración se trasciende al campo de consideraciones propias de la violación directa.

La proposición subsidiaria de correctivos, en donde se afirma y niega la responsabilidad, en su opinión, constituye contradicción insalvable, pues apoyándose en un mismo tipo de error no puede ser, por naturaleza, que en un mismo plano operen la legítima defensa, su exceso y la ira e intenso dolor.

Consideraciones de la Corte

Como fácilmente puede advertirse de la sola apreciación de conjunto del libelo, incurre el casacionista en tales desaciertos de orden técnico en su elaboración que desde ya cabe señalar el fracaso de la impugnación.

No sólo omite indicar con la precisión requerida la vía por medio de la cual se llega a la violación de la ley sustancial en que enmarca la censura al fallo, como era su deber, sino que de manera indistinta transita de la violación indirecta a la directa para arribar a la proposición subsidiaria de correctivos que, por naturaleza y alcances, lógicamente no pueden tener por sustento el tipo de argumento desarrollado.

A lo anterior, pertinente es agregar que en la demostración del denominado "error de apreciación de los hechos", en el cual se acomete crítica al sentenciador en la apreciación probatoria, es tan ostensible el desconocimiento de los parámetros metodológicos impuestos para tal labor en el campo del recurso extraordinario de casación, que no se trasciende de la simple apreciación personal del recurrente de cómo han debido ser estimadas las pruebas, sin que de allí derive la comprobación de errores manifiestos.

En efecto; con fundamento en el cuestionamiento probatorio que viene de señalarse, y en razón a que no se indica si la violación a la ley sustancial denunciada es por

vía directa o indirecta, débese admitir que el recurrente ha escogido esta última y, por lo mismo que esa es la dirección de su ataque al fallo. No obstante, como lo hace notar el Procurador, lo desplaza al campo de las consideraciones puramente jurídicas, destacando que el sentenciador de segundo grado reconoció la ira e intenso dolor en los procesados, pero negó los consecuencias punitivas que ello comportaba.

Por supuesto, esto equivale a una impertinente mezcla de alegaciones propias de la demostración de violación directa, con la crítica probatoria sostenida a lo largo de la demanda como fundamento de la violación invocada, pues como ha sido sostenido para ello es imperativo aceptar los hechos como fueron demostrados en la sentencia.

En el mismo sentido, terminase incurriendo en propuestas incompatibles apoyadas en la crítica a la apreciación probatoria hecha en la sentencia. Conforme con ella, espera el casacionista que el fallo sea quebrado para el reconocimiento de que el procesado Orlando Ramírez Benito obró en legítima defensa, en exceso, o en ira e intenso dolor, sin considerar que si bien estos tres fenómenos pueden tener elementos comunes, difieren sustancialmente haciendo que sus consecuencias sean diversas de cara a los efectos del recurso. Por eso, una misma alegación no puede tener como resultado el reconocimiento subsidiario de los institutos en mención como lo propone el recurrente.

Ciertamente, como lo destaca la Delegada, no resulta posible dentro del marco del recurso de casación la operancia en un mismo plano jurídico de la legítima defensa, el exceso de lo misma, o la ira que permita su alegación conjunta y subsidiaria. Ello entraña contradicción, pues en relación con el primer fenómeno la alegación de los errores de apreciación de las pruebas desemboca en petición de absolución, mientras que en cuanto se refiere a los dos restantes, en reconocimiento de la responsabilidad, aunque atemperada. Esto obviamente, no puede ser de manera simultánea como se plantea, pues los errores denunciados no podrían tener el mismo significado que determinara tal gama de correctivos, los cuales, como ya se observó, poseen naturaleza y alcances distintos.

Evidentemente, si bien la legítima defensa, su exceso y la ira se fundamentan en un comportamiento ajeno e injusto que motiva la reacción, esta última opera de manera diversa. En la legítima defensa para oponerse al daño que está por producirse o contener en sus finales efectos destructores el que se está produciendo de manera necesaria y proporcionada; en el exceso, esa reacción inicialmente justificada, se intensifica de modo no necesario llevándola a efectos injustos y en la ira, ella se produce cuando el daño ya ha sido causado. Esto explica, entonces, por qué el legislador en cada uno de estos eventos ha previsto consecuencias diversas: justificando el hecho en el primero y, por tanto, excusando la responsabilidad; mientras en los otros apenas la aminora.

Por eso mismo, su alegación en casación no puede ser simultánea en un solo cargo, como aquí se hace. Al así proceder el recurrente falta a la lógica del recurso y, por supuesto, el resultado no puede ser otro que su rechazo.

Pero, como anteriormente fuera puesto de presente, no se agotan aquí los yerros que ofrece la demanda. Ellos son igualmente evidentes en la demostración de los

diversos errores en que se dice incurrió el sentenciador en la labor de apreciación de la prueba como determinante de la violación de la ley sustancial denunciada.

La característica general del planteamiento del censor, al respecto, es la de oponer su personal criterio al del tribunal en punto a cómo debían ser valoradas las pruebas, lo cual conduce a que quede sin demostración los yerros alegados. Por eso, sin indicar el tipo de error al cual se acoge en su labor, emprende crítica contra la apreciación de los medios sustentatorios del fallo, mucho más acorde con alegaciones de instancia que con el recurso de casación.

Así, cuestiona el mérito otorgado a los testimonios de Marco Antonio Niño Benito y Julio Antonio Benito Martín, dentro de lo que correspondería a un falso juicio de convicción por habérsele dado credibilidad sin considerar la relación de parentesco con la víctima, las condiciones de percepción y las contradicciones en que incurren, olvidando que este tipo de error no es posible alegarlo en tratándose de prueba testimonial por cuanto su valoración no está establecida en la ley por modo tarifado, sino que ella ha sido liberada a la estimación razonada por el juez. Luego, si esa valoración deviene de factores extranormativos, como ha sido sostenido por la jurisprudencia, no puede el juez caer en violaciones de ley al determinarla. Por lo mismo, improcedente resulta su alegación, debiéndose desestimar aquella que en tal sentido sea propuesta, como aquí ocurre.

Desacierta así mismo el impugnante en su empeño por demostrar errores de hecho por falso juicio de existencia e identidad, fundados en la no apreciación de la indagatoria del procesado Orlando Ramírez Benito y en la distorsión del sentido de las declaraciones de Alicia Cárdenas, Julio Antonio Benito, Manuel Benito y Pedro José Niño. Ese desacierto se concreta al hacer planteamiento no correspondiente al tipo de error enunciado, pues en él vuelve sobre la credibilidad otorgada a los testigos en crítica típica de error de derecho por falso juicio de convicción, improcedente como ya fuera destacado, con lo cual conduce la censura a la improsperidad.

De esta manera, en la acusación de que el Tribunal no apreció el episodio del enfrentamiento en la tienda de la declarante Cárdenas, claro es que no se establece si el reproche del recurrente radica en esto, en el otorgamiento de credibilidad a Marco Antonio Niño Benito y Manuel Benito a pesar, según su criterio, de la parcialización y carácter de testigos sospechosos y tachables, o en la estimación de las declaraciones de Pedro José Niño y Julio Antonio Benito.

Con el mismo criterio, aborda la demostración de la no consideración a la versión del procesado. Aquí, no sólo vuelve a los predios del falso juicio de convicción, sino que por medio de personales deducciones arriba a la conclusión que ha debido reconocerse la posesión de un cuchillo en poder de la víctima. Tal manera de argumentar, es extraña al falso juicio de existencia, con lo cual se denota, una vez más, la falta de pericia en el ejercicio del recurso.

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 recurrido

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Dídimo Páez Velandia, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael I. Cortés Garnica
Secretario

* * *

Casación – Cargo / Nulidad

En sede de casación cargo sin sustentación equivale a cargo inexistente, y sobre lo que no existe nada puede erigirse, planteamientos sustancialmente válidos aún respecto de la causal de nulidad.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Guillermo Duque Ruiz.*
Aprobada Acta número 35.
Bogotá, D. E., veintinueve de mayo de mil novecientos noventa y uno (1991).

Resuelve la Sala el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del 1º de febrero de 1990, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué condenó a Armando Callejas Mendoza a 8 años y 4 meses de prisión por el delito de homicidio.

Antecedentes

En la media noche del 30 de noviembre de 1984, Hegidio Murillo Criollo estaba en la tienda de Armando Callejas Mendoza, situada en la Vereda "El Moral", circunscripción del municipio tolimense de Chaparral. Este último se hallaba embriagado y sin saberse con precisión lo ocurrido entre ellos dos (un testigo declaró que tuvieron entre sí "unas voces"), Callejas propinó un disparo de revólver en el tórax a Hegidio, a quien herido "arrastró" de inmediato hasta "el camino real", en las afueras de su tienda.

La denuncia fue formulada al día siguiente por la madre de Hegidio, señora María Inés Criollo Quesada, quien manifestó haberle escuchado a su hijo en el Hospital de Chaparral, "que (el disparo) se lo había hecho Armando Callejas por estar borracho haciendo disparos".

Murillo Criollo fue trasladado al Hospital Federico Lleras de Ibagué, en donde murió el 18 de diciembre subsiguiente. Contra Callejas Mendoza, quien desapareció de su domicilio no sin antes ofrecer a los familiares de la víctima dinero para cancelar los gastos hospitalarios y funerarios, se libró orden de captura, y el sumario, que había

sido iniciado por el Juzgado Primero Penal Municipal de Chaparral, pasó al Juzgado 33 de Instrucción Criminal allí radicado, que luego de practicar varias pruebas (entre ellas la indagatoria del sindicado, quien compareció al efecto de manera voluntaria), dictó auto de detención por homicidio contra Callejas Mendoza (fls. 37 y ss.) y posteriormente remitió el expediente al Juzgado Superior del mencionado municipio, que tras comisionar varias veces con miras al perfeccionamiento de la investigación, y luego de tenerla inactiva por más de un año, envío el asunto a los juzgados de instrucción criminal apenas entró en vigencia el nuevo Código de Procedimiento Penal (Decreto 050 de 1987), correspondiéndole inicialmente al 9º y luego al 5º de Chaparral, que clausuró la investigación el 24 de octubre de 1988 y la calificó el 12 de enero de 1989 mediante resolución acusatoria por el delito de "homicidio simple" (fls. 264 y ss.): en esta providencia se afirma la culpabilidad a título de dolo, teniendo en cuenta, de un lado, el dictamen que el psiquiatra forense practicó al sindicado y que concluyó en su "imputabilidad", y de otro, el hecho de que inmediatamente le disparó a Hegidio, "lo sacó o arrastró por los sobacos", hasta afuera del establecimiento.

Sorteados los jurados de conciencia, y fijada la fecha para celebrar la audiencia pública, se dictó por el Gobierno el Decreto 1861 de 1989, el cual abolió la institución del *jurí*, motivo por el cual el Juzgado Superior mediante auto de 7 de septiembre de dicho año, dispuso llevar adelante el juicio sin jurado, y en esas condiciones se desarrolló la audiencia pública el 5 de octubre subsiguiente, según acta de folios 346 a 353 y que aparece sin firma del defensor.

En sentencia de 20 de octubre de 1989 (fls. 354 y ss.), se condenó a Callejas Mendoza a 10 años de prisión en consonancia con la resolución acusatoria, a las penas accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas y suspensión de la patria potestad, al pago de 3 millones de pesos por perjuicios materiales y por los morales el equivalente a 10 gramos oro. El defensor apeló el fallo, que fue confirmado por el Tribunal mediante el suyo que el mismo defensor recurrió en casación, pero modificándolo en el sentido de otorgar la rebaja prevista en la Ley 48 de 1987 (quedando la pena en 8 años y 4 meses), y adicionándolo con la expedición de copias para investigar el posible delito de "porte de armas de defensa personal", previsto en el artículo 1º del Decreto 3664 de 1986, según solicitud del Fiscal 3º de esa Corporación.

La demanda

Causal tercera:

Dentro de esta causal (arts. 226 C. de P.P. y 15 del Decreto 1561/89) el actor afirma que el proceso es nulo por tres aspectos:

1. Que se violó "el debido proceso, el derecho de defensa y la favorabilidad", por haberse celebrado la audiencia pública sin intervención del jurado de conciencia, "en un proceso que se inició por hechos ocurridos el 30 de noviembre de 1984, o sea prácticamente cinco años antes de dictarse ese decreto o normas transitorias y condenarse a una persona a diez años de prisión, cuando ya estaba integrado el Tribunal que debía juzgarlo, debidamente posesionado y fijada la fecha para la audiencia que debía efectuarse un mes después de la vigencia del decreto". A renglón

seguido manifiesta que "esta investigación se encontraba perfeccionada desde el mes de junio de 1985 y permaneció en los anaqueles del juzgado, una morosidad inexplicable hasta el 5 de octubre de 1989 en que se llevó a término la audiencia pero sin jurado".

2. Esa audiencia se hizo "utilizando un artefacto grabador, para después el juzgado o sea fuera de audiencia practicó un resumen donde solamente se observa en forma nítida la intervención del agente fiscal, desfigurando las respuestas del interrogatorio formulado a mi defendido pero especialmente la intervención de la defensa pues se trajo totalmente descoordinada atribuyendo a él una terminología fuera de texto no utilizada como aquella frase "atropeyó" y el análisis de la prueba no ajustada a la realidad plasmada en la audiencia (fls. 35). Dice que en el evento de que "este casete" estuviera autorizado por la ley, se debería acompañar al proceso, para la confrontación de rigor, y repara que el acta así redactada "no fue puesta a disposición de la defensa", razón por la cual no aparece firmada por la misma.

3. "Se violentó el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal", ya que "la sentencia del H. Tribunal Superior, no profundizó sobre el expediente, pues del contexto se observa su análisis probatorio únicamente sobre la providencia del *a quo*", y acota que según el proceso, la víctima se llamaba Hegidio Criollo Murillo, pero en el fallo se le menciona como Hegidio "Murillo Criollo". Luego agrega: "En consecuencia la realidad procesal no corresponde a las afirmaciones de la sentencia confirmatoria ni la (sic) recurrida".

Al finalizar, se refiere a la "incidencia o trascendencia del cargo", con el argumento de que "si el Tribunal hubiera examinado el texto particular de cada prueba y no sobre la providencia recurrida todos y cada uno de estos aspectos vulnerantes del debido proceso y el derecho de defensa, su decisión habría sido otra".

Causal primera:

Afirma el casacionista que se violó indirectamente la ley. Se violaron –dice– por la vía "indirecta los artículos 247 del C. de P.P., 325 del C.P. por aplicación indebida, y el artículo 379 del C.P. 248 del C. de P.P., por falta de aplicación, y por haber incurrido en errores de hecho" (fls. 37), y señala que el Tribunal, "en forma inexplicable" dejó de analizar el testimonio de María Lucena Rincón Avendaño, y que "de haberlo hecho seguramente habría aplicado el homicidio culposo (art. 329 C.P.), pero que sin duda alguna lo había llevado a dar aplicación al artículo 248 del C. de P.P. que contempla el *in dubio pro reo*".

Pasa seguidamente el censor a analizar, según su personal apreciación, los principales testigos de cargo, y concluye que "lo anterior indica que la versión de la testigo Lucena Rincón Avendaño no deja de ser fruto de su propia imaginación, no tiene respaldo en el proceso" (fls. 39 *supra*).

Se detiene después sobre la declaración del testigo Ernesto Rodríguez (el que habló de "voces" entre victimario y víctima), y colige que se encuentra "desvirtuada" por el testimonio de la madre de Hegidio. "O sea –dice– que los hechos se desarrollaron de otra manera, los tres, repito, Rincón, su hija Lucena y Ernesto, están faltando a la verdad" (*id.*), y postula que "si se acepta" que el procesado disparó, la prueba

muestra que "no lo hizo intencionalmente, configurándose así la figura contenida en el artículo 329 del C.P., en el grado culposo" (fls. 41), que permitiría, en sentir del actor, "reducir la pena a la mitad y aplicando el indulto (sic) Ley 48/87, rebajaría veintidós meses, adquiriendo Armando Callejas Mendoza, la libertad por pena cumplida.

Pide, pues, que se case el fallo "y dictar el de reemplazo por la honorable Corte o en su lugar devolver el expediente al honorable Tribunal para subsanar la sentencia por el proferido" (sic).

Concepto del Ministerio Público

Causal tercera:

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, empieza por decir que "la nulidad en el recurso de casación no es de libre postulación y es por ello que se ha sostenido que por el hecho de ser una nulidad la alegada, no se escapa a las exigencias técnicas que gobiernan este extraordinario recurso", y agrega:

"Es así como el impugnante está en la obligación de manifestar no sólo la causal de nulidad, sino que debe precisar cuál es la fundamentación y no limitarse a hacer una afirmación que no tiene respaldo argumentativo de ninguna naturaleza."

En cuanto a los reparos 1° y 2°, que el actor afirma constitutivos de nulidad (no juzgamiento con jurado y utilización de una grabadora en la audiencia), dice el Delegado que no "pasan de ser un simple enunciado, sin fundamentación de ninguna naturaleza, inceptable en casación" (fls. 79).

Respecto del 3° reproche, estima que, al ser invocado como transgredido el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal, y hablar sobre la apreciación de las pruebas, formula "un cargo que por su naturaleza no corresponde a tal evento, sino a la violación indirecta de la ley sustancial (causal primera de casación, cuerpo segundo)", y precisa en seguida:

"Pues bien, el cargo de nulidad presentado en este caso no se ajusta en forma alguna a los requisitos técnico-formales ya analizados y que son propios de este exigente recurso extraordinario de casación.

"Sin embargo, la Delegada estima conveniente referirse *al contenido* de la censura, para poner de manifiesto *cómo no le asiste razón alguna al impugnante*" (fls. 80. Se destaca).

Pasa, pues, a analizar cada reparo, en los siguientes y sustanciales términos:

1. Como lo dijo la Corte (Auto de 25 de octubre de 1989, Mag. Ptc. Giraldo Angel), las normas que abolieron el jurado de conciencia para las audiencias "no iniciadas" (arts. 36 y 37 del Decreto 1861 de 1989), son de aplicación inmediata, según el artículo 5° del Código de Procedimiento Penal, y como son de mero procedimiento no entrañan favorabilidad de ninguna especie.

2. La utilización de grabadora en la audiencia pública está autorizada por los artículos 147 y 151 de dicho Código, "de modo que el empleo del 'artefacto' que censura el recurrente es un instrumento legalmente admitido de acuerdo con lo

dicho, por lo que no cabe siquiera la censura en comentario"; en cuanto a la falta de firma del defensor en el acta que recoge esa actuación es una "simple omisión no atribuible del todo al juzgado" y que no encierra nulidad, como lo precisó esta Sala en sentencia de 31 de enero de 1990, con ponencia del doctor Gustavo Gómez Velásquez.

3. "Olvida el censor que la causa de la nulidad del proceso es el error en cuanto a la individualización del responsable y no un error en cuanto al nombre y apellido. Si ello es así, mal puede aducir falta de identificación de la víctima porque se haya alterado el orden de sus apellidos".

Causal primera:

No se estudia este reproche, dice el señor Procurador, por simple falta de técnica, ya que "tal es la confusión del casacionista que prácticamente se llega a desconocer cuál o cuáles son las pretensiones que persigue" (fls. 84).

Agrega que el actor viola el principio de "no contradicción" al aducir la falta de aplicación del artículo 329 del Código Penal y del artículo 248 del Código de Procedimiento Penal, pues lo primero implica que existe prueba para condenar por homicidio culposo, y lo segundo "lleva implícito la negación de la prueba para condenar y que trae como consecuencia la absolución del procesado", confusión y falta de precisión que se hace más evidente cuando afirma que se omitió analizar el testimonio de María Lucena Rincón Avendaño ("fundamental para la apreciación de la prueba"), mas luego concluye que ese testimonio no merece ninguna credibilidad, porque "no deja de ser fruto de su propia imaginación", por lo cual "resulta ilógico" plantear por tal aspecto "error de hecho".

Luego anota que la crítica que hace el actor a la "credibilidad" de las declaraciones, no conforma error de hecho "sino error de derecho por falso juicio de convicción".

Pide entonces que no se case el fallo, no sin antes advertir que la petición final que debe hacer el demandante "no puede ser una solicitud general e indeterminada, sino concreta y precisa, de tal manera que el fallador pueda apreciar en ella una impugnación seria hecha con seguridad", exigencia que tampoco aquí se cumple.

SE CONSIDERA:

Causal tercera:

Antes que todo debe la Sala reiterar que, en sede de casación, a un cargo no sustentado no se le puede dar respuesta. *Ello es obvio, pues si la Corte se queda sin saber en qué consiste el disenso del demandante, ¿cómo entrar a determinar si tiene o no razón? En otras palabras,* un mero enunciado *(como el que recorre enteramente la causal de nulidad alegada aquí) es refractario a cualquier réplica, aparte de que la Corte no puede proceder oficiosamente, sino exclusivamente de acuerdo con el derrotero que le diseñe el libelo, máxime que en esta sede extraordinaria la corporación no opera como "tercera instancia": cargo sin sustentación equivale a cargo inexistente, y sobre lo que no existe nada puede erigirse.*

Esos planteamientos son sustancialmente válidos aún respecto de la causal de nulidad. La "oficiosidad" de la Corte en este excepcional evento de casación, se refiere exclusivamente a que a pesar de la no sustentación del cargo, puede y debe entrar a examinar el punto respecto, siempre y cuando advierte que se está en presencia de un vicio generador de nulidad, o al menos que éste aflore con potencialidad de casi evidencia para conformar un vicio de tal magnitud, el cual –es más– se debe admitir así nadie lo haya siquiera insinuado. Al punto es pertinente el auto de esta Sala que menciona y transcribe en parte la delegada (enero 31/90 Mag. Pte. Dr. Giraldo Angel).

Si no se procede de tal modo riguroso, la Corte cae en las fallas que ella misma le enrostra a los demandantes en casación, y entra en contradicción con sus mismos postulados –se repite– de "no oficiosidad", de no "tercera instancia", etc.

Y observar siempre este postulado (propio por lo demás del recurso extraordinario) comporta por otro lado sanos y convenientes resultados, porque desde el punto de vista alguno puede surtir el mismo efecto una demanda correctamente elaborada (cosa distinta es que prospere o no) que una que no lo ha sido, que es (y a veces es dudoso también) un llano alegato de instancia; no sólo para la jurisprudencia sino para litigantes y partes se extienden dichos propósitos benéficos, porque el que opte por recurrir en casación debe saber, con precisión e indubitablemente, que está obligado a seguir los exigencias de la impugnación, porque de no hacerlo, seguro que demanda no será objeto de estudio, o sea que no se examinará su "contenido". No parece caber duda de que estas recomendaciones que se reiteran contribuyen a la "formación" de los litigantes, y aquí específicamente de quienes se aventuran por estos predios de la casación.

¿Cómo adivinar en este caso, en qué, en dónde estriba la violación al derecho de defensa, al debido proceso, o la favorabilidad, si ninguna argumentación al respecto aparece en la demanda, como lo reiteró expresa y contundentemente el señor Procurador Delegado, quien agregó y concluyó que quedarse en las meras enunciados es cosa "inaceptable en casación"?

En estas condiciones, como los tres cargos constitutivos de nulidad para el actor (primera audiencia sin jurado, uso de grabadora para dicho debate e inversión de los apellidos de la víctima) carecen en absoluto de sustentación, ellos no pueden ser examinados por la Sala, y entonces resulta claro su fracaso.

Causal primera:

En esta causal, como señala la Delegada, no se sabe qué es lo que pretende el casacionista, ya que, con *un mismo* análisis del material probatorio, arriba a tres conclusiones:

a) Que el procesado no disparó y, por tanto, no mató a Hegidio Criollo Murillo;

b) Que "si" disparó y mató (condicional que denota el titubeo del demandante), lo hizo sin dolo, "por estar borracho", debiéndose entonces condenar por el delito de homicidio culposo previsto en el artículo 329 del Código Penal (norma ésta que tilda de "no aplicada" por el sentenciador), y

c) Que se le debe absolver por duda, a tenor del artículo 248 del Código de Procedimiento Penal, cuya "falsa de aplicación" *también* reclama.

Confuso y contradictorio hasta lo más este reproche: defectos que se robustecen más al aducir un error de hecho, y desarrollar uno de derecho, ya que buena parte del libelo se aplica a "contradecir" *el valor* que el Tribunal le otorgó a los testigos (juicio de convicción, por lo demás no aducible cuando como en el testimonio la prueba no está sometida a tarifa legal).

Y la perplejidad es de veras mayor cuando el error de hecho, consistente en haber "ignorado" el testimonio de María Lucena Rincón Avendaño, "lo borra" tajantemente el mismo censor, al concluir que esa testigo no merece ninguna credibilidad, y que su dicho es "fruto de su invención". Se ve claro que si ese testimonio perjudicaba al procesado, el no tenerlo en cuenta el fallador iba en su favor, y entonces no se ve de dónde nacería el interés del casacionista para formular semejante reparo.

No hizo, pues, el señor defensor casacionista, sino repetir sus alegaciones de instancia, y parece que no se tomó siquiera el trabajo de leer la sentencia que impugna, es decir la del Tribunal, porque en la demanda parte del principio de que su representado fue condenado a 10 años de prisión y que la Corte le debe reconocer la rebaja de la Ley 48 de 1987 (a la cual él se refiere erradamente como un "indulto"), cuando precisamente fue el Tribunal que, modificando la sentencia del juzgado, reconoció la aplicación de dicha ley, e impuso pena de 8 años y 4 meses.

Ninguno de los cargos prospera.

La mora denunciada.

Al resumir la demanda se vio que en ésta se queja el actor de una estimable mora en la tramitación del proceso, concretamente desde su iniciación hasta su calificación. En realidad el Juzgado Superior de Chaparral recibió por última vez el expediente el 7 de octubre de 1986 (fls. 247) y lo mantuvo inactivo del todo hasta el 26 de octubre de 1987, cuando dispuso su envió a los Juzgados de Instrucción Criminal por virtud del nuevo Código de Procedimiento Penal (fls. 252); posteriormente también se observan moras, aunque más cortas, en los juzgados y 9º y 5º de Instrucción Criminal radicados en dicho municipio.

A folios 332 del proceso consta que la Oficina Seccional de la Procuraduría con sede en Chaparral, adelanta el asunto disciplinario No. 067-6296, mas no se tienen al respecto más datos. Por consiguiente, si las moras indicadas en el párrafo anterior no son objeto de averiguación, el Tribunal de Ibagué tomará las medidas pertinentes para que así sea, y para tales efectos sacará copia del presente proveído.

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

RESUELVE:

1. No casar el fallo impugnado.

2. En relación con la mota denunciada por el casacionista, el Tribunal procederá de conformidad con lo dicho en la parte final de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Cúmplase.

Dídimo Páez Velandia, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael E. Cortés Garnica
Secretario

* * *

Excarcelación / Porte ilegal de armas

El artículo 3° del Decreto 3664 de 1986 fue derogado por el Código de Procedimiento Penal actualmente vigente y la prohibición de excarcelación para los delitos de conocimiento de la jurisdicción de orden público, se rige por el Decreto 2490 de 1988.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel.*
Aprobada Acta número 035.
Bogotá, D.E., mayo veintinueve (29) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Vistos:

Los procesados Ricardo Chaparro Martínez, Nelson Mauricio Anzola, Ricardo Castañeda Chaparro y Elkin Manuel Reyes Sánchez solicitan el beneficio de libertad provisional al considerar que han cumplido con los requisitos previstos en el artículo 72 del Código Penal, descontando las dos terceras partes de la sanción impuesta en las instancias, carecer de antecedentes penales, haber observado buena conducta en el establecimiento carcelario y haber laborado y estudiado durante el tiempo en reclusión.

Consideraciones de la Corte:

El Juzgado Veintiuno Penal del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de fecha 19 de febrero de 1990, condenó a los peticionarios a la pena privativa de la libertad de *treinta y dos (32) meses de prisión* como coautores responsables de los delitos de hurto agravado y porte ilegal de armas de defensa personal, agravado (art. 2° Decreto 3664 de 1986), sanción que fuera confirmada por el Tribunal Superior de esta ciudad en fallo de fecha 22 de mayo siguiente, el cual se halla recurrido en casación.

Los procesados fueron capturados el 25 de noviembre de 1989, es decir, han descontado efectivamente de la pena impuesta en las instancias dieciocho (18) meses

y cuatro (4) días; acreditan buena conducta en el establecimiento carcelario y carecen de antecedentes penales o de policía.

Ricardo Martínez, además acredita por trabajo 1.764 horas que le dan derecho a una rebaja de pena de dos (2) meses y trece (13) días y por estudio 186 horas para un descuento adicional de diez (10) días y un acumulado de *veinte (20) meses y veintisiete (27) días*, inferiores a las dos terceras partes de la sanción que se le impuso en las instancias que equivalen a veintiún (21) meses y diez (10) días.

Castañeda Chaparro acredita 1.576 horas por trabajo para una rebaja de dos (2) meses y cinco (5) días y por estudio 360 horas para un descuento adicional de diez (10) días y un acumulado de veinte (20) meses y diecinueve (19) días, igualmente inferior a las dos terceras partes de la pena.

Néstor Mauricio Anzola demuestra haber laborado 2.360 horas para una rebaja de pena equivalente a tres (3) meses y ocho (8) días y por estudio 36 horas para un descuento adicional de dos (2) días y un acumulado de veintiún (21) meses y catorce (14) días, superiores a las dos terceras partes de la pena que se le impuso en las instancias.

Finalmente, Reyes Sánchez acredita 1.776 horas por trabajo para una rebaja de dos (2) meses y catorce (14) días y por estudio 276 horas para un descuento adicional de quince (15) días y un acumulado de veintiún (21) meses y tres (3) días, igualmente inferiores a las dos terceras partes de la sanción impuesta.

Como ya se consignó anteriormente, *los peticionarios fueron condenados por el delito de hurto agravado, en concurso con la infracción prevista en el artículo 1° del Decreto 3664 de 1986 denominada porte ilegal de armas, agravada por las circunstancias a) y b) del inciso 2° del mismo artículo.*

Como el artículo 3° del mismo Decreto prohíbe la excarcelación cuando la conducta realizada se encuadra en el artículo 1° con uno cualquiera de los agravantes contemplados en el inciso segundo o en el artículo 2°, debe la Sala precisar algunos conceptos respecto de tal normatividad.

El Ejecutivo en ejercicio de las facultades que le otorga el artículo 121 de la Constitución Nacional, expidió el Decreto 3664 de 1986, el cual contiene varias materias a saber:

a) Establece y reprime nuevas conductas relacionadas con las armas y municiones de defensa personal o de uso privativo de las Fuerzas Armadas, en sus artículos 1° y 2°, suspendiendo los artículos 201 y 202 del Código Penal, a partir del 17 de diciembre de 1986.

El artículo 2° a su vez fue modificado por el Decreto 180 de 1988 en cuanto incrementó la pena (de 3 a 10 años de prisión) para fijarla de 10 a 15 años de prisión;

b) *Competencia y procedimiento. El artículo 4° atribuyó el conocimiento de las infracciones contempladas en los artículos 1° y 2° a los comandos de Brigada del Ejército, Fuerza Naval o Base Aérea, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 590 del Código de Justicia Penal Militar. Esta norma fue declarada inexe-*

quible por la Corte mediante sentencia de fecha 12 de marzo de 1987, razón por la cual la competencia quedó fijada por las normas generales de procedimiento en los Juzgados Penales del Circuito, pero en cuanto se refiere al artículo 2° que fue modificado por el Decreto 180 de 1988, la competencia quedó radicada definitivamente, para esta conducta, en la jurisdicción de orden público:

El artículo 3° que ordenaba la consulta de los fallos dictados en primera instancia, con el Tribunal Superior Militar, fue declarado igualmente inexequible por la Corte en el fallo ya citado.

c) *Excarcelación:*

Respecto de la conducta prevista en el artículo 13 del Decreto 180 de 1988 (artículo 2° del Decreto 3664 de 1986) no es posible ninguna excarcelación por prohibición del artículo 4° del Decreto 2490 de 1988 que modificó el artículo 45 del Decreto 180 del mismo año, por cuanto prescribe que "en los delitos de competencia de la jurisdicción de orden público... salvo lo dispuesto en el artículo 6° de este Decreto (2490 de 1988) no tendrán derecho a la libertad provisional, condena de ejecución condicional, libertad condicional, ni rebaja de pena alguna".

Y en cuanto a la conducta consagrada en el artículo 1° del Decreto 3664 de 1986, se tiene que la excarcelación se rige por lo dispuesto en el Código de Procedimiento Penal, ya que es norma posterior y, además porque en su artículo 687 derogó la Ley 2° de 1982 por la cual se adoptó el Código de Procedimiento Penal expedido mediante el Decreto 409 de 1971, "todas las disposiciones que sean contrarias al presente Decreto". *(Decreto 050 de 1987).*

En tales condiciones la restricción para otorgar el beneficio de libertad provisional a quienes infrinjan el artículo primero del Decreto 3664 de 1986, se refiere exclusivamente al numeral 1° del artículo 439 del Estatuto Procedimental, por prohibición expresa del artículo 441, numeral 4°, ibídem.

Y en tratándose de la excarcelación bajo los presupuestos del artículo 72 del Código Penal, así estuviese vigente la prohibición del artículo 3° del Decreto 3664 de 1986, no podría negarse en cuanto aparezcan debidamente probados los requisitos que exige el subrogado penal citado.

En efecto, la restricción que hace la norma comentada, se refiere exclusivamente a los motivos de excarcelación durante la etapa investigativa y la del juicio, así como lo referente al reconocimiento del subrogado penal de la condena de ejecución condicional prevista en el artículo 68 del Código Penal, que expresamente suspendió el legislador extraordinario. Pero, el otro subrogado, es decir, el contemplado en el artículo 72 del Código Penal no fue considerado pues, tratándose de norma sustantiva, debe igualmente excluirse por el legislador extraordinario en forma expresa, como lo hizo en el Decreto 2490 de 1988 que en lo pertinente se dejó transcrito.

Concluyese que es competente para resolver sobre el beneficio de libertad provisional, con apoyo en el artículo 72 del Código Penal, la autoridad que esté conociendo del asunto al momento de presentarse tal circunstancia (numeral 2° del artículo 439 del Código de Procedimiento Penal), pues el artículo 3° del Decreto 3664 de 1986 fue derogado por el Código de Procedimiento Penal actualmente vigente y la prohibición

de excarcelación para los delitos de conocimiento de la jurisdicción de orden público, se rige por el Decreto 2490 de 1988.

En el caso concreto, no obstante que solo Nelson Mauricio Anzola cumple con el requisito cuantitativo de la pena, ninguno de los procesados es acreedor al beneficio de libertad provisional con fundamento en el subrogado penal de la libertad condicional, pues la gravedad y modalidades de hecho punible a ellos atribuido, indican el necesario tratamiento penitenciario hasta el cumplimiento total de la pena impuesta.

El atentar contra el patrimonio económico de los ciudadanos que transitan por las calles de la ciudad, mediante el uso de armas, y, posteriormente enfrentarse a los miembros de la policía quienes tienen encomendada la guarda de la vida, honra y bienes de los ciudadanos, constituye hecho de suma gravedad que amerita mayor drasticidad en la sanción de sus autores. Y si como ocurrió en el presente caso, los procesados se asociaron para cometer esta clase de atropellos, ello viene aumentando la zozobra en que permanecen las personas de bien, pues ya en ningún momento pueden transitar libremente por la vía pública sin que sea atacados por delincuentes dispuestos a cometer toda clase de atropellos con el fin de asegurar el producto de su conducta ilícita. En tal virtud, el beneficio de libertad provisional se les niega, no por prohibición legal, sino por el factor personalidad que hace necesario, se repite, el tratamiento penitenciario hasta el cumplimiento total de la sanción impuesta en las instancias.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, niega a los procesados Ricardo Martínez, Nelson Mauricio Anzola, Ricardo Castañeda Chaparro y Elkin Manuel Reyes Sánchez, el beneficio de libertad provisional.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Dídimo Páez Velandia, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Edgar Saavedra Rojas, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael I. Cortés Garnica
Secretario

* * *

1. Demanda de casación – Técnica / Principio de no contradicción

El recurso de casación sólo procede por causales taxativamente señaladas en la ley y al presentarlas y sustentarlas, no podrán plantearse cargos incompatibles entre sí.

2. Perjuicios / Coparticipación

No sólo el pago de perjuicios es solidario, sino que es imposible imponer esta obligación dentro del proceso penal a personas que no han sido juzgadas ni condenadas.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Carreño Luengas.*
Aprobada Acta número 35 de mayo 29/91.
Bogotá, D.E., mayo treinta (30) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Vistos

Procede la Corte a decidir el recurso extraordinario de casación, interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá de fecha julio diez de 1990 que confirmó con modificaciones la del Juzgado 26 Superior de la misma ciudad y por las cuales se condenó a Luis Fernando Montoya Patiño y otros a la pena principal privativa de la libertad de dieciocho (18) años de prisión y las accesorias de rigor, como responsables de los delitos de homicidio en José de Jesús Linares y Alvaro Antonio Morales y lesiones personales en Jesús Linares Ocampo.

El recurso fue interpuesto por el procesado Luis Fernando Montoya y la demanda presentada por abogada titulada y con poder especial.

Episodio procesal.

El día viernes 14 de julio de 1988, departía con unos amigos en la mesa número 8 de su establecimiento ubicado en esta ciudad de Bogotá el ex sargento de la Policía Nacional José de Jesús Linares, cuando sorpresivamente se pusieron en pie los ocupantes de la mesa número 7, señores Víctor Manuel Suárez Ardila, Luis Alberto Delgado, Luis Fernando Montoya y una cuarta persona aún no identificada y quienes arma en mano dispararon contra el sargento Linares, quien falleció como consecuencia de seis heridas de armas de fuego de corto alcance, hiriendo con dos proyectiles a Alvaro Antonio Morales, quien falleció poco tiempo después y alcanzando también con dos impactos a Jesús Linares hijo del sargento, quien afortunadamente logró sobrevivir a sus heridas.

José de Jesús Linares, ya herido, y en intento desesperado por salvar la vida, logró accionar aún dentro de su funda su revólver calibre 22 causando heridas de alguna consideración a dos de sus agresores.

Por estos hechos, fueron condenados en primera y segunda instancia, Suárez Ardila, Delgado Ramírez y Bernardo Montoya como coautores de las diversas conductas ilícitas investigadas.

Demanda de casación

Un cargo único que en el desarrollo de su demanda convierte en dos, formula la recurrente contra la sentencia al amparo de la causal primera del artículo 226 del C. de P.P., por violación indirecta de la ley sustancial.

Se afirma en primer lugar, que el Tribunal incurrió en un manifiesto y ostensible error de hecho por falso juicio de existencia, al no tener en cuenta ni analizar diversos elementos de prueba que obran en el proceso, como los análisis de balística, la diligencia de inspección judicial y el testimonio de Segundo Evaristo Camacho que de haber sido apreciados habrían llevado a la absolución de su poderdante, porque estas pruebas demuestran que en el ataque sólo se utilizó un revólver que fue accionado por Luis Alberto Delgado Ramírez. Sostiene la demandante, que por este error la sentencia es contraria a derecho porque no se puede predicar la responsabilidad de Montoya de su sola presencia en el lugar.

Dentro del mismo capítulo, un nuevo reproche formula la recurrente a la sentencia, también por error de hecho, pero con un alcance y sentido diferente.

Sostiene, que el juzgador dio por probado un hecho, el móvil del sicariato, sin la existencia de pruebas que respaldaran esta afirmación y basado en meras conjeturas o suposiciones por "descarte de móviles" y que por ello dio aplicación a una circunstancia de mayor punibilidad, violando de manera indirecta el artículo 66 del C.P. por aplicación indebida, profiriendo en definitiva una sentencia injusta.

En el *petitum* de su demanda, nada en concreto propone la recurrente, limitándose a solicitar a la Corte que "se sirva casar la sentencia aludida procediendo en consecuencia a emitir fallo que en derecho corresponda a partir de una evaluación integral del acervo probatorio en lo cual consideramos erró el Tribunal...".

Concepto del Ministerio Público

Después de analizar la demanda presentada a nombre del procesado Montoya, el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal considera que el libelo debe desecharse "por no reunir las exigencias técnicas que requiere el recurso extraordinario de casación".

Afirma el Ministerio Público que "si bien los dos cargos planteados se invocan dentro de la misma modalidad de la violación indirecta de la ley sustancial, de su confrontación, se vislumbra la concurrencia de una contradicción trascendente que torna inane el recurso e improcedente el examen de la demanda...".

Agrega, que el principio de no contradicción "...como postulado básico de la técnica de casación constituye una exigencia insoslayable que plantea el libelista el deber de no formular en la misma demanda pretensiones que se excluyan entre sí y a la Corte la de repudiar procederes de tal índole, por cuanto una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo".

Acorde con su criterio, concluye la Delegada afirmando que constituye un imperativo lógico jurídico el rechazo de la demanda porque "...con el primer cargo la demandante pretende que se case el fallo impugnado y se absuelva a su defendido Luis Fernando Montoya. Con el segundo, se persigue que la causal de agravación genérica prevista en el numeral 1º del art. 66 del C.P. deducida del pago o promesa remuneratoria se elimine en sus efectos por inexistencia de la prueba que lo acredite. Con tales premisas se ataca la responsabilidad penal y al mismo tiempo se acepta. La inocencia es el corolario de la misma censura y la responsabilidad atenuada en sus consecuencias de la otra...".

Recuerda además el señor Procurador, que no está permitido presentar causales o cargos subsidiarios.

Consideraciones de la Corte

El art. 224-3 del C. de P.P. al señalar los requisitos que debe reunir la demanda de casación impone al recurrente la obligación de presentar la causal que corresponda para pedir la infirmación del fallo. Si fueren varias las causales —exige la ley— se expresarán en capítulos separados los fundamentos relativos a cada una, sin que puedan plantearse cargos incompatibles *entre sí.*

El anterior precepto no hace cosa diferente de la de elevar a mandato legal, por ello de obligatorio acatamiento, la observancia del principio de no contradicción que la doctrina y la jurisprudencia han establecido como requisitos de lógica jurídica, de coherencia argumentativa propios de la demanda y cuyo desconocimiento conduce a una situación dilemática que no puede resolver la Corte, porque al decidirse por una cualquiera de las dos vertientes opuestas que presenta el recurrente, estaría desconociendo la voluntad de éste y convirtiendo la casación en una tercera instancia.

Por eso ha sostenido la Corte, que el recurso de casación es una demanda contra la sentencia, no una tercera instancia y que esto es lo que determina las características específicas del mismo. De ahí que sólo proceda por causales taxativamente señaladas en

la ley, y al presentarlas y sustentarlas, no se podrá ni dentro de cada causal, ni entre las distintas causales, plantearse cargos incompatibles entre sí.

"La prohibición de presentar cargos incompatibles entre sí (art. 224-3) que en el anterior Código se refería a la contradicción entre los mismos, permite por su énfasis rigorizar el esquema lógico general que la demanda debe exhibir. Lo contradictorio puede tener una entidad menor y confinar sus efectos a un mismo cargo o a varios cargos que tengan por objeto el tratamiento de un mismo elemento probatorio... La incompatibilidad busca una razón de fin, de propósito unitario y bajo ese respecto debe justiprecíarse todo el contenido de la demanda. Es aberrante que alguien demande la casación sobre la base de la total inocencia del sentenciado y la ausencia absoluto de prueba de condena, pero en otros cargos a título evidente de alegaciones subsidiarias, depreque la casación del fallo para buscar una atenuación de la pena, o en último caso la concesión del beneficio de la condena de ejecución condicional..." (C. de P.P. Colombiano - Gustavo Gómez Velásquez - pág. 262).

Tampoco es procedente y así lo ha reiterado la Corte plantear al amparo de la misma causal una impugnación como principal y otra como subsidiaria, más aún si contienen argumentaciones que mutuamente se excluyen o destruyen entre sí.

Aplicando los anteriores conceptos al caso de examen, la Corte debe compartir las anteriores apreciaciones del señor Procurador y concluir que la demanda de casación formulada a nombre del sentenciado Fernando Montoya, sustancial y técnicamente no está llamada a prosperar, porque la libelista quebranta abiertamente el principio de no contradicción como quiera que dentro de una misma causal incluye dos cargos incompatibles que encierran proposiciones que no pueden conciliarse. En el primer cargo, alega que por no haberse apreciado determinadas pruebas (error de existencia) la sentencia fue condenatoria cuando ha debido pregonarse (de acuerdo con las pautas omitidas) la inocencia del acusado por no haber tomado parte activa en el hecho punible investigado. Pero a renglón seguido y dentro de la misma causal, formula una nueva censura donde se parte de la base de aceptar la responsabilidad del acusado, para expresar reparos únicamente a la dosimetría de la pena.

Fuera de lo anterior, otra falla técnica se evidencia en el libelo que pone igualmente en evidencia su ineptitud. La demanda de casación es ante todo un escrito petitorio fundado en derecho que debe comprender las dos partes generales de toda demanda: El petitum *y la* causa petendi. *El art. 224-4 del C. de P.P. dispone que el libelo debe contener la conclusión de sus premisas y la petición que se formula en relación con la sentencia recurrida. Y esa petición si se encamina a la sustitución del fallo, debe ser de infirmación total o parcial de la sentencia, siendo obligación del casacionista proponer las decisiones que la Corte debe tomar en el supuesto de que prospere el recurso. Si nada pide el recurrente, nada puede otorgar la Corte.*

En el caso sub judice, *la actora ante la imposibilidad de decidirse por alguna de las dos tesis encontradas que propugna, se limita en su* petitum *a solicitar la infirmación del fallo sin proponer el sentido de la sentencia sustitutiva, pidiendo a la Corte que se convierta en Tribunal de instancia, efectúe "...una evaluación integral del acervo probatorio" y emita "...el fallo que en derecho corresponda".*

Esta posición que se pide adoptar a la Corte, es inadmisible en sede de casación.

Las anteriores consideraciones son suficientes para que la Corte, por ineptitud de la demanda no se pronuncie sobre el aspecto de fondo en ella planteado.

No puede la Corte dejar pasar por alto una seria irregularidad que se observa en la sentencia recurrida en lo concerniente a la condena a la indemnización de perjuicios.

El art. 105 del C.P. establece que la indemnización de perjuicios corre a cargo de los penalmente responsables quienes responderán "en forma solidaria".

En acatamiento a lo dispuesto por la ley, el Juzgado condenó solidariamente a los tres responsables al pago de veintiséis millones quinientos veintiocho mil pesos como inmdemnización de los perjuicios materiales y morales ocasionados con la infracción.

Sin embargo, el Tribunal desconociendo lo preceptuado en el artículo en cita, ordenó el pago por cuotas partes y lo que es aún más inexplicable, condenó al pago por quintas partes a dos personas no identificadas que no fueron condenadas y ni siquiera juzgadas en el proceso, a "...un desconocido o apenas designado como Felipe N. y el autor intelectual que se ha considerado inexistente...", para adoptar en la parte resolutiva de la sentencia la siguiente ilógica decisión:

"... Se especifica que cada uno de los antedichos procesados deberá pagar un quinto de las cantidades señaladas en dicho fallo..."

No sólo el pago de perjuicios es solidario, sino que es imposible imponer esta obligación dentro del proceso penal a personas que no han sido juzgadas ni condenados. La condena a este pago, sólo puede ser consecuencia de una sentencia condenatoria por el hecho punible que ocasiona el daño. Errores de esta naturaleza no deben repetirse.

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, de acuerdo con la Procuraduría Delegada, NO CASA la sentencia recurrida a nombre del procesado Luis Fernando Montoya Patiño, de fecha, origen y naturaleza consignados en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Dídimo Páez Velandia, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael Cortés Garnica
Secretario

* * *

Principio de no contradicción / Casación – Técnica

El principio de no contradicción es de orden lógico y ha merecido su consagración legal.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

CASACION. Técnica. El principio de no contradicción, que es de orden lógico, tiene ahora consagración legal –artículo 224 C.P.P. y constituye la más insoslayable exigencia técnica del recurso, que ata de suyo al demandante.
Magistrado ponente: Doctor *Juan Manuel Torres Fresneda.*
Aprobada según Acta número 35.
Bogotá, D.E., mayo treinta (30) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Vistos

Cumplido el trámite previsto en la ley, se ocupa la Sala de resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del 30 de abril de 1990, emanada del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, en la que por confirmación de la de primera instancia, se condena Víctor Manuel Hernández a la pena principal de 16 años de prisión como autor responsable del homicidio agravado de José Antonio Bueno.

Los hechos y el proceso

En la vereda "Potrero Grande" del municipio de Guaca (Santander), el 11 de agosto de 1988, fue muerto José Antonio Bueno al recibir tres impactos de arma de fuego de manos de su cuñado, el acusado Víctor Manuel Hernández, cuando de regreso al municipio de San Andrés, entró a la finca en que éste habitaba con el fin de pagarle una deuda que de tiempo atrás había contraído, y cuya desatención había ocasionado disgustos y cruce de palabras ofensivas entre ambos.

Con base en la denuncia y las diligencias previas adelantadas por la inspección de policía, el Juzgado Promiscuo Municipal de Guaca abrió investigación, que luego asumió el Juzgado Primero de Instrucción Criminal de Bucaramanga, despacho que proveyó la calificación sumarial mediante enjuiciamiento del sindicado, quien en forma voluntaria se había entregado a las autoridades veinte días después del *insuceso*, rindiendo indagatoria y resultando recluido en cumplimiento de la medida de aseguramiento de detención preventiva con que se le cobijó.

La resolución de acusación dedujo al acusado circunstancias de agravación punitiva que el Tribunal desestimó al revisar el auto por vía de alzada, pero como en la causa se aportara prueba documental suficiente con relación al parentesco existente entre la víctima y el acusado, surtido el rito de la audiencia pública por el trámite previsto en el Decreto 1861 de 1989, el juzgador tasó la pena dentro de los límites del artículo 324 del C. P.

Sometida la sentencia a revisión de instancia, la halló el Tribunal ajustada a la realidad probatoria y a derecho, impartiéndole confirmación con la suya de abril treinta (30) de 1990, que se somete ahora al recurso extraordinario.

La demanda

El señor defensor del procesado sostiene en los dos cargos que formula basado en la causal primera de casación, que la sentencia debe ser casada con fallo sustitutivo.

Enruta así las acusaciones al fallo del Tribunal Superior:

Cargo primero

El Tribunal incurrió en violación indirecta de la ley sustantiva, por error de hecho que lo determinó a no dar aplicación a los artículos 29 numerales 2°, 4° y 5° del C.P. y a aplicar indebidamente los artículos 323 y 324 del mismo estatuto.

Asevera que se ignoraron unas pruebas, se supuso otra, y se tergiversaron otras más, siempre en perjuicio del acusado, porque en virtud de esos errores de hecho, no se reconoció en su favor la justificante de la legítima defensa y en cambio se le imputó el homicidio agravado.

A propósito de la presentación de su discurso agrupa el censor como pruebas ignoradas en el fallo:

1. La inspección judicial cumplida el 16 de marzo de 1989, solicitada y decretada en la etapa del juicio, en la cual se verificó la existencia de "dos balas en un árbol de cucharaco precisamente en el sitio exacto de los hechos", las cuales no penetraron en el cuerpo del acusado debido a la mala puntería del finado.

2. El examen de balística realizado por el Instituto de Medicina Legal obrante al folio 16 del proceso, "por medio del cual se confirma técnicamente que las dos balas de revólver" halladas durante la antecitada inspección judicial corresponden a un arma de las características de la que portaba el occiso y que le fue retirada por su hermano Reynaldo Bueno "luego de ocurridos los hechos".

3. La entrega que de la funda del revólver del occiso hizo el hermano del acusado, Héctor Hernández, cuando compareció a declarar y a quien el segundo a su vez se la había entregado luego de recogerla en el sitio de los hechos bajo el convencimiento de que era suya.

4. Las declaraciones de los hermanos del occiso, Reynaldo y Vilma Bueno, quienes afirmaron que el finado tenía un revólver el día del suceso.

5. El acta de necropsia del folio 53 del proceso, que describe una tercera herida de bala en el brazo derecho del occiso, con dirección de abajo hacia arriba, cuya importancia repercute frente al hecho de que las heridas de la cabeza presentan dirección contraria. A este respecto anota que "aun suponiendo estáticos a los contendientes, en la posición de los soldados firmes uno delante del otro, serían diferentes en cuanto hacen a las tres heridas".

6. El acta de levantamiento del cadáver, en que consta que en la indagación preliminar intervinieron tres amigos del occiso, como fueron, por una parte, el inspector de policía de la vereda y su secretario *ad hoc*, el primero de los cuales guardaba malquerencia para con el acusado y gran solidaridad con el occiso porque había sido compañero de éste en una reclamación laboral al entonces inspector, y el segundo, compadre del mismo muerto; y por otro parte, intervino su compañero de libaciones de horas antes como perito. La intervención de estos ciudadanos en la diligencia fue importante en cuanto incidió en detrimento del acusado porque en el acta quedó constancia de la inexistencia del arma que llevaba el finado y se consignaron apreciaciones sobre los móviles y circunstancias materiales del delito y eso dio pie a que en la resolución acusatoria de la primera instancia se le sumara la agravante que el Tribunal revocó.

La prueba que el Tribunal "imaginó o supuso o presumió" fue la declaración del padre del occiso, Antonio Bueno sobre el hecho de que da cuenta la constancia del Fiscal del folio 155, y que tomó para desvirtuar la ignorada inspección judicial en la que se habían encontrado los dos proyectiles en el sitio de los hechos, contrariando así el contenido del proceso, en que obraba una declaración del padre del occiso, pero de época, y sobre hechos diferentes de los aludidos en la constancia fiscal.

En cuanto al error por falso juicio de identidad, precisa que en la sentencia se "distorsionó el sentido de las pruebas haciéndoles producir efectos probatorios que no se deducen de su contexto", tal como "declarar por ejemplo, inexistente el revólver del occiso tantas veces mencionado". Así mismo se "tergiversó y distorsionó la diligencia de autopsia de folios 49 y 50", y la ratificación y ampliación de la necropsia de folios 52 y 53, al tenerla "como prueba científica máxima" para oponerla a la confesión calificada del acusado y desvirtuar la legítima defensa, incurriendo en la tergiversación por ocuparse solamente de las heridas de la cabeza del occiso, que fueron dos, cuando hubo una tercera, la del brazo derecho, ignorada.

Cargo segundo

El lacónico texto que lo contiene reza: "subsidiariamente invoco la misma causal primera, cuerpo segundo, violación indirecta de normas sustanciales dejadas de aplicar, pero con referencia únicamente a una sola de ellas: el artículo 30 del

Código Penal, por error de hecho. Por cuanto al ignorar la sentencia la existencia de las pruebas antes dichas; al suponer otras no existentes y al tergiversar el resto, dejó de aplicar el artículo 30 del Código Penal sobre exceso de cualquiera de las causales de justificación. Resolviendo la duda en contra del procesado y violando no solamente las normas sustanciales concretamente señaladas en el curso de esta demanda, sino también aquellas importantes de procedimiento contenidas en los artículos 247 y 248 del Código de Procedimiento Penal".

El Ministerio Público

El señor Procurador Primero Delegado en lo penal, sugiere que no se case la sentencia de segundo grado, en primer término, porque la demanda presenta enormes errores de técnica, y en segundo, porque después de estudiarla a fondo, encuentra que también carece de fundamento.

Afirma que los dos cargos propuestos al ser incompatibles entre sí desconocen el principio de no contradicción, según el cual en materia de casación "ni dentro de un mismo cargo, ni en cargos separados, se pueden hacer censuras en las cuales se funde la infirmación del fallo que sean mutuamente excluyentes".

En su opinión, la falta de aplicación de la norma que contempla la justificante de la legítima defensa y de la que regula el exceso de las justificantes, no pueden fundamentarse sobre los mismos presupuestos de hecho vertidos en las pruebas respecto de las cuales se afirma hubo errores de hecho del sentenciador porque son figuras jurídicas distintas y de diferente tratamiento en la ley penal, con consecuencias también distintas en el campo de la punibilidad.

Encuentra que la alegación "conjunta" de los dos fenómenos impide establecer si lo que el actor persigue es "la exoneración de responsabilidad, o si previa aceptación de la misma se aboga por una pena menor a través del reconocimiento del exceso en la legítima defensa", pues que tales son las consecuencias que de cada una de ellas derivan.

Y esa profunda diferencia entre ambos fenómenos se marca también en el elemento estructural de la antijuridicidad, pues cuando se reconoce la justificante, desaparece tal elemento y así mismo el reproche en el campo de la culpabilidad, excluyendo la punibilidad; mientras que el reconocimiento del exceso exige el reproche de culpabilidad y mantiene la estructura íntegra del hecho punible en sus tres elementos, acarreando solamente la disminución de la pena.

Después de reseñar los presupuestos distintivos de los dos fenómenos jurídicos de que se habla, pasa al campo del recurso de casación con la afirmación de que en ésta, es improcedente la "alegación simultánea o sucesiva" de los dos fenómenos "sobre todo frente al principio de no contradicción en estricta técnica...".

En alusión al caso en estudio observa que los presupuestos jurídicos de los dos cargos de la demanda son idénticos, pues son los mismos errores de hecho sobre las mismas pruebas en que cree el actor incurrió el sentenciador, y considera entonces que la demanda es incongruente porque no puede pretenderse que produzca efectos en dos sentidos diversos "el yerro relacionado con la misma e idéntica prueba", como

son que se excluya y afirme al mismo tiempo "la delictuosidad de la acción como hecho antijurídico. Dice que, "la identidad del motivo de censura –el error sobre las mismas pruebas– debe producir frente a la ley una sola consecuencia".

Ahondando en los errores técnicos del escrito, añade que demuestra "una ostensible inseguridad" porque presenta un cargo como subsidiario de otro, sin tener en cuenta su signatario que los cargos tienen "su propia identidad y se deben formular todos como principales, evitando la contradicción entre ellos". Cada cargo "constituye un ataque completo a la sentencia" y "debe partir del señalamiento de la causal en la cual se ampara, darle su propia fundamentación, indicar las normas infringidas y culminar con una petición correcta".

Advierte que en tratándose de la violación indirecta de la ley "por error sobre las pruebas" se impone más abiertamente la obligación del casacionista de individualizar las que fueron objeto del error que alega, y encuentra que el segundo cargo de la demanda, es una mera remisión a los argumentos del primero pero con diferente consecuencia, es decir, que "es apenas una impugnación recortada en el plano lógico y argumentativo, que impide el que la Corporación desentrañe el sentido y alcance del ataque a la sentencia de las instancias" y que tampoco concreta en qué términos debería la Corte proferir el fallo sustitutivo.

Se ocupa en seguida de las contradicciones que encuentra entre los diversos errores alegados por el actor, y es así como destaca que éste pregona la ignorancia en la sentencia de las pruebas que confirman la confesión del procesado, la existencia de la justificante de la legítima defensa, y las relativas al porte del revólver por el occiso, pero más adelante afirma que el fallo distorsionó el sentido de las pruebas haciéndoles producir efectos probatorios que no se deducen de su contexto; declarar por ejemplo, inexistente el revólver del occiso.

Recuerda el funcionario que cada error tiene su propio campo de acción y no pueden pregonarse simultáneamente distintos de ellos de un mismo elemento de juicio, o combinarse.

Pero no obstante todos los graves errores técnicos que en su sentir hacen inepta la demanda, para el evento de que ellos no se atendieran, procede a analizar los planteamientos que contiene y a desmenuzar sus inexactitudes frente al contenido de la sentencia, desvirtuando así los fundamentos de los cargos y de cada uno de los ataques en particular, hasta llegar a la afirmación de que las pruebas cuestionadas "no son las únicas que obran en el proceso y nada razonable ni legal resulta su separada valoración, desconociendo todo el conjunto probatorio, sólo porque independizándolas de las demás favorecen al procesado y menos deducir por esta inconsistente vía unos presupuestos de hecho, que no existen en la sentencia atacada". Concluye recordando los principios generales que gobiernan la valoración de la prueba en el actual ordenamiento procedimental, y descalificando por falta de razón las censuras.

Consideraciones de la Sala

Invariable y reiterada ha sido la jurisprudencia al sostener 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..." exigencia que: "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" (C.S. de J. Casación de julio 26 de 1988, M. P. doctor Jorge Carreño Luengas).

Este principio de orden lógico que ha merecido ahora su consagración legal, cuando el artículo 224 del C. de P.P. condiciona expresamente como requisito formal de la demanda la presentación clara y precisa de los cargos, de manera que "si fueran varias las causales invocadas, se expresarán en capítulos separados los fundamentos relativos a cada una, sin que puedan plantearse cargos incompatibles entre sí", aparece ciertamente ignorado por el actor en la presentación de las censuras que en su demanda contiene, cuando atenido a unas mismas pruebas de las cuales infiere idéntica realidad objetiva, deriva consecuencias opuestas que cree justificar con la doble advertencia de ser el cargo segundo subsidiario del primero, y que contiene en aquél como variante la remisión al principio del in dubio pro reo.

Como también de modo persistente lo ha sostenido la doctrina de esta Sala, en el recurso extraordinario de casación no tienen cabida los cargos subsidiarios, porque siendo de la exclusiva iniciativa del actor su proposición y sustentación, de ella carece la Corte como oficiosidad para entrar a escoger o preferir entre las varias propuestas sugeridas aquélla o aquellas que a su juicio prosperen o resulten quizá más ventajosa frente al interés del recurrente.

Si dentro del orden de ideas del censor se advierte que tampoco se ocupa en sustentar entre esos disímiles planteamientos la remisión simplista y meramente enunciativa que hace del principio del in dubio *pro reo, cuando la evidente complejidad de ese evento "requiere un detenido estudio de todo el acervo probatorio recaudado en el proceso para medir su procedencia y eficacia" (Cfr. sentencia de mayo 6 de 1982), esfuerzo que en la demanda no se intenta, ha de concluirse forzosamente con el criterio acertado de la Delegada, que la contradicción evidente de los planteamientos del libelo, de anticipado refleja su fracaso.*

Presenta en efecto el actor dos cargos, consistentes el primero en que no se reconoció al acusado la justificante de la legítima defensa, y el segundo, en que se desestimó la disminuente del exceso en la necesaria reacción del agredido. Una demanda en tales términos concebida no puede tenerse sino como ostensiblemente contradictoria, pues si, como queda visto, una y otra alternativa se presentan sobre el mismo y único asidero probatorio, ello impide determinar si en realidad el proponente busca que a su representado se le releve íntegramente de responsabilidad por haber obrado conforme a derecho, o si en su lugar apenas pretende la morigeración de la pena que le fuera impuesta sujetándola a los límites del artículo 30 del C.P., consecuencias alternativas excluyentes entre sí que ponen en evidencia su contradicción, pues dentro de unas mismas e invariables circunstancias fácticas no resulta posible exonerar y sancionar al acusado al mismo tiempo, o lo que es lo mismo tener su conducta como ajustada a derecho y al propio tiempo como reprochable por antijurídica y punible,

pues contraría la lógica el que una cosa pueda ser y no ser al mismo tiempo y dentro de las mismas circunstancias.

Pero, si aún salvando en gracia de discusión el preanotado yerro, se intenta el examen crítico de los supuestos errores de hecho que por ignorancia de unas pruebas, suposición de otra y tergiversación de las restantes, se hace por el actor como sustento común de las dos impugnaciones, surge de manifiesto que lejos de demostrar con su discurso argumental aquellas desviaciones que atribuye al juzgador, desnaturaliza todo esfuerzo al intentar con un análisis parcial e incompleto persistir en sus alegaciones de instancia, eludiendo el estudio íntegro de los elementos considerados en el fallo, dentro de los cuales se contienen evocaciones críticas que seguirían sosteniendo la decisión por encima de la acomodaticia interpretación de la demanda.

Así ocurre cuando se reprocha el fallo al haber ignorado con los resultados de la inspección judicial cumplida en el lugar de los hechos meses después de su ocurrencia, la prueba de balística, las versiones testimoniales que adujeron la tenencia y empleo de un revólver por parte de la víctima, la necropsia y el acta de levantamiento, porque el Tribunal sí hizo referencia crítica a esos medios, sólo que para desestimar con ellos la excusa del procesado, porque enfrentándolos estaban otras pruebas no menos importantes e ilustrativas como lo fueron las versiones de los varios testigos que contiguos al sitio de la tragedia apenas escucharon un total de 3 detonaciones, que vinieron a coincidir con el número de heridas recibidas por la víctima, desechándose la posibilidad de que concomitantemente hubiese hecho uso el obitado de su arma de fuego, hipótesis hallada más remota por el juzgador, al analizar las contradicciones del indagado, que no logró explicar cómo consiguió salir ileso frente a los supuestos disparos que a corta distancia y con intención mortal le había dirigido antes su cuñado.

Otro tanto sucede con la acusación de haber sido supuesto por el juzgador el testimonio del padre del occiso, quien admitió de la simulación de pruebas que se estaba urdiendo como preparación de la tardía inspección del sitio de los hechos, pues la verdad es que el Tribunal no valoró esa información como testimonio, sino como aporte documental que le rendía al proceso la Fiscalía, certificando sobre la presencia y espontánea narración de don Antonio Bueno Valencia, información valorada finalmente como indicio fls. 27 cuaderno del Tribunal y 234 cuaderno principal.

Es de resaltar por último, que fue amplio el análisis que la sentencia hizo, precisamente para contestar y desestimar la tesis defensiva, sobre todos los elementos del debate, incluida en extenso la controvertida tenencia del arma por parte de José Antonio Bueno, como la trayectoria de las heridas por éste recibidas, de donde quede en evidencia una vez más que las censuras del actor sólo pretenden dentro de un análisis incompleto y acomodaticio, oponer su criterio valorativo frente al del juzgador *ad quem*, antes que entrar a destruir en su totalidad los elementos que apoyan la decisión que se recurre.

Los cargos no prosperan.

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.

Devuélvase el expediente a la oficina de procedencia.

Notifíquese y cúmplase.

Dídimo Páez Velandia, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael Cortés Garnica
Secretario

* * *

VIOLACIÓN INDIRECTA / PRUEBA

Una de las formas del error de hecho por falso juicio de identidad alude expresamente a la desfiguración o tergiversación de la prueba.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: Doctor *Jorge Carreño Luengas.*
Aprobada Acta número 35, mayo 29 de 1991.
Bogotá, D.E., mayo treinta (30) de mil novecientos noventa y uno (1991).

VISTOS

Ha sido recurrida en casación por el defensor del procesado Víctor Manuel Peña Castillo la sentencia de veintidós de junio postrero, mediante la cual el Tribunal Superior de Bogotá lo condenó a 36 meses de prisión y cinco mil pesos de multa como responsable de homicidio culposo en José Guillermo Contreras Suaterna y Mercedes Jiménez Díaz, concediéndole el subrogado de la condena de ejecución condicional.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

A eso de las diez de la noche del 6 de noviembre de 1985, en la intersección de la carrera 94 con calle 68A de esta ciudad, colisionaron violentamente el bus de placas SN-6247 conducido por Víctor Manuel Peña Castillo y el automóvil Renault 4 de placas EV-7891 manejado por José Guillermo Contreras Suaterna resultando éste muerto y su acompañante Mercedes Jiménez Díaz después que el pequeño vehículo fue arrastrado por más de treinta metros hasta ser introducido en un lote contiguo.

Por estos hechos el Juzgado Primero Superior de Bogotá llamó a responder en juicio al conductor del bus Víctor Manuel Peña Castillo por doble homicidio culposo; decisión recurrida en apelación por el enjuiciado y confirmada por el Tribunal Superior de este Distrito.

Adelantado el juicio y celebrada audiencia pública, sin intervención del jurado de conciencia, el juzgado del conocimiento puso fin a la instancia condenando al acusado a la pena principal de 36 meses de prisión, multa de cinco mil pesos y

suspensión por tres años en el ejercicio de la profesión de conductor; fallo apelado por la defensa y confirmado sin ninguna modificación por el Tribunal Superior de Bogotá mediante el que es objeto del recurso de casación.

Demanda de casación

Con expresa referencia a la causal primera de casación del artículo 226 del C. de P.P., se acusa la sentencia de ser violatoria, en forma indirecta, de la ley sustancial por apreciación errónea de unas pruebas y falta de apreciación de otras, formulándose dos cargos a saber:

Primero

Error de hecho manifiesto por distorsión de los múltiples testimonios que pregonan la inocencia del procesado y llevan a concluir la inevitabilidad del trágico impacto vehicular por imprudencia no del conductor del bus, sino del chofer del automóvil.

Afirma que de lo dicho por un grupo de ocho declarantes, cuyos nombres relaciona, se colige la existencia de los siguientes hechos: carencia de alumbrado público en el sitio donde se produjo la violenta colisión; presencia de un pare obligatorio en la vía por la que transitaba el Renault 4; estado de sobriedad en que se encontraba el procesado; imprudencia del conductor del pequeño automotor y exceso de velocidad a que viajaba a tal punto que la contundencia del golpe al estrellarse contra el bus de pasajeros le ocasionó a éste serias averías en el sistema de frenado y dirección produciendo el descontrol de la máquina y la colisión contra la pared donde finalmente se detuvo.

El Tribunal Superior con apreciaciones de contenido puramente subjetivo distorsionó la expresión fáctica de los testimonios antes mencionados, al deducir de ellos hechos que no demuestran (sic) "como el exceso de velocidad a que se desplazaba Víctor Manuel Peña Castillo y su responsabilidad en el doble homicidio".

Segundo

Error de hecho manifiesto por falta de apreciación de pruebas como la declaración del funcionario del DATT Luis Carlos Velasco, la inspección judicial practicada a los vehículos comprometidos en el choque y la peritación rendida con ocasión de la reconstrucción de los hechos, las que obligaban a la absolución del procesado "pues de ellas, a través de una consideración puramente objetiva, se desprende que Peña Castillo no fue el responsable de los hechos de la investigación y por ende no se le podía reprochar por el camino de la culpabilidad culposa un delito en cuyo desenvolvimiento sobrevivió ileso y respecto del cual se vio involucrado por la conducta imprudente de José Guillermo Contreras Suaterna, quien con su manera de actuar es la única causa determinante del trágico suceso que ocupa la atención de la justicia".

El testigo manifestó haber escuchado de labios del sindicado que la colisión provocada por el Renault 4 afectó el sistema de frenos del bus impidiendo que pudiera ser detenido; circunstancia ésa comprobada durante la inspección judicial a los

vehículos colisionados estableciéndose que el bus presentaba destrozada la parte delantera, costado derecho, "descachada" la rueda delantera y "sueltas algunas partes de abajo".

"Esta conclusión a que se llegó –agrega– permite pensar dentro de un razonamiento lógico, que el arrastre que se produjo de los vehículos en el impacto, fue el resultado del exceso de velocidad con que transitaba el Renault y la pérdida de los sistemas de control del bus, lo cual impidió a su conductor parar el avance del rodante antes del impacto final contra la pared. Ante la ausencia de prueba técnica que diga lo contrario, mal puede a no ser mediante el empleo de meras suposiciones, concluirse que el daño del bus antes aludido ocurrió por el impacto contra la pared y no por el choque vehicular."

Luego expresa:

"La peritación rendida con ocasión de la reconstrucción de los hechos, deja sin base alguna el fundamento central de la sentencia recurrida (exceso de velocidad del bus conducido por Peña Castillo), pues el perito designado es enfático al señalar la imposibilidad de determinar la velocidad con que se desplazaban los conductores involucrados en los hechos. Este dictamen acompañado de una realidad histórico procesal que no permite adoptar un camino diferente, no podía ser desconocido; el *ad quem* no tuvo en cuenta estos importantes medios de convicción y falló condenatoriamente en contra del procesado, adoptando como base principal de la sentencia el argumento relativo al exceso de velocidad con que se desplazaba el bus conducido por Peña Castillo."

Mencionando las normas instrumentales y sustanciales que estima infringidas concluye el demandante solicitando la infirmación de la sentencia impugnada para que en su lugar se absuelva al acusado.

Respuesta del Ministerio Público

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal pide que no se case la sentencia recurrida porque la demanda no se ajusta a las exigencias técnicas que gobiernan este extraordinario medio de impugnación, resaltando como tales la falta de claridad en la formulación del ataque, la ausencia del concepto de violación de la ley sustancial y la no comprobación de la incidencia del error en las conclusiones del fallo.

Refiriéndose al primer cargo arguye que el libelista incurrió en el desatino de cuestionar en bloque un conjunto de heterogéneos testimonios predicando de ellos efectos unívocos que no tienen y las conclusiones que extrae a manera de indicios dan pábulo a la especulación y la conjetura.

Individualmente considerados los diferentes testimonios relacionados en la demanda no ofrecen la univocidad que les atribuye el recurrente, pues algunos de ellos nada dicen de lo acontecido porque los deponentes no se dieron cuenta de nada y otros, presentan versiones disímiles de lo ocurrido.

"La heterogeneidad de los testimonios –argumenta– no posibilitaba análisis integrales, porque de allí se desprenden diversas posturas que no coinciden con las derivadas por el casacionista."

En cuanto al segundo reproche afirma que varias de las pruebas presuntamente omitidas por el fallador fueron tenidas en cuenta por él "tales como las evidencias de impacto que presentaba el bus conducido por el procesado, pese a lo cual en la sentencia de segunda instancia se llegó a conclusiones diferentes de las esgrimidas por el libelista".

Luego afirma:

"En este preciso caso, el demandante no hizo lo adecuado. Pretendiendo la omisión de pruebas, presentó sus propias conclusiones sobre el proceso, mas no se ocupó de analizar las mismas en relación con las que estima sirvieron de base al sentenciador, dejando por tanto incompleto el ataque."

Consideraciones de la Corte

La Sala examinará en forma conjunta los dos reparos formulados a la sentencia porque no obstante referirse a diferentes hipótesis del error de hecho manifiesto adolecen de comunes y protuberantes fallas de técnica en su planteamiento y fundamentación.

En efecto, a través del primer cargo se pretende cuestionar la prueba indiciaria tenida como soporte del fallo de condena sobre la base de que varios testimonios obrantes en autos fueron distorsionados en su contenido fáctico; pero en su desarrollo nada se dice ni se hace por demostrar que tales declaraciones, o algunas de ellas, fueron deformadas en su real contenido, como si a los declarantes se les hubiera hecho decir lo que no dijeron, olvidando el censor que la distorsión o falseamiento de la prueba, considerada como una de las formas del error de hecho por falso juicio de identidad, alude expresamente al fenómeno de la desfiguración o tergiversación de su contenido fáctico o del hecho por ella revelado.

De ninguno de los testimonios relacionados en la demanda se afirma que fue distorsionado, falseado o deformado en su verdadero contenido por lo que el error probatorio planteado como cargo a la sentencia con los caracteres de manifiesto y trascendente, es a todas luces infundado.

La acusación en este punto se concreta a mencionar algunas deponentes y deducir de sus versiones la existencia de varios hechos enfrentándolos a los tenidos en cuenta por los falladores, sin que de tal confrontación se evidencie la existencia de un manifiesto ostensible error de hecho por desfiguración de la prueba testimonial.

Aduce el impugnador que del grupo de testimoniantes mencionados en el libelo se colige la existencia de dos fundamentales hechos que debieron ser apreciados en favor del procesado: el exceso de velocidad a que se desplazaba el conductor del automóvil y su imprudencia en la conducción del mismo por la violación de reglamentos de tránsito; pero pasa por alto que tales circunstancias fueron advertidas y consideradas por los juzgadores aunque sin el valor exculpatorio o eximente que les atribuye el censor, como fluye del siguiente pasaje del fallo de primera instancia, el que por haber sido confirmado por el emitido por el Tribunal Superior, conforma con éste una unidad jurídica inescindible:

"Ahora bien, como enunciamos anteriormente está demostrado en el plenario, que existió por parte del conductor del vehículo Renault 4 imprudencia generadora de culpa, al no obedecer la señal de pare que se encontraba en la vía por la que transitaba y que indicaba la prelación que tenía la calle 68A, sobre la carrera 94; sin embargo, no se puede sostener en términos absolutos, que sumada la culpa del victimario con la culpa de la víctima, las dos culpas se neutralicen jurídicamente, ocurriendo el fenómeno llamado 'compensación de culpas'; no, porque en primer lugar en el derecho penal colombiano, no existe la figura de la compensación de culpas, y en segundo lugar se debe hacer un análisis de las circunstancias que generaron el resultado dañoso, para determinar cuál de las dos culpas fue la causa eficiente del daño resultante" (fl. 37 del C. número 2).

La imprudencia del procesado Víctor Manuel Peña Castillo, por conducir el bus de pasajeros a velocidad excedida "violando el deber de cuidado exigido a quien conduce por las calles de esta ciudad", estimada como causa determinante del accidente de tránsito y la culpabilidad del agente, aparece deducida en la sentencia acusada a través de inferencias lógicas provenientes del análisis de declaraciones rendidas por Miguel Antonio Jiménez Díaz, Aura María Rincón Vela, José Ignacio Castillo Guerrero, Juvenal Peña Mateus y Rosenda Pérez Cárdenas, especialmente las dos primeras; pruebas que no aparecen criticadas por el censor dejando sin adecuada réplica fundamentales aspectos indiciarios, como anota la Procuraduría Delegada.

Sobre este tópico la Corte ha sostenido con reiteración que "es de exigencia técnica en el recurso de casación, por ser de lógica jurídica, que cuando se acude a la violación indirecta de la ley para demostrar errores de hecho y de derecho, es menester desquiciar todos y cada uno de los fundamentos probatorios de la sentencia cuando se pretende de la Corte una decisión radicalmente opuesta a la del Tribunal, porque, de lo contrario, basta que persista un solo fundamento con suficiente contundencia para que el fallo impugnado subsista" (Casación de 9 de junio de 1978, entre otras).

Contrariamente a lo que piensa el actor si fueron consideradas en la sentencia pruebas como la inspección judicial a los vehículos accidentados y el dictamen rendido por el perito que intervino en la diligencia de reconstrucción de los hechos conforme a las cuales, pudo establecerse que el impacto sufrido por el bus en la parte delantera derecha fue ocasionado al "incrustarse" en el lote, siendo imposible técnicamente determinar las velocidades a que se desplazaban los vehículos al momento de colisionar. Nada se dijo respecto al testimonio del agente del DATT Luis Carlos Velasco posiblemente porque su relato era de oídas y se relacionaba con las mismas explicaciones vertidas a lo largo del proceso por el sindicado Peña Castillo, a las que se les dedicó especial atención.

Valorados en su conjunto, gravedad y coherencia los diferentes hechos indiciarios que emergen del proceso concluyó el Tribunal Superior "que así el Renault no haya obedecido la señal de pare, el bus conducido por Víctor Manuel Peña Castillo en ningún momento frenó para atravesar la carrera como lo ha querido hacer creer el procesado, pues si hubiese accionado los frenos no habría arrastrado el automóvil por más de treinta metros como sucedió, subirse al andén, quebrar la pared y lanzar al carro dentro del lote".

Los reproches a la sentencia impugnada se reducen a apreciaciones puramente personales o subjetivas del recurrente respecto a la forma como debieron ser apreciados y valorados determinados hechos, opuestas a las razonables y lógicas inferencias de los juzgadores de instancia concernientes a la certeza del hecho punible y la responsabilidad del procesado, sin que de tal confrontación resulte –como ya se dijo– la existencia de manifiestos u ostensibles errores de hecho por falsos juicios de identidad o existencia.

La disparidad de criterios en cuanto al grado de convicción que arrojen determinados medios de prueba, o su diferente enfoque, jamás puede generar el error de hecho manifiesto entendido como aquél "que se impone a primera vista, sin que su demostración exija ningún esfuerzo dialéctico por el censor o por los jueces en sede de casación y repercutir en las conclusiones de la sentencia con fuerza determinante, de modo que sin su concurso, el juzgador hubiera definido la situación del sindicado en sentido distinto del contenido en el fallo censurado" (Cas. de 19 de junio de 1979).

La praxis judicial enseña que la prueba indiciaria no suele ser objeto fácil de ataque en casación porque en el planteamiento y fundamentación de la impugnación se corre el riesgo de anteponer a la apreciación del Tribunal Superior la personal y subjetiva estimación del censor, resultando difícil que de tal enfrentamiento surja un error de hecho manifiesto de un concurso indiciario.

En el presente caso, la acusación se concreta a una crítica probatoria, sobre el esquema de un alegato de instancia, buscando hacer prevalecer aspectos fácticos ampliamente debatidos y descartados durante el proceso como aquel de que la causa determinante del accidente fue el desperfecto sufrido por el bus en sus sistemas de dirección y control, a consecuencia de la imprudencia del occiso al chocar su vehículo con el automotor conducido por el procesado; razonamiento que se aparta de la realidad procesal y repugna a la lógica y la experiencia.

Las deficiencias y fallas de técnica advertidas, hacen de la demanda de casación un escrito sustancialmente inepto a las pretensiones del libelista.

No prospera ninguno de los cargos formulados.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en 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 Víctor Manuel Peña Castillo de fecha, origen y naturaleza consignados en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Dídimo Páez Velandia, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael I. Cortés Carrica
Secretario

Demanda de Casación – Técnica / Nulidad

La nulidad que se agita en el recurso de casación no es de libre postulación y no escapa a las exigencias técnicas que lo gobiernan. Ver el mismo sentido providencia de esta fecha.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Enrique Valencia M.*
Aprobada Acta número 0036.
Bogotá, D.E., junio cinco (5) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Vistos

El Juzgado Primero (1°) Penal del Circuito de Bogotá condenó a Eliseo Rodríguez, Pedro Antonio Benítez Benítez, José Filemón Benítez Benítez, Gilberto Benítez Benítez, Rafael Marín Vergara y Alberto Domínguez, a la pena principal de cincuenta y cuatro meses de prisión, y a las accesorias de ley por el delito de hurto calificado agravado; y a José María Romero Romero a cuarenta y cinco meses de prisión y a las accesorias de ley como cómplice de la mencionada infracción; y absolvió a Daniel Augusto Melo Baquero de los cargos que le habían sido formulados.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de esta ciudad confirmó el fallo de primera instancia con la modificación del *quantum* de la pena privativa de la libertad, la cual redujo a cuarenta y siete meses para los primeros y a treinta y nueve meses para Romero Romero; y lo adicionó en el sentido de condenar a los procesados al pago, en abstracto, de los perjuicios causados con el ilícito.

Contra la sentencia de segunda instancia interpuso el defensor de Rafael Marín Vergara recurso de casación. En el curso del trámite se recibió concepto de la Procuraduría Segunda Delegada en lo Penal, con la solicitud de rechazo de las pretensiones del actor.

Hechos

El Tribunal se refirió a la situación fáctica de la siguiente manera:

"El veintidós (22) de abril de mil novecientos ochenta y ocho (1988) Luis Alejandro Vásquez Corredor conducía la tractomula de placas SM 1142 procedente

de la ciudad de Santa Marta con destino Bogotá, transportando trece (13) contenedores de repuestos para Colmotores, cuando a eso de las once y treinta de la mañana en la Autopista Norte a la altura del Cementerio de la Inmaculada fue interceptado por un vehículo Mazda Blanco, dentro del cual se encontraban cinco hombres.

Con pretexto de llevar a cabo una requisa en busca de cocaína y en razón a que tenían brazaletes del F-2 y armas de fuego y Luis Alejandro Vásquez Corredor descendió de la tractomula y a la fuerza fue introducido al automóvil Mazda donde fue vendado y esposado. Al cabo de una hora, aproximadamente, fue dejado en una loma amarrado a un árbol. Pasado un tiempo considerable y ante el absoluto silencio del lugar inició gritos de auxilio y acudió la policía del CAI de la calle 153 con carrera 7ª quienes lo rescataron y se dieron loa (sic) avisos a las autoridades y a la empresa transportadora.

Por información de un ciudadano del lugar, a las cinco y treinta minutos de ese mismo día agentes de la Policía Nacional dieron con el paradero de la tractomula en la calle 35 sur No. 61-41 cuando Fernando Alberto Durán Rincón y José María Romero Romero se hallaban en la tarea del descargue de los contenedores y quienes fueron capturados en compañía de la dueña del parqueadero Ana Hermelinda Virgüez de León y de los Señores Eliseo Rodríguez y los hermanos Pedro, José y Gilberto Benítez Benítez, quienes se encontraban dentro del inmueble... (fl. 13 Cdno. Trib.)".

Sinopsis procesal

La sintetizó la Delegada así:

"Varias fueron las personas indagadas en la investigación, entre otras, Henry Osorio de los Ríos y Alipio Bejarano Celis. De sus versiones, el instructor halló mérito para vincular a Rafael Marín Vergara y a Alberto Domínguez de quienes se afirmó contrataron los servicios del aparato hidráulico que facilitaría el descargue de los contenedores hurtados.

Declarados ausentes los citados Marín y Domínguez; perfeccionada la investigación con abundante prueba documental, pericial y testimonial, el 6 de octubre de 1988 se le impartió calificación profiriéndose resolución acusatoria contra todos los vinculados excepto Fernando Alberto Rincón, a quien se le cesó procedimiento.

Recurrido en apelación el acusatorio, el Tribunal lo confirmó respecto de los hermanos Benítez Benítez, Eliseo Rodríguez, José María Romero, Daniel Melo, Alberto Domínguez y Rafael Marín Vergara. No así con relación a Henry Osorio de los Ríos, Alipio Bejarano Celis y Ana Hermelina Virgüez, para quienes se dispuso reapertura instructiva.

Adelantado el juicio y una vez concluida la audiencia pública, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Bogotá, el 18 de diciembre de 1989 puso término a la primera instancia absolviendo únicamente a Daniel Augusto Melo Baquero. A los condenados por el delito de hurto calificado agravado les impuso las penas principales y accesorias de rigor, negándoles el subrogado de la ejecución condicional de la sentencia.

Apelada esta decisión por los defensores de los declarados responsables, entre éstos, Marín Vergara capturado finalmente el 7 de enero de 1990, su abogado ante el *ad quem*, insistió en la ilegalidad de la prueba sustentatoria de la condena por no juramentarse a quienes en indagatoria implicaron a Marín y al también ausente Domínguez como aquellos que contrataron al montacargas; por tanto, afirmaba el impugnante, imperativa era la absolución ante la inexistencia y nulidad de la prueba de cargo.

No obstante admitir el Tribunal la irregularidad planteada, negativamente despachó las pretensiones del impulsor al advertir y así concluirlo, que las imputaciones surgidas y no juramentadas en las indagatorias de Osorio de los Ríos y Bejarano Celis contra los ausentes, se tomarían "no como testimonios" sino "únicamente como indicios". Se confirmó, pues, la sentencia de primer grado, fijándose el *quantum* punitivo anotado en precedencia, decisión ésta recurrida ahora en casación".

La demanda

Invoca el defensor de Rafael Marín para impugnar la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, la inexistencia de actos procesales, que fueron considerados como indicios por la citada Corporación, para fundamentar únicamente en ellos la condena recaída contra su patrocinado, pues no existe ninguna otra prueba que por sí sola establezca la identidad y responsabilidad penal de Marín Vergara.

Lo anterior por cuanto en las versiones rendidas dentro de las injuradas recepcionadas a Alipio Bejarano y a Henry Osorio de los Ríos, en las cuales se efectuaron cargos a Marín, se omitieron las ritualidades previstas en el artículo 379 del C. de P.P. en el sentido de juramentarlas, lo cual las hace inexistentes según las voces del art. 310 del mismo Código.

Agrega, que sin existir otras pruebas, el sentenciador mediante una operación estrictamente mental señaló que quien iba conduciendo el automóvil Mazda era Rafael Marín; y que los indicios en los cuales basó su determinación fueron tomados de actos inexistentes.

Concluye que la sentencia se dictó en un juicio viciado por nulidad.

Concepto de la Procuraduría Segunda Delegada en lo Penal

El colaborador fiscal solicita se declare la legalidad imperante en el juzgamiento de Marín Vergara y no se case la sentencia acusada, por cuanto considera que la demanda adolece de graves fallas de carácter técnico y porque no existe mérito para la declaratoria de nulidad impetrada.

La Corte

1. *Pluralidad de yerros se advierten en la demanda presentada con el propósito de obtener el quebrantamiento de la sentencia proferida por el Tribunal Superior.*

En efecto, omite el recurrente en el libelo, indicar a cuál de las causales de casación se acoge, cuando ello es presupuesto básico para la formulación del cargo; y si al manifestar que: "la sentencia fue dictada en un juicio viciado de nulidad", lo ubican dentro de la causal tercera de casación que consagra el artículo 226 del C. de P.P., se reserva el expresar a qué clase de nulidad se refiere, si a una de índole legal, o a una de carácter constitucional; como también la razón que invoca, si se trata de un conculcamiento al derecho de defensa, de la existencia de una irregularidad sustancial que afecta el debido proceso o de una incompetencia de jurisdicción.

2. *Para fundamentar el cargo entra el impugnante a cuestionar el aspecto probatorio, pues reprocha el que se haya otorgado mérito a pruebas que considera inexistentes, planteando en el fondo una violación indirecta de la ley sustancial originada en un error de derecho ante un falso juicio de legalidad, al concederle el sentenciador valor a pruebas aducidas irregularmente al proceso, como también critica el valor dado a algunos elementos de juicio allegados a los autos, con lo cual ubica su censura en campos reservados para el falso juicio de convicción.*

3. *Olvida el casacionista que las formas propias del juicio, a las que al parecer se refiere al efectuar el planteamiento de la nulidad, y la valoración probatoria, son conceptos muy distintos, pues las primeras hacen relación a las garantías legales y constitucionales reconocidas a los sujetos procesales en virtud de su interés jurídico particular en el proceso, mientras la segunda se refiere a los prerrequisitos de razón que demanda la ley para poder declarar judicialmente probado un hecho; y que por lo tanto están sujetas a diferentes factores de impugnación y a diverso tratamiento en sede de casación.*

4. *Confunde, además, el censor, el fenómeno de la "inexistencia" de un acto con la "nulidad" propiamente dicha, olvidando que el primero surge de la falta de las formalidades esenciales que ha previsto la ley para su validez (art. 310 del C. de P.P.) que implica que éste sea desestimado por el fallador; pero no conlleva necesariamente al reconocimiento de una nulidad procesal, pues ésta se halla limitada para los casos en que se atente contra la estructura básica del proceso, se viole el derecho de defensa, o se presente la falta de competencia.*

5. Los cargos efectuados, sin juramento, contra Marín Vergara, Alipio Bejarano y Henry Osorio de los Ríos en sus indagatorias, no afectan el valor de tales piezas procesales, luego no puede edificarse la nulidad propuesta sobre la errónea base de la inexistencia jurídica de ellas.

6. *La Corte reitera lo expuesto sobre los requisitos que se exigen para la viabilidad de un cargo por nulidad: "La nulidad en el recurso extraordinario de casación no es de libre postulación y así lo ha venido reiterando esta Corporación y por ello que se ha sostenido que por el hecho de ser una nulidad la alegada como causal del recurso extraordinario no escapa a las exigencias técnicas que lo gobiernan y es así como el impugnante está en la obligación de manifestar no sólo cuál es la causal de nulidad, sino que debe precisar cuál es la fundamentación y no limitarse a hacer una afirmación que no tiene respaldo argumentativo de ninguna naturaleza..." (Auto 28 de junio de 1990, Mag. Pte. Dr. Edgar Saavedra Rojas).*

Y esta otra:

"... Cuando se trate de una demanda de casación fundada en la causal de nulidad, deberán cumplirse los siguientes requisitos:

a) El recurrente deberá señalar con toda claridad la clase de nulidad invocada, dentro de las que se encuentran las siguientes: falta de competencia, violación del debido proceso...

b) Con relación a cada uno de los eventos mencionados, deberá indicar en forma clara y precisa los fundamentos de ella, citando las normas que el recurrente estime infringidas, así... en caso de violación del debido proceso, se debe establecer la comprobada existencia de una irregularidad sustancial, que son las que afectan la estructura que tipifica el sistema mismo que lo informa. Tales, por ejemplo, la falta de apertura de la investigación; de vinculación del procesado; de inexistencia de una etapa de investigación y otra de juicio, y de una etapa probatoria y de una audiencia pública dentro de éste; de formulación de cargos; de sentencia, y de posibilidad de recurrir a una segunda instancia, cuando se trate de procesos de única instancia...

Si la causal de nulidad alegada no reúne estos requisitos, es decir, no específica dentro de ella el evento o los eventos concretos que la constituyen, o si la argumentación desarrollada no corresponde a la naturaleza del evento respectivo, el cargo no podrá prosperar..." (Auto, 31 de enero de 1990, Mag. Pte. Dr. Jaime Giraldo Angel).-

7. Las fallas de orden técnico de que adolece la demanda, las imprecisiones y confusiones que en ella se advierten, y la falta de la debida demostración del cargo propuesto impiden que éste pueda prosperar.

Consecuente con lo anterior y en total acuerdo con el Procurador Segundo (2°) Delegado en lo Penal, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia impugnada.

Devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase.

Dídimo Páez Velandia, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

* = =

NULIDAD / DERECHO DE DEFENSA – Unidad procesal

En la nueva regulación al régimen de causales de nulidad contemplada en el Código de Procedimiento Penal, la ruptura de la unidad procesal debe ser alegada dentro del marco del derecho de defensa.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Dídimo Páez Velandia.*
Aprobada Acta número 36.
Bogotá, D.E., junio cinco (5) de mil novecientos noventa y uno (1991).

VISTOS

Mediante sentencia del once de diciembre de mil novecientos ochenta y nueve, el Tribunal Superior de Orden Público impartió confirmación al fallo de primera instancia proferido contra Carlos Alfredo Ricardo Oyola, Yonairo Romero Alvarez, Gustavo Manuel Pacheco Causil y Víctor Manuel Cuello Negrete, por infracción a los artículos 13 y 1º de los Decretos 180 de 1988 y 3664 de 1986, respectivamente, y el delito de hurto, mediante el cual se les condena a la pena principal de trece años y tres meses de prisión.

Contra esta decisión, han interpuesto el recurso de casación el defensor de Carlos Alfredo Ricardo Oyola y los procesados Gustavo Manuel Pacheco Causil y Yonairo Romero Alvarez, siendo sustentado solamente por el primero de los nombrados.

HECHOS

En el fallo recurrido, se hacen de ellos la siguiente síntesis:

"La presente investigación tuvo su origen en los hechos acaecidos el doce (12) de agosto del año próximo anterior (1988) cuando en el municipio de Cereté, Distrito Judicial de Montería en el departamento de Córdoba, cuatro (4) individuos fuertemente armados penetraron a la residencia de la señora Carmen Barguil de Cardona y luego de someterla a la impotencia y atarla, igual que a la empleada del servicio, la despojaron de tres (3) pulseras de oro que estimó la ofendida en la suma de quinientos

mil pesos ($500.000.00); que luego de cometidos los hechos, los sujetos emprendieron la fuga movilizándose en un Renault 4 de color azul. Liberada de las ataduras, la dueña de las pulseras se dirigió a informar a las autoridades y fue así como los agentes de la policía procedieron a montar los operativos que culminaron con la captura de los cuatro (4) sujetos aprehendidos en la localidad de Viajano, comprensión de este municipio, a quienes requisados les hallaron los objetos materia del ilícito (joyas) y algunas armas entre las que se cuenta una subametralladora de uso privativo de las Fuerzas Armadas de Colombia."

Actuación procesal.

1. Con aplicación del procedimiento previsto en el Decreto 180 de 1988, el Juzgado Tercero de Orden Público de Montería, adelantó la investigación contra Carlos Alfredo Ricardo Oyola, Yonairo Romero Alvarez, Gustavo Manuel Pacheco Causil y Víctor Manuel Cuello Negrete, quienes con posterioridad a su vinculación fueron afectados mediante medida de aseguramiento de detención preventiva.

2. Agotado el trámite correspondiente, se profirió sentencia de primera instancia. En ella, es condenado Carlos Alfredo Ricardo Oyola a la pena principal de diez años de prisión como infractor al artículo 13 del Decreto 180 de 1988 y Yonairo Romero Alvarez, Gustavo Manuel Pacheco Causil y Víctor Manuel Cuello Negrete a la de dos años, como infractores al artículo 1º del Decreto 3664 de 1986.

3. El Tribunal Superior de Orden Público, al conocer del recurso de apelación interpuesto contra el fallo del juzgado, por estimar violatoria del debido proceso y el derecho de defensa la no investigación en conjunto del delito de hurto de que da cuenta el proceso, decretó la nulidad a partir del auto en que se dispone el traslado previo al proferimiento del fallo.

4. Habiéndose repuesto la actuación, se procedió a dictar por el juzgado nueva sentencia. A consecuencia de la inclusión del delito de hurto como materia de juzgamiento, junto con los hechos previstos en el Estatuto para Defensa de la Democracia, a los procesados les fue impuesta pena principal de trece años y tres meses de prisión a cada uno. Así mismo, se dispone la compulsación de las copias pertinentes a efecto de que la conducta de los agentes de policía Jesús Valderrama Mosquera y Abdías Asprilla Rivas, como eventuales cómplices del delito de hurto, sea investigada de manera independiente.

5. Resuelta la consulta de la decisión referida anteriormente, el Tribunal Superior de Orden Público le impartió confirmación integralmente, por medio del fallo contra el cual se ha interpuesto el recurso extraordinario de casación que aquí se decide.

La demanda

Con apoyo en la causal tercera de casación, el recurrente acusa la sentencia de haberse dictado en juicio viciado de nulidad por violación al principio del debido proceso y el derecho a la defensa, desconociéndose así las previsiones de los artículos

26 de la Constitución Nacional y 1°, 2°, 14 y 305, numeral 3° del Código de Procedimiento.

El evento generante de la invalidación demandada, se hace consistir en la ruptura de la unidad procesal que, a consecuencia de haber sido dispuesta la compulsación de copias para investigar la eventual participación de Jesús Valderrama Mosquera y Abdías Asprilla Rivas, en el hurto investigado, se dispuso en la sentencia recurrida.

Para el censor, esta falta de vinculación de copartícipes conocidos dentro de la etapa sumarial, viola el debido proceso y el derecho a la defensa, criterio en el cual –dice– se identifica con los autores Bernal Cuéllar y Montealegre Lynett de cuyo texto "El Proceso Penal" transcribe algunas consideraciones sobre el punto.

De acuerdo con lo anterior, concluye solicitando de la Corte casar el fallo y, consecuencialmente, invalidar la actuación a partir, inclusive, del auto que dispone el traslado previo al proferimiento de sentencia, dentro del procedimiento previsto por el Decreto 180 de 1988.

La opinión de la Procuraduría

Fundamentándose en pronunciamientos de esta Corporación, el Procurador Tercero Delegado en lo Penal solicita no casar la sentencia.

Estima que la no vinculación de partícipes al proceso, sólo comporta irregularidad que no nulidad, subsanable mediante la compulsación de copias. Ello, por cuanto desde un punto de vista sustancial, corresponde a situación similar a la de calificación del sumario seguido a varios procesados, donde contra algunos se profiere resolución de acusación, mientras a otros se les beneficia con reapertura, sin que, en tales eventos, se llegue a pensar en quebranto al debido proceso y al derecho de defensa.

Consideraciones de la Corte

A partir de la vigencia del nuevo Código de Procedimiento Penal, el asunto de los efectos de la ruptura de la unidad procesal, frente a la validez del proceso, reduce sus niveles de controversia.

Ello, porque si normativamente se prevé que esa ruptura no genera nulidad, de no ser que con ella se afecte el derecho de defensa, queda sin sentido la formulación de alegaciones en orden a demostrar quebrantamientos del debido proceso en eventos en que tal excepción a la unidad haya sido dispuesta. Al así hacerse, se busca evidenciar aquello que, desde la estimación legal, ha sido negado.

Lo anterior significa, que en la nueva regulación al régimen de causales de nulidad contemplada en el Código de Procedimiento, donde las violaciones al debido proceso y al derecho de defensa son motivos autónomos de invalidación, la ruptura de la unidad procesal debe ser alegada dentro del marco de este último, único criterio en función del cual podría ser examinada como factor de ineficacia de la relación jurídico-procesal.

En desarrollo de estas premisas, hácese imperioso, en la proposición del evento, tener que demostrar de manera concreta cómo la no vinculación de otra u otras personas al proceso, o la no consideración a otro u otros hechos punibles, facilitan o determinan la condena de aquél o aquéllos a quienes se sigue el juzgamiento o por los delitos objeto del mismo, o se le niegan, por modo indiscutible, fundamentales posibilidades de defensa.

Del examen del cargo que en ejercicio del recurso extraordinario de casación se hace a la sentencia proferida en este asunto, sustentado en que se incurrió en nulidad al disponerse fueran compulsadas copias para la investigación separada de los eventuales cómplices en el delito de hurto juzgado, Jesús Valderrama Mosquera y Abdías Asprilla Rivas, debiendo serlo en este proceso por virtud del principio de unidad procesal, resulta ostensible el desconocimiento de las pautas dentro de las que debe ser planteada y alegada la invalidación pretendida, las cuales ya fueron apuntadas.

Su desconocimiento es tan en extremo notorio, que el recurrente indistintamente invoca en apoyo del cargo el desconocimiento de disposiciones constitucionales y la afectación simultánea, con el evento, del debido proceso y el derecho a la defensa, todo lo cual resulta ser indicativo de la confusión en que se encuentra frente al tratamiento del tema, no atinando en ella a poner de manifiesto cómo, la situación de ruptura de la unidad procesal alegada, disminuyó la defensa de su cliente o determinó el proferimiento en su contra del fallo de condena.

Así desarrollada la censura, débese convenir que ella no alcanza demostración por parte del recurrente, no sólo a consecuencia de las deficiencias metodológicas con que es propuesta y sustentada, sino por la ausencia de fundamento real.

En efecto; del examen de la actuación, se establece cómo la investigación separada por la conducta de los cómplices del hurto aquí juzgado, no entraña menoscabo a las posibilidades de defensa del recurrente o los restantes procesados, en ningún sentido. En consecuencia, reiterando que la unidad procesal no es noción de inexorable aplicación, razón por la que su ruptura por sí misma no afecta la validez del proceso, ha de concluirse que los cargos a la sentencia recurrida no pueden 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 objeto de impugnación.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Dídimo Páez Velandia, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael E. Cortés Garnica
Secretario

Parte civil – Interés / Perjuicios

La parte civil no puede más que dirigir su acción a la obtención del restablecimiento del derecho.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Edgar Saavedra Rojas.*
Aprobada Acta No. 036 de junio 5 de 1991.
Bogotá, D.E., junio cinco (5) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Vistos

Por sentencia del veinticinco de diciembre de mil novecientos ochenta y nueve el Juzgado Veinticinco Superior de Bogotá condenó a Marco Antonio Triana Casas como responsable del delito de homicidio cometido en perjuicio de Luis Francisco Sossa, atenuado por el reconocimiento de haber actuado en estado de ira e intenso dolor causado por grave e injusta provocación.

El quince de marzo de mil novecientos noventa el Tribunal Superior de Bogotá confirmó con modificaciones la providencia que revisó en apelación, presentada por el representante de la Parte Civil.

Interpuesto oportunamente el recurso extraordinario de casación, fue concedido y posteriormente admitido por esta Corporación. Presentada la correspondiente demanda se declaró admisible por reunir los requisitos exigidos por la ley y se escuchó el concepto del Procurador Delegado quien solicitó se casara el fallo impugnado.

Procede la Sala a resolver lo pertinente luego de hacer una síntesis de los siguientes

Hechos

El quince de septiembre de mil novecientos ochenta y ocho fue herido Luis Fernando Sossa por Marco Antonio Triana Casas luego de haber estado libando licor, al parecer por desavenencias surgidas durante la ingesta alcohólica. La herida producida por arma cortopunzante le ocasionó posteriormente la muerte.

Actuación procesal

Se dicta auto cabeza de proceso el dieciséis de septiembre, de mil novecientos ochenta y ocho.

Indagado Marco Antonio Triana Casas el dieciséis de septiembre, se le dictó auto de detención el veintinueve de septiembre de mil novecientos ochenta y ocho.

Por auto del seis de enero de mil novecientos ochenta y nueve se dictó resolución de acusación contra Marco Antonio Triana Casas por el delito de homicidio.

Realizada la diligencia de audiencia pública, se dictó sentencia condenatoria el cinco de diciembre de mil novecientos ochenta y nueve, confirmada en segunda instancia con modificaciones el quince de marzo de mil novecientos noventa.

Las razones de la demanda

Al amparo de la causal tercera plantea la impugnante un único cargo, por considerar que se dictó sentencia en juicio viciado de nulidad, que hace consistir en que el Tribunal no tenía competencia para conocer de la apelación interpuesta por el representante de la Parte Civil, pues carecía de interés para recurrir.

Predica la falta de interés para recurrir en cuanto a que el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados con el delito había quedado satisfecho con la sentencia de primera instancia, en la que se condenaba al procesado al pago de $2.190.469.45 por concepto de perjuicios materiales y al pago de suma equivalente a 200 gramos oro por perjuicios de carácter moral y que en tales condiciones se carecía de interés para recurrir.

Muestra la impugnante su desacuerdo con las motivaciones de la sentencia recurrida, en cuanto afirma que la parte civil sí tiene interés para recurrir, por cuanto que el reconocimiento del fenómeno de la ira incide directamente en la valoración de los perjuicios conforme se desprende de lo previsto en el artículo 2357 del C.C., en cuanto a que ello disminuye las pretensiones indemnizatorias. Luego destaca la contradicción en que incurre la propia Sala cuando afirma que en el caso objeto de examen hubo una concreta tasación de los perjuicios, puesto que se hizo con base en la calificación de homicidio simplemente voluntario. En la parte pertinente del fallo atacado se dice:

"... porque si bien es cierto que en la sentencia se reconoció en favor del procesado una circunstancia que en la práctica disminuiría el monto de la indemnización (art. 2357 C.C.), no menos lo es que ella no se concretó porque se condenó por la suma tasada sobre el presupuesto pristino del homicidio voluntario."

Que en las condiciones precedentes el verdadero interés se centró en la discordancia con el reconocimiento de la ira, que fue lo expresado por la parte civil, que no hizo mención de la cifra concretada de los perjuicios.

Pide se invalide lo actuado a partir del auto que concedió la apelación y que se decrete ejecutoriada la sentencia de primer grado.

Los argumentos del Ministerio Público

El Procurador Delegado en lo Penal solicita se case el fallo impugnado, fundamentando su petición en las siguientes argumentaciones:

"La Delegada comparte los planteamientos de la demanda y apoya en consecuencia la petición de nulidad en ella contenida, por las siguientes razones:

1. La acción civil que se ejerce dentro del proceso penal, tiene como base el daño indemnizable de carácter privado que la infracción penal acarrea, como fuente de obligaciones que es, al tenor de los principios generales del derecho y de las normas correspondientes del Código Civil (arts. 2341 y ss), en tanto que la acción penal se fundamenta en la lesión o puesta en peligro de intereses públicos que el legislador estima dignos de tutela y pasibles de sanción a quienes adecuen su conducta a cualquiera de los supuestos normativos. De ahí se deriva que el Estado, en interés público, impone una pena con funciones definidas (art. 12 C.P.), a la vez que condena a la indemnización del daño, en interés de la víctima que ha sufrido el daño o en favor de sus causahabientes.

2. En el plano procesal, el sistema jurídico colombiano autoriza al perjudicado con la infracción penal para que ejerza la acción indemnizatoria, acudiendo al trámite ordinario civil o constituyéndose en parte dentro del proceso penal, pero manteniendo en este último caso el carácter privado de la acción, diferenciada claramente del interés público en la sanción penal del delito.

3. De las consideraciones precedentes, emergen nítidos los objetivos que persigue la parte civil reconocida como sujeto procesal, a la vez que se configuran los límites de su actuación, siempre y únicamente en función de la naturaleza del objetivo propuesto, que no es otro que la integral reparación del daño causado. Consecuente con los principios señalados, el Código de Procedimiento Penal define como titulares de la acción civil a las personas jaturales o jurídicas perjudicadas o a los herederos de aquéllas (art. 47), impone al juez la obligación de examinar la legitimidad de la personería de quien pretenda constituirse en parte civil (art. 44) y, una vez reconocida, le otorga facultades expresas, relacionadas únicamente con la demostración del daño, del hecho que lo originó, la responsabilidad de sus autores, la cuantificación de los perjuicios, las medidas preventivas sobre bienes del procesado y la interposición de recursos contra decisiones que afecten su específico interés. Se trata entonces de un doble control que debe ejercer el juez; en primer lugar, cuando se presenta la demanda, verificar la legitimidad de personería y en segundo lugar, frente a cada concreta actuación de la parte civil reconocida, examinar si cabe dentro de las limitadas facultades que la ley le otorga. Al respecto existe por lo demás uniformidad tanto en doctrina como en la jurisprudencia.

4. Por regla general, las decisiones judiciales relativas a la libertad del procesado, la concesión de subrogados penales y la cuantificación punitiva, escapan al ámbito de intervención de la parte civil, en cuanto son determinaciones relacionadas con la acción pública que en nada afectan el interés indemnizatorio. Esa regla general admite desde luego excepciones, cuando la decisión judicial afecta o puede llegar a menoscabar los supuestos de la indemnización o su monto, pero no en términos

teóricos sino concretos y reales. Así, el reconocimiento de la circunstancia atenuante del estado de ira o intenso dolor, en teoría puede dar lugar a la afectación del monto de la indemnización, porque en principio el juez podría, dando aplicación al artículo 2357 del Código Civil, reducir la cuantía; mas esa consideración teórica, por sí misma, no legitima a la parte civil para impugnar la sentencia por ese solo aspecto, si la condena en perjuicios no se vio menoscabada en realidad, porque entonces la impugnación ya no se dirige al reconocimiento de los perjuicios sino simplemente al desacuerdo con la disminución de pena reconocida, extralimitando aquélla sus facultades en búsqueda de un fin retaliatorio o de vindicta simplemente, sin relación alguna con el objetivo válido que debe perseguir.

Teniendo en cuenta la consideración precedente, la Delegada estima que el Tribunal se equivocó en la sentencia, cuando de una parte admite darle trámite al recurso de apelación interpuesto por la parte civil contra la sentencia de primera instancia, con el argumento teórico según el cual la mera posibilidad de aplicación del artículo 2357 del Código Civil legitimó el interés del recurrente, para más adelante reconocer expresamente que no modifica la cuantía de los perjuicios, precisamente porque esa posibilidad teórica no se concretó en la sentencia revisada. Contra esta tesis podría argumentarse que el procesado, de quedar consolidada la rebaja punitiva, tendría derecho a alegar la correspondiente rebaja de la indemnización, incluso recurriendo a la jurisdicción ordinaria, pero en concepto de la Delegada es éste un argumento deleznable, porque la sentencia cursa tránsito a cosa juzgada sin que el afectado manifieste inconformidad, además de que la reducción indemnizatoria prevista por la norma del Código Civil tantas veces mencionada queda condicionada a que el juez considere que la injusta provocación constituye exposición imprudente de quien sufrió el daño, de manera que si no lo hizo el juez penal en la sentencia y esta causa ejecutoria, la situación indemnizatoria queda definitivamente consolidada.

5. En el presente proceso, es evidente que la resolución acusatoria se formuló contra el procesado como autor de homicidio simplemente voluntario, sin referencia alguna al estado de ira o intenso dolor (fls. 183-197, cuaderno original). Sobre la base de la acusación así formulada, el juez de conocimiento decretó el avalúo de daños y perjuicios, labor desarrollada pericialmente (fls. 226-229, cuaderno original) y en la que se tasaron en una suma determinada que para nada tuvo en cuenta disminución por razón del artículo 2357 del Código Civil; el avalúo no fue objetado, adquirió firmeza y en esas condiciones se adelantó en tres sesiones la diligencia de audiencia pública, durante la cual se produjeron las modificaciones probatorias que sirvieron de base para que en la sentencia de primera instancia fuere reconocido la disminución punitiva, sin que en este último lapso parte civil (el apoderado ni siquiera asistió a las sesiones de la audiencia) o defensa hubieren discutido el tema de la tasación de los perjuicios. Así, la sentencia condenatoria concretó el monto, a plena satisfacción de la parte civil interesada, de donde se desprende que su pretensión en el proceso quedó agotada.

La falta de legitimidad del apelante queda además manifiesta en el contenido del memorial sustentatorio que presentó al interponer el recurso, en el que se limita a criticar el reconocimiento de la causal atenuante, con evidente ánimo vindicativo

desligado de la pretensión indemnizatoria, ánimo que no logra desvirtuar con el afanoso agregado manuscrito que incluyó a última hora, expresando una presunta inconformidad con la indemnización reconocida, dado que, como ya se ha dicho, el cuantum indemnizable quedó señalado acorde con las pretensiones de la parte civil.

6. Como la sentencia de primer grado no admite el grado jurisdiccional de consulta y la parte civil carecía de interés jurídico para recurrir, el recurso no ha debido concederse, pero una vez concedido, el Tribunal ha debido abstenerse de asumir el conocimiento, dada su incompetencia, derivada de la no interposición válida del recurso de apelación. Resulta entonces nula toda la actuación de segunda instancia, nulidad que deberá decretar la Corte a partir del auto que concedió la apelación inclusive".

Consideraciones de la Sala

Tal como lo pregona el agente del Ministerio Público, razón le asiste a la impugnante en cuanto solicita se case la sentencia, por haber carecido el apoderado de la parte civil de interés para recurrir la sentencia condenatoria de primera instancia, pues con ella se garantizaban plenamente sus pretensiones resarcitorias. Considera la impugnante que al haberse proferido resolución de acusación por el delito de homicidio simple y realizado el avalúo de los perjuicios conforme a la misma, sin que la cuantía de los mismos se hubiese modificado por el hecho de haberle reconocido en la sentencia de primer grado la atenuante de la ira, porque si bien desde el punto de vista punitivo se le hizo la disminución correspondiente, la condenación en perjuicios no fue tocada, es decir que se respetó la suma de perjuicios que el perito había tomado en consideración, teniendo en cuenta el homicidio simple.

De la revisión del proceso se evidencia que la resolución de acusación formulada por auto del seis de enero de mil novecientos ochenta y nueve lo fue por el delito de homicidio simple y que conforme al mismo el perito designado avaluó los perjuicios materiales en la suma de $2.190.469.45 y los morales en 50 gramos oro. En la sentencia del cinco de diciembre de mil novecientos ochenta y nueve, a pesar de haberse reconocido la atenuante de la ira, los perjuicios materiales fueron conforme al dictamen pericial, es decir en $2.190.469.45 y los morales por el contrario se acrecentaron por encima del peritazgo señalándolos finalmente en la cantidad de 200 gramos oro. Es importante destacar cómo el memorial de sustentación del recurso de apelación interpuesto por la parte civil no cuestiona la suma de los perjuicios sino que se limita a protestar por el reconocimiento de la ira cuando sostiene:

"La atenuante de la ira e intenso dolor reconocida en forma festinada en la sentencia condenatoria impugnada, no tiene asidero ni respaldo en el haz probatorio, porque ningún deponente habla siquiera de discusión habida entre victimario y el occiso. Antes bien su proceder fue francamente alevoso, pues en forma silenciosa se le lanzó el homicida sobre su víctima, y sin mediar palabra alguna lo acuchilló en forma inmisericorde, tanto que ningún presencial casi puede darse cuenta de los hechos; sólo hasta que el homicida salió valiendo (sic) el cuchillo ensangrentado, fue que el señor gerente dueño del establecimiento pudo darse cuenta de lo ocurrido. Entonces resulta muy forzado que a la hora de nona se presente el homicida a alegar

alegremente una presunta ira e intenso dolor, causada por graves e injustas provocaciones, cuando ni siquiera hubo discusión alguna como se repite."

Luego hace cita jurisprudencial para respaldar su afirmación y sólo en la parte final aparece agregado a mano donde se dice: "Por lo mismo quedo inconforme con la indemnización reconocida", y tal frase no puede tampoco entenderse como sustentación del recurso en este aspecto, pues era imperioso que hubiera expresado las razones de la inconformidad respecto a la cifra tasada en perjuicios.

En la segunda instancia por sentencia del quince de marzo de mil novecientos noventa, se niega la existencia de la atenuante y se hacen los aumentos punitivos correspondientes (de 40 meses pasa a 120), pero en cuanto a los perjuicios, se confirma la decisión de primera instancia con fundamento en la siguiente argumentación:

"Hubo así oportuna tasación de los daños y perjuicios ocasionados con la infracción, trabajo que se realizó previo a la audiencia y de contera sobre el presupuesto de la calificación que vinculaba al acusado con un homicidio 'simplemente voluntario', rindiendo en su oportunidad el perito el respectivo dictamen (fls. 226 y ss.), el que colocado a disposición de las partes por mandato del artículo 276 del estatuto rituario, no fue objeto de impugnación, constituyéndose base para la condena en concreto en lo civil conforme se lee en el numeral tercero de la misma resolutiva, que ratificará íntegramente la Sala, *eso sí en oposición con el apoderado que recurre, que si bien es cierto que en la sentencia se reconoció en favor del procesado una circunstancia que en la práctica disminuiría el monto de la indemnización (art. 2357 C.C.), no menos lo es que ella no se concretó porque se condenó por la suma tasada sobre el presupuesto prístino del homicidio voluntario*" (destacado de la Sala).

Precisados los aspectos anteriores y teniendo en cuenta que, de acuerdo con la normatividad procesal, se trata de una sentencia que no tenía el grado jurisdiccional de la consulta, se ha de concluir que ésta sólo fue conocida en segunda instancia en virtud de la apelación interpuesta y sustentada por el apoderado de la parte civil y es entonces básico determinar si como lo pretende la impugnación extraordinaria sí existía ese interés para recurrir.

Considera la Sala que dicho interés no existía, porque como se ha sostenido reiteradamente por la jurisprudencia de esta Corporación, la parte civil justifica su presencia como parte en el proceso penal únicamente a través de su pretensión resarcitoria y garantizada ésta, cesa su interés procesal para cualquier actividad que estuviera dirigida a fines diversos de aquéllos.

Es cierto conforme se acepta en la sentencia impugnada, que en virtud de lo dispuesto en el artículo 2357 del Código Civil el reconocimiento de la ira implica modificaciones en cuanto al monto de los perjuicios, pues la norma citada con anterioridad dispone que "la apreciación del daño está sujeta a la reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente", pero es claro que esta norma no sería aplicable al caso concreto que se juzga, porque como ya se precisó el avalúo de los perjuicios se hizo conforme al llamamiento a juicio, esto es, por homicidio simplemente voluntario y a pesar de que en la sentencia se reconoció el fenómeno de la ira, equivocadamente en nuestro concepto no se hizo la rebaja que correspondía hacer de acuerdo con la aceptación de tal atenuación y conforme a los caminos trazados por la

norma civil. Por ello es que el Tribunal reconoce que no haya lugar a modificar la cuantía de los perjuicios, puesto que ésta se hizo con base en la calificación original y por tanto, al negar la existencia de la ira, no tenía por qué hacer aumento de ninguna naturaleza, puesto que al reconocerse en primera instancia, tampoco se había hecho disminución.

No podía entonces el representante de la parte civil impugnar la condenación en perjuicios, porque el peritazgo que los determinó había quedado en firme, y porque no fueron modificados a pesar del reconocimiento de la ira. En tales condiciones y como lo demuestra la totalidad de la argumentación que realiza para sustentar el recurso, no protesta por la cuantía de los perjuicios, sino por el reconocimiento de la atenuación, es decir que lo que busca es una sanción punitiva mayor y no una cifra indemnizatoria más cuantiosa. Y éste es el caso exacto en el que precisamente se limita la actividad de la parte civil en el proceso penal, puesto que se ha dicho con toda razón, que no es ni puede constituirse en un instrumento de venganza, y que como tal, no puede más que dirigir su acción a la obtención del restablecimiento del derecho, sin que pueda protestar por decisiones que al no afectar su pretensión resarcitoria, le quitan todo interés procesal para buscar modificación, como en el caso presente, para obtener una sanción de mayor entidad.

Si el avalúo de los perjuicios se hizo con base en el llamamiento a juicio, esto es por homicidio simplemente voluntario, y la cuantía de los mismos no se modificó cuando se reconoció la atenuante de la ira, es natural que carecía de interés para recurrir y si se tiene en cuenta que se trataba de aquellas decisiones que no tienen consulta, debe entonces reconocerse que dicha providencia de primera instancia ha debido quedar ejecutoriada y es imperioso ahora para la Corte decretar la nulidad pretendida tal como lo solicita la impugnante y corrobora el Agente del Ministerio Público.

En las condiciones anteriores se decretará la nulidad de todo el proceso a partir del auto del veintitrés de enero de mil novecientos noventa, por medio del cual se concedió el recurso de apelación, y se declarará la ejecutoria de la sentencia condenatoria por medio de la cual se asignó a Marco Antonio Triana Casas la pena principal de 40 meses de prisión y el pago de 52.190.469.45 y 220 gramos oro de perjuicios materiales y morales.

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, y estando de acuerdo con el Procurador Delegado,

Resuelva:

Casar la sentencia impugnada y en consecuencia decretar la nulidad de todo lo actuado a partir del auto del veintitrés de enero de mil novecientos noventa, por medio del cual se concedió el recurso de apelación.

Igualmente, declarar la firmeza de la sentencia condenatoria del cinco de diciembre de 1989.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Dídimo Páez Velandia, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Edgar Saavedra Rojas, Wanda Fernández León, Conjuez; *Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael Cortés Garnica
Secretario

* * *

Recurso — Desistimiento / Nulidad

La irregularidad consistente en que el Juez acepte el desistimiento estando el proceso a su despacho para decidir el recurso, no invalida la actuación procesal.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

RECURSOS. *(Desistimiento)*. Si bien es cierto que constituye una protuberante falla el aceptar un desistimiento cuando ya el proceso se encuentra al Despacho del funcionario a la espera de la respectiva decisión, ello no genera nulidad según se infiere el estudio de fondo del Instituto.

Magistrado Ponente: Dr. *Juan Manuel Torres Fresneda.*
Aprobada Acta número 36.
Bogotá, D.E., junio cinco (5) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Vistos

Procede la Sala a decidir el recurso de casación interpuesto por el procesado Roberto de Jesús García Tabares y sustentado oportunamente por su defensor, contra la sentencia expedida el 6 de marzo de 1990 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, en la que se le condena como coautor de delito contemplado en la Ley 30 de 1986, a la pena principal de ocho años de prisión y multa de veinte salarios mínimos.

El coprocesado Guido Trochez Burgos también había interpuesto el recurso extraordinario, pero se declaró desierto por extemporaneidad en la correspondiente sustentación, según auto del 23 de octubre del año próximo pasado.

Hechos y actuación procesal

1. El 27 de mayo de 1988, el Departamento Administrativo de Seguridad, seccional Córdoba –Grupo de Policía Judicial–, rindió informe con destino al Juez Especializado de Montería, sobre los resultados de una orden de trabajo librada por

esa Dirección, a través de la cual se pretendía la identificación de una red dedicada al tráfico de sustancias estupefacientes. Comunican allí los detectives, que con base en diferentes pesquizas realizadas tanto en Montería como en municipios vecinos, se identificó el vehículo Mazda tipo 626L de placas OY-8278, color blanco como destinado a esas transacciones, de manera que al descubrirlo el día anterior frente a las instalaciones del Banco Industrial Colombiano se procedió a su registro, hallándose en su interior una maleta con nueve (9) paquetes cuidadosamente forrados en cinta adhesiva, cuyo contenido se identificó en prueba de campo como cocaína. Los ocupantes del automotor fueron aprehendidos e identificados como Roberto de Jesús García Tabares y Guido Marino Trochez Burgos, quedando a órdenes de las autoridades judiciales.

2. Las diligencias realizadas por parte de la Policía Judicial sirvieron al Juzgado 1° Especializado de Montería para dar inicio a la investigación, vinculando a ella formalmente a los dos aprehendidos, a quienes definió su situación jurídica imponiéndoles medida de aseguramiento de detención preventiva. Contra esa determinación recurrió el defensor del procesado García Tabares demandando su revocatoria, pero al ingreso del asunto al Despacho para desatar el recurso, introdujo un escrito petitorio de pruebas, con las cuales esperaba demostrar que el propietario de la maleta con la sustancia era un tercero, escrito que alcanzó con otro en que formalmente le pidió al funcionario el recaudo de nuevas pruebas "antes de resolver el recurso", solicitud que el despacho atendió. Luego de realizadas varias de las probanzas pedidas, pero una vez más anticipándose a la decisión, expresó el solicitante que no le asistía ya interés en el recurso, y que en su lugar pedía que decretara el funcionario el cierre de la investigación, aspiración esta última que resultó acogida por el juez, estimando que con ella daba prioridad al interés del defensor en la operancia de los términos. Por auto separado se atendió efectivamente al cierre de la investigación.

Los capturados fueron citados a audiencia según el procedimiento de la Ley 2ª de 1984, diligencia que se llevó a cabo con su asistencia, la del agente del Ministerio Público y del defensor común (fls. 253 y ss.), mas como a lo largo del proceso se hizo referencia por testigos y por los mismos comprometidos a la participación de un tercer individuo, quien sería el dueño de la maleta contentiva de la sustancia estupefacientes, el Juez de la causa, accediendo a la petición de Guido Trochez, había ordenado expedir copias para que se lo investigara por separado (fls. 207-208). De esta manera el proceso llegó a la sentencia con los dos incriminados conocidos, y fue así como en la de primer grado se les condenó a cada uno a la pena principal conocida desde el comienzo de esta providencia y a las accesorias de ley.

No conforme, el defensor apeló del fallo y el recurso le fue concedido el 4 de abril de 1989. Llegado sin embargo el mes de octubre sin un pronunciamiento del *ad quem*, el día 13 recusó al magistrado sustanciador por mora, contestando el funcionario en auto del 18 siguiente, que nada tenía para resolver porque ya existía proyecto registrado respecto del recurso pendiente. El abogado solicitó a la secretaría de la Sala que le certificara sobre la existencia de ese proyecto, recibiendo como respuesta que los registros los efectuaban los auxiliares de los magistrados (cd. 1 Trib. y fl. 7 cdno. del incidente) por lo que resultaba de respaldo la afirmación del Magistrado recusado.

La demanda

Con apoyo en el artículo 226, numeral 3 del C. de P.P. el defensor del procesado García Tabares propone tres cargos contra la sentencia del Tribunal y solicita su casación para que el proceso sea parcialmente anulado desde distintos momentos de la actuación.

Cargo primero: La sentencia se dictó en juicio afectado de irregularidades sustanciales a través de las cuales hubo desconocimiento del debido proceso y del derecho de defensa.

Asevera que el defensor de los dos procesados que entonces los asistía desistió del recurso de reposición que había interpuesto contra el auto de detención preventiva cuando el proceso ya había ingresado al despacho para resolver lo pertinente, y que sin embargo el Juez, desoyendo la prohibición del artículo 215 del C. de P.P., aceptó el desistimiento, supeditando así el trámite legal a la voluntad de una de las partes, en detrimento de la plenitud de las formas propias del juicio, que es el principio a través del cual "se garantiza a la sociedad y a los sindicados su derecho a la defensa y a un debido proceso" (art. 1° C. de P.P.)

Frente a esta situación dice, debe declararse la nulidad del proceso desde ese proveído a fin de corregir la irregularidad y de que se respete el precepto del artículo 1° del C. de P.P.

Cargo segundo: También mientras la actuación estuvo surtiéndose en lo pertinente ante el Tribunal, allí se materializaron irregularidades suficientes para determinar la nulidad por desconocimiento de las formas propias del juicio, pues cuando el nuevo defensor recusó al Magistrado que debía ser sustanciador de la apelación de la sentencia de primera instancia el 13 de octubre de 1989, éste aseveró en auto del día 18 que "nada hay que resolver puesto que ya existe proyecto registrado...", faltando a la verdad, toda vez que la secretaria de la Sala le certificó a él que ningún registro existía allí y que tales datos se llevaban por los auxiliares de los magistrados, que no es el procedimiento autorizado por la ley y que de por sí es irregular. Además, el funcionario se abstuvo de darle el trámite correcto a la recusación acudiendo el expediente de pronunciarse mediante auto de cúmplase para rechazarla aduciendo que ya había proyecto registrado.

Encuentra que como los mecanismos procesales son para cumplirse a cabalidad, que fue justamente lo que el magistrado no atendió, el proceso debe anularse desde el auto en que se omitió en el artículo 112 del C. de P.P.

Cargo tercero. La sentencia del Tribunal es nula porque adolece de "vicios insubsanables" consistentes en que su redacción no se plasmó el resumen de los alegatos de los sujetos procesales como lo prevé el artículo 186 del C. de P.P., por lo que se ignoró "el principio de contradicción de los argumentos de la defensa...", postulado que es imperativo como garantía del debido proceso y del derecho de defensa.

Añade que es costumbre inveterada del Tribunal Superior de Montería ignorar las alegaciones de las partes, e insiste en la contrariedad que ello conlleva a las garantías procesales de las partes.

Como apoyo a su planteamiento transcribe apartes de un pronunciamiento de esta Sala de Casación, relativo a la exigencia constitucional de motivación de los fallos jurisdiccionales.

El Ministerio Público

A ninguno de los cargos hace eco el señor Procurador 1º delegado en lo Penal, pues encuentra inconsistentes en su motivación y carentes de todo fundamento los dos primeros, mientras que por esta última razón descarta también el tercero.

En opinión del señor representante del Ministerio Público, acertó el juez de la primera instancia al acoger el desistimiento del recurso de reposición no obstante haber entrado el asunto ya al Despacho para la resolución correspondiente, pues lo que hizo fue "dar efectividad a la finalidad" y a los deberes por los que vela el procedimiento penal así como a "las garantías debidas a las personas que intervienen en el proceso" y aplicar la celeridad y la economía procesales sin menoscabar el derecho de defensa de los acusados a quienes en ese momento representaba el abogado desistente, "y sin detrimento de las formas propias del juicio, que garantizan la igualdad de las partes".

Considera que el artículo 215 del C. de P.P. es una norma de "conveniencia práctica para evitar maniobras dilatorias y desleales en la actividad procesal, pero que no conlleva en sí aspecto estructural del proceso..." por lo que su inobservancia no rompe su estructura lógico-formal; que reconocida la disponibilidad de las partes sobre los recursos que ellas proponen, "es de concluir que pueden cesar en su voluntad de impugnación" como decisión que mejor consulta "los intereses de la defensa del procesado", por todo lo cual la informalidad advertida no constituye irregularidad de entidad suficiente para afectar el debido proceso o el derecho de defensa de los acusados.

Encuentra, además, que el censor, omitió precisar de qué manera la actuación que considera viciada incidió en el fallo en forma desfavorable a su pupilo, y recuerda que el defecto que se aduce debe tener relevancia en el contenido de la sentencia.

Respecto del segundo cargo, admite que el magistrado sustanciador en la segunda instancia omitió dar el trámite del artículo 112 del C. de P.P., a la recusación que le formuló por mora el defensor, pero encuentra que el casacionista olvidó demostrar de qué manera con esa falencia se afectó el derecho de defensa o el debido proceso, y que tampoco el proceso refleja tales circunstancias de desmedro en perjuicio de los acusados, por lo que el cargo quedó incompleto en su formulación. Añade que además, la recusación nace de la "sospecha sobre el juez" para separarlo del conocimiento "de una causa en concreto" y le suspende la competencia "como consecuencia del principio admitido de la imparcialidad del juez", y en este caso el censor no cuestiona tal imparcialidad ni demuestra que la irregularidad glosada viciara la legalidad de la sentencia.

El tercer cargo lo descarta por carencia de fundamento. Observa que la sentencia acogió el análisis de los argumentos defensivos de los implicados realizados por la Fiscalía, y que al hacerlo atendió el aspecto tratado por el demandante. Recuerda así

mismo que en lo coincidente, el llamamiento a juicio y las sentencias de las instancias constituyen una unidad y que tanto en aquél como en el fallo del Juzgado Especializado los argumentos de la defensa fueron analizados *in extenso*, como también se hizo, según la acotación precedente.

Consideraciones de la Corte

Los cargos contra el fallo de segunda instancia, están llamados a fracasar, como en tal sentido lo advierte el Ministerio Público, razón por la cual no se accederán las pretensiones de la demanda, según motivos que a continuación se expresan.

Cargo primero. Indiscutiblemente la presentación incompleta de la censura que destaca el señor Procurador 1º Delegado en lo Penal es un hecho.

Ciertamente el censor se limitó a hacer manifiesta la situación que en su sentir configura causa de nulidad por inobservancia de las garantías consagradas en el artículo 1º del C. de P.P. que transfiere indistintamente a la afectación del debido proceso y del derecho de defensa, sin explicar a cabalidad la razón de su dicho, y omitió indicar de qué manera el yerro procesal en que en verdad incurrió el juez de primera instancia incidió en la sentencia acusada, pretermitiendo así las exigencias técnicas de la impugnación extraordinaria y dejando el cargo en su mera enunciación.

Pero esta inconsistencia formal no impide que de manera oficiosa la Corte se ocupe del suceso para desechar la censura por carencia de fundamento.

El artículo 215 del C. de P.P. establece que de los recursos ordinarios se puede desistir antes de que el proceso ingrese al Despacho para decirlos, esto es, que correlativamente, el juez no puede aceptar un desistimiento cuando ya el asunto se halla a la espera de su decisión.

Débese establecer sin embargo, si la irregularidad consistente en que el juez acepte la deserción estando el proceso a su despacho para decidir el recurso, constituye circunstancia suficiente para invalidar la actuación procesal desde el acto en que así lo decide, o si por el contrario ésta conserva todo su vigor porque tal pronunciamiento carezca de esa incidencia en sí mismo, o por derivación del comportamiento convalidante de las partes.

Si la impugnación de las decisiones judiciales no es imperativa, sino un derecho de que gozan las partes y del cual pueden hacer uso según su voluntad, es claro que el debido proceso se mantiene independientemente de ella, de manera que la extemporánea decisión respecto del desistimiento, sin dejar de ser un pronunciamiento desacierto procesal, no alcanza a desvertebrar la garantía. Menos aun cuando los actos de la parte interesada y de las demás reflejan sin titubeos el deseo coincidente al allanar con su silencio y acatamiento y con la subsecuente intervención, toda duda sobre la legalidad del pronunciamiento judicial, el que sólo viene a ser cuestionado cuando de alegar en el trámite de la apelación del fallo se trata (edno. 2 Trib.), insistiéndose ahora con ocasión de esta impugnación extraordinaria.

Igualmente es descartable la eventualidad de que se hubiese conculcado el derecho de defensa de los acusados con la aceptación tardía del desistimiento de aquel recurso,

pues si algo hubo en la heterodoxa actitud del juez de la causa fue justamente largueza en la garantía de esa prerrogativa, ya que el acceder a la petición del defensor impugnante lo que hizo fue sujetar el estudio del recurso a la previa práctica de pruebas pedidas por el profesional primero, y atender luego, el interés manifiesto en la prioritaria clausura del sumario (fls. 93 y ss. cdno. ppl). Carece pues de seriedad la sugerencia del censor en este aspecto.

Cargo segundo. Se apoya en que el magistrado sustanciador a quien correspondía la ponencia para desatar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primer grado no dio trámite a la recusación que por demora le formuló el abogado defensor, sino que expidió un auto manifestando que carecía de causa la petición de separación porque ya existía proyecto de fallo registrado.

Dos aspectos saltan como atendibles en la cuestión suscitada. El primero, relacionado con la observancia de los requisitos del artículo 104 del C. de P.P. inciso segundo por parte del recusante y la consecuente obligación del funcionario de dar trámite a la recusación; y el segundo, con el deber de registrar los proyectos en la forma y el lugar indicados por la ley (art. 124 C de P.C.)

El señor defensor presentó su memorial de recusación al magistrado Antonio Ardila de León el día 13 de octubre de 1989 demandándole se declara impedido por estar en mora conforme a lo prescrito en el artículo 535 del C. de P.P. e incluyó en el texto del escrito como respaldo de su afirmación, la inferencia personal suya por el tiempo transcurrido desde el ingreso del asunto al despacho –abril de 1989– y la inexistencia de proyecto registrado. Consignó en efecto, que por los hechos y la simple y sencilla operación de contar el tiempo desde que el proceso entró a su despacho, "se colige que usted se encuentra en *mora* ...y hasta la fecha, ni siquiera hay registro de ponencia al respecto de su parte", pero, como se observa la simple vista y se confirma con los acontecimientos posteriores, olvidó el recusante adjuntar la prueba de su aserto sobre inexistencia de registro de ponencia, lo que dio como resultado que pretendiera obtenerla *a posteriori* –el 20 de octubre– cuando ofició a la Secretaría de la Sala Penal del Tribunal y allí se le respondió que esos registros los llevan los auxiliares de cada magistrado, y cuando ya el recusado le había replicado en auto de octubre 18, que nada tenía que resolver a ese respecto puesto que ya existe proyecto registrado...".

Motivo existía, entonces para que el Magistrado desestimara la recusación, pues si la formulación de la defensa no se asistió de las formalidades que obligaban un pronunciamiento de fondo por el funcionario, como que el recusante no aportó la prueba que daba asidero al motivo que le servía de sustento, de la cual sólo se preocupó frente al fracaso de su pedimento, no estaba el funcionario autorizado a dilatar gratuitamente la actuación.

A ese incumplimiento del recusante frente a la carga procesal impuesta por el artículo 104 del C. de P.P., inciso segundo, se añade ahora su falta de demostración al reprochar de inexistente el registro de la ponencia, pues la Secretaría del Tribunal afianza lo sostenido por el Magistrado en su auto desestimatorio, a cuya afirmación se atuvo, restando apenas por aclarar que si la forma de realizarlo no se ceñía en un todo a lo ordenado en el artículo 124 del Código de Procedimiento Civil, –norma

aplicable por principio de integración– insertando el registro de proyectos "en un cuadro especial que se fijará en lugar visible de la Secretaría", tampoco se esforzó el recurrente por indicar de qué manera esa falta de rito trascendía para enervar la estructura misma del proceso o socavar las bases del juzgamiento. Muy por el contrario, y sin que de ese registro dependa la validez de la actuación que le subsigue, excesivo resultaría llevar lo ocurrido más allá de una averiguación disciplinaria, porque lejos de desarraigarse con el yerro los derechos del acusado, fácilmente se observa que al defensor le bastó con interrogar en su momento a la Secretaría si existía ya registro de la ponencia, para obtener por escrito la información que esa oficina estaba llamada a entregarle, supliéndose de ese modo el enteramiento que el legislador proveía a través del "cuadro especial de la secretaría".

El cargo no prospera.

El cargo tercero apoyado por el censor sobre la base de haber incurrido el fallador en un vicio insubsanable por falta de motivación de la sentencia, al omitir el resumen de los argumentos de la defensa, obliga ante todo a advertir, que además del distanciamiento que con su formulación hace el recurrente de la realidad que abriga el proceso se olvida en su planteamiento de que las nulidades que señala la ley son taxativas, careciendo tanto el juez como los interesados de la posibilidad de ampliarlas sobre consideraciones ajenas al precepto, de cuyo contenido se distancia.

Con ceñimiento al proceso se descubre que centradas las alegaciones defensivas en una propuesta atipicidad de la conducta basada en la crítica del acta sobre incautación y pesaje que se acusa de informal, y en un análisis de las versiones rendidas por los procesados que enfrentadas a las del personal que protagonizó su captura le hicieron colegir la presencia real de aquel tercero en quien declinan los acusados su responsabilidad, el juzgado contestó pausada y cuidadosamente esas razones, contradiciéndolas con el concurso de todos los elementos aportados y la obvia remisión al principio de libertad de prueba.

Como sustentación de su alzada, sólo insistió el recurrente en los mismos aspectos aducidos, proponiendo que el Juzgado había errado en su apreciación de los medios probatorios, y que éstos seguían predicando la falta de certeza sobre la existencia material del hecho como sobre la responsabilidad penal de los acusados.

Siendo ello así, no solamente procede comprender que integrado el fallo de primera instancia a la sentencia del Tribunal que íntegramente lo acoge, mediaba ya en él una pormenorizada respuesta a las alegaciones defensivas, sino que así no hubiese mencionado en extenso el *ad quem* de donde procedían ni en qué consistían los reparos a la providencia recurrida, anunciada su revisión por la inconformidad de la defensa, en su texto se descubre una nueva mención de los medios probatorios en que hizo radicar su inconformidad el apelante, respondiendo que allí se hallaba aquel grado de certeza que sustentando la decisión adversa, resultaba suficiente para explicar y abundar en el apoyo de los motivos del juzgado.

Pretender, entonces, la invalidación del fallo, porque no se consignaron pormenorizadamente los argumentos del recurrente, cuando de todos modos a sus inquietudes se otorgó respuesta, es tanto como invitar al sacrificio de todo el esfuerzo agotado para ver cumplidos los altos fines de la justicia en aras del imperio meramen-

te formal del rito, sin comprender que éste no existe *per se* como esencia del procedimiento, sino que apenas halla su justificación en el medida en que conduzca a la realización del derecho material y a la efectividad de las garantías debidas a las personas, finalidad que consagra como norma rectora el artículo 11 del Código de Procedimiento Penal.

Si el propósito buscado por el artículo 186 del C. de P.P., no es otro que el de obligar a que las inquietudes de las partes hallen en el juzgador una respuesta adecuada, esa finalidad se realizó en el fallo que se acusa, y así ajenos los motivos que lleven a prosperar en su contra la censura, se impone en su lugar la desestimación del cargo formulado.

No obsta sin embargo, lo anterior, para que las irregularidades que acusa la defensa pasen al conocimiento de la Procuraduría Regional de Montería, a la cual se enviarán las copias que permitan el adelantamiento de la actuación disciplinaria que halle pertinente.

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. Devuélvase el expediente al lugar de origen para los fines pertinentes, previa expedición de las copias anunciadas.

Notifíquese y cúmplase.

Didimo Páez Velandia, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael Cortés Garnica
Secretario

* * *

Documento privado

El documento privado como medio de prueba debe estar sometido a las reglas contempladas en el ordenamiento civil, mientras que como objeto de la prueba se apreciará de conformidad con las reglas de la sana crítica.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

DOCUMENTOS PRIVADOS: Su valor probatorio no es el mismo en el C. de P.C. y en el C. de P.P., pues mientras en el primero deriva en rigor de su autenticidad, en el segundo se deja al juez apreciar su valor, atenido al sistema de la libre apreciación, fundado en la sana lógica. El documento privado debe diferenciarse en cuanto *medio de prueba* y el mismo como *objeto de demostración*.
Magistrado Ponente: Dr. *Juan Manuel Torres Fresneda*.
Aprobado según Acta No. 36.
Bogotá, D.E., junio seis (6) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Vistos

Decídese el recurso de casación interpuesto por el procesado Tomás Enrique Zuloaga Mejía y su defensor, contra la sentencia dictada el 20 de marzo de 1990 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, mediante la cual, por revocatoria de la de primera instancia, se le condena a la pena principal de un año de prisión y se le otorga el subrogado de la ejecución condicional, como responsable del delito de fraude procesal.

Hechos y actuación procesal

Con fundamento en demanda de lanzamiento y en demanda ejecutiva con petición de medidas cautelares presentadas respectivamente, ante los juzgados 15 y 14 Civiles Municipales de Barranquilla, por el abogado Tomás Enrique Zuloaga Mejía a nombre de la "muy respetable Logia Nacional de Colombia", los mencionados despachos judiciales iniciaron las correspondientes acciones contra los demandados comunes, doctores Alfonso Borré Parody y Hernando Hernández Díaz, mediante autos proferidos, en su orden, el 18 de abril y el 1° de junio de 1988, por encontrar ajustada a derecho la prueba documental adjunta a los libelos, consistente en un

contrato de arrendamiento suscrito el 1° de agosto de 1987 entre las partes respecto de una oficina de propiedad de la demandante, ubicada en el edificio "Caldas", calle 38 No. 41-39 de Barranquilla, en desarrollo del cual los demandados tuvieron demora de ocho meses en el pago de los cánones acordados.

Por no haber pagado la suma adeudada, en el proceso de lanzamiento el Juzgado determinó en auto del 9 de julio del citado año, no oír a los demandados, cuyo lanzamiento se decretó por sentencia del 27 de los mismos mes y año (fls. 97 a 128 cd. pl.); mientras que en el proceso ejecutivo –al cual se allegó copia autenticada del contrato– se dictó mandamiento de pago y se decretaron las medidas preventivas solicitadas sobre bienes de los demandados (fls. 74 a 96 cd. id.).

El 23 de junio del año en mención los demandados formularon denuncia penal contra el representante legal de la entidad actora y su apoderado, el doctor Tomás Enrique Zuloaga M., por los delitos de falsedad en documento privado y fraude procesal, consistentes en haber adulterado el contrato de arrendamiento exhibido como prueba fundamental en ambos procesos civiles al adicionarle el nombre y la rúbrica de una testigo al original del documento, pues tal como había sido acordado por las partes, el pacto sólo fue suscrito por éstas y una testigo, provocando con esa adición la modificación de la calidad del documento para hacerlo apto en las dos acciones propuestas, ya que las firmas de los otorgantes ni habían sido reconocidas ante Juez o Notario, ni colocadas ante dos (2) testigos, y en estas condiciones el documento no podía hacerse valedero, al tenor de los artículos 434-1, 279 y 252-3 del C. de P.C.

La investigación fue adelantada por el Juzgado 15 de Instrucción Criminal de Barranquilla, despacho que al calificar el mérito sumarial decidió cesar procedimiento por atipicidad de las conductas atribuidas a los sindicados; providencia modificada por el Tribunal al conocer del caso por apelación, en el sentido de revocar la cesación para el abogado Zuloaga M. respecto del delito contra la administración de justicia, cargo por el que prosiguió el enjuiciamiento.

Transcurrida la fase del plenario, el Juzgado de primera instancia profirió la absolución del implicado, decisión que nuevamente impugnada ante el Tribunal resultó sustituida por el fallo de condena que es materia de este recurso extraordinario.

La demanda

El señor representante del procesado solicita la casación del fallo de segundo grado para que a través de esta impugnación se sustituya por uno absolutorio, y al efecto presenta y sustenta un solo cargo que apoya en la causal 1ª del artículo 226 del C. de P.P., estimando que con esa decisión se viola indirectamente la ley sustantiva en virtud "de ostensible y manifiesto error de derecho derivado de considerar el documento donde consta el contrato de arrendamiento, una prueba no auténtica".

La censura parte de la base de que el documento mencionado es auténtico, y que precisamente fue el no haberle otorgado esa calidad lo que determinó que se estimara la adición de la firma de la segunda testigo como un acto fraudulento.

Observa que el artículo 284 del C. de P.P. indica que la autenticidad del documento privado se establecerá por los medios legales; que el artículo 252, numeral 3º del C. de P.C. confiere la calidad de auténtico a ese documento "si habiéndose aportado al proceso y afirmado estar suscrito o haber sido suscrito por la parte contra quien se opone, ésta no lo tachó de falso oportunamente..." y que al hablar del alcance probatorio de los documentos privados el artículo 279 del C. de P.C. establece que los "desprovistos de autenticidad tendrán el carácter de prueba sumaria, si han sido suscritos ante dos testigos".

En estas condiciones, según su criterio, a esa prueba documental "se le dio un valor diverso del que le confiere la ley", lo cual configura error de derecho y al efecto asevera que así lo ha reconocido esta Sala en fallos del 2 de julio de 1985 y el 15 de octubre de 1986, este último con ponencia del magistrado Mantilla Jácome.

Advierte que de acuerdo con el derrogado C. de P.P. que remitía la valoración de la prueba de documento privado al principio de la sana crítica, el error de derecho no tenía cabida; pero que el nuevo estatuto modificó ese criterio en su artículo 284 al establecer que el juicio sobre autenticidad del documento privado "se establecerá por los medios legales", y que éstos no son otros que los consagrados en el C. de P.C.

Considera que el error del sentenciador consistió en calificar de inauténtico el documento aportado al juicio de lanzamiento, sin tener en cuenta que éste se había tornado auténtico desde el momento en que la parte demandada omitió tacharlo de falso en su oportunidad según el artículo 252, numeral 3º del C. de P.C. que era una carga procesal que le imponía el artículo 434 de la misma normatividad.

Que generada con la conducta pasiva de la demanda la autenticidad del documento, el auto en que el juzgado determinó no oírlo por falta de pago y la subsecuente sentencia "tuvieron una causa jurídica en disposiciones legales diversas en un todo del documento aportado", como fue la expresa prohibición del mentado artículo 434, y así el Tribunal erró al considerar que la firma adicionada *a posteriori* tenía relevancia en un documento que había ganado ya su autenticidad.

Añade que "si el demandado hubiera contestado debidamente la demanda y hubiera sido escuchado dentro del proceso, no se hubiera presentado la autenticidad...", por lo que la imposición de una firma de un testigo en el contrato lo convirtió en prueba sumaria ya que el documento era auténtico.

De esta manera, presentado posteriormente en el proceso ejecutivo el documento, el abogado obró correctamente, como lo demuestra la expedición del mandamiento de pago, que sólo puede hacerse con base en documento auténtico, o en uno que "habiendo sido firmado... por dos testigos, el demandante pidió el reconocimiento del título ejecutivo (art. 513-3 C. de P.C.)", y en ninguna parte de la demanda ejecutiva y menos en la solicitud de medidas cautelares se solicitó tal reconocimiento. Luego de algunas consideraciones sobre la eventual incidencia de esta disposición legal respecto del proceso de ejecución, vuelve a concretar la acusación al fallo, precisando que hubo indebida aplicación de los artículos 182, 68, 103, 44 y 50 del C.P., y depreca el fallo sustitutivo de absolución.

El Ministerio Público

En su concepto el señor Procurador Tercero Delegado en lo penal solicita no casar el fallo acusado. Disiente del demandante en cuanto éste afirma que el Tribunal consideró inauténtica la prueba documental y resalta cómo precisamente la Corporación admitió la autenticidad del medio de prueba y observó que con la firma que se le agregó no se vulneró la fe pública, pero sí se determinó a los jueces civiles a proveer ilegalmente porque se alteró su valor probatorio "con el fin de constituir prueba sumaria, requisito para que el Juez Civil cicte sentencia de lanzamiento (art. 434 num. 7° del C. de P.C.). De esta forma, los demandantes no tenían que hacer reconocer el documento ante Juez o Notario (arts. 252 num. 1° y 279 del C. de P.C.)".

Así, al hacer valer el contrato de arrendamiento ante los Juzgados 15 y 14 Civiles Municipales de Barranquilla, y haberse obtenido que con base en él se admitiera la demanda de lanzamiento, se profiriera mandamiento de pago y se ordenaran medidas de embargo y secuestro en el ejecutivo, se les hizo creer a los funcionarios civiles que el documento anexado constituía prueba sumaria "al estar firmado por dos testigos, cuando en verdad una de las firmas había sido agregada en forma fraudulenta", y se estructuró el delito de fraude procesal ya que si se hubiera presentado el contrato ante los jueces con una sola firma testifical, los funcionarios habrían estado en la obligación de "inadmitir las demandas porque el documento no constituiría prueba sumaria, requisito indispensable para que se produjeran las providencias"; pero sujetos como fueron al acto fraudulento por la aptitud de la maniobra engañosa, produjeron autos "sin ajustarse a los requisitos legales".

Consideraciones de la Corte

El cargo formulado a la sentencia no reúne condiciones para removerla: así, pues, habrá de desestimarse la demanda.

Entiende el actor que la prescripción del artículo 284 del C. de P.P. en su inciso segundo, según el cual "la autenticidad del documento privado se establecerá por los medios legales", es norma de valoración probatoria documental que trasladó al campo procesal penal la escala tarifaria de la legislación que contempla "los medios legales" de autenticidad del documento privado, para este caso el C. de P.C., y que por esa razón procede a hablar de error de derecho por falso juicio de convicción respecto del documento que de esa clase sirvió de fundamento a los procesos civiles de que dan cuenta los autos, cuyo nacimiento se ha considerado en este proceso penal, anclado en un acto fraudulento, propio del delito contra la administración de justicia del cual se ha responsabilizado al acusado.

Siendo ésa la cuestión angular para establecer el acierto del planteamiento propuesto, impera recordar, primero, que el ordenamiento procesal vigente desde julio de 1987 en materia penal eliminó el sistema de la tarifa legal (art. 253), que todavía consagraba para algunos medios de prueba la legislación derogada, imponiéndole en cambio, al juez, el deber de analizar las pruebas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, para acceder adecuadamente al juicio que cada caso requiere.

La remisión valorativa a otras normatividades se conservó única y exclusivamente para aquellos eventos en que el funcionario deba resolver cuestiones extrapenales (art. 36), lo que resulta comprensible porque en ellos el juez está delimitado a las pautas legales de su órbita y obligado a atender los principios jurídico-probatorios regentes de los asuntos que por su particular naturaleza escapan a la suya propia, pero que tangencialmente quedan bajo su dominio.

Dentro de este orden de ideas, no está el artículo 284 del C. de P.P. exceptuando del mandato general del 253 id. la valoración de los documentos privados, sino supeditando la verificación de una cualidad de esa clase de documentos, como es la autenticidad a "los medios legales" que la reglamentan sin llegar a categorizarlos en una escala de valor, de manera que establecida dicha cualidad en los casos en que sea necesario, el funcionario hace su proceso valorativo por el método que le indica la última de las mencionadas normas.

Es comprensible, entonces, que bajo esta mira la impugnación se encuentre desubicada al amparo del error de derecho que se aduce, como así lo ha venido reiterando la jurisprudencia, aun desde la vigencia de la derogada legislación procesal, porque en ésta el documento privado contaba para su valoración con las mismas reglas que rigen la codificación actual.

No es otra la conclusión que surge aun de las propias providencias citadas por el demandante, en que, como se ve, no resulta novedosa y sí por el contrario decantada esta advertencia gracias a la inquietud de los recurrentes en casación.

Así se observa que en pronunciamiento del 2 de julio de 1985, con ponencia del entonces magistrado Dr. Aldana Rozo (G.J. CLXXXI No. 2420 pp. 313 y ss.), haya manifestado sobre el particular la Sala que:

"El artículo 262 del C. de P.P. establece que el documento privado se apreciará de conformidad con las normas de la crítica, esto es, que no existe tarifa legal para su apreciación. De modo que los documentos privados que fueron relacionados en la sentencia (...), podían ser apreciados libremente por el Juez y, en caso de que se les hubiera dado un alcance diverso del que realmente tienen, el correspondiente ataque procedió por error de hecho ya que en ese evento lo que se desconoce no es la realidad normativa, sino la significación fáctica de la prueba."

Y el 15 de octubre de 1986, en providencia que el casacionista pretende adecuar a su pretensión, pero que se aparta ostensiblemente de su criterio, con ponencia del entonces magistrado Dr. Montilla Jácome, y al resolver un caso de falsedad documental en el que el actor afirmaba que "el comprobante materia de la falsedad no constituye documento privado que pueda servir de prueba de conformidad con lo dispuesto en el artículo 279 del Código de Procedimiento Civil, por cuanto carece de autenticidad y no lleva la firma de dos testigos", la Sala encontró indispensable diferenciar entre el documento privado como medio de prueba y el mismo como objeto de demostración "cuando constituye el objeto material del delito de falsedad documental", y precisó que en el primer evento, es decir, como medio de prueba para acreditar la existencia de una situación jurídica o la creación, modificación o extinción de relaciones relevantes para el derecho, debe estar sometido a las reglas contempladas en el ordenamiento civil y su valor probatorio será el que le atribuyan las disposiciones de dicho ordenamiento (arts.

264 y 279 del C. de P.C.), mientras que como objeto de la prueba "debe merecer el mismo tratamiento que los demás elementos del hecho punible (sic) frente a los cuales existe libertad probatoria de conformidad con lo preceptuado por el artículo 336 del C. de P.P. (hoy art. 254 C. de P.P.).

La misma providencia añade que:

"En cuanto al valor probatorio de los documentos privados es necesario afirmar que existe alguna diferencia entre las previsiones del ordenamiento procesal civil y las pertinentes regulaciones del procedimiento penal, pues para el primero el valor probatorio de aquéllos depende de su autenticidad, mientras que para el sistema penal corresponde al juez apreciar el valor probatorio de los documentos privados teniendo en cuenta si su autenticidad ha sido o no probada en el proceso y las normas de la sana crítica (art. 262)". (C.J. T. CLXXXV No. 2424, pp. 347 y ss.).

Ya en el imperio del actual régimen procesal penal, los pronunciamientos jurisprudenciales resultan aún más reiterativos con relación a la ausencia de tarifa en el análisis valorativo de la prueba en materia penal, tal como lo reconoce el mismo actor, y ello, como se advirtió, sólo responde al expreso mandato de la ley.

Ese mandato contenido ahora en los artículos 284 y 253 del C. de P.P. que no difiere de las previsiones de los artículos 262 y 263 de la codificación procesal antecedente, a que se atienen las decisiones parcialmente transcritas, tampoco abre camino a la imposición tarifaria del Código de Procedimiento Civil que ha creído incorporada el impugnante con su cita del artículo 36 del Decreto 050 de 1987, porque esta disposición a su vez nada innova ya que apenas reproduce, en lo que aquí interesa, el texto del artículo 19 del derogado C. de P.P.

Tal como se dijo entonces desde un comienzo, el fundamentarse en un error de derecho sobre el valor de la prueba que se hizo valer en los juicios civiles, pero que a través del agregado recibido se transformó en objeto material (medio fraudulento) del delito por el cual se produjo la condena, constituye la equivocada sustentación del cargo, e impide su estudio en lo esencial.

Contiene, sin embargo, el libelo una circunstancia adicional que también lo inhabilita para los fines que persigue, atribuible a la interpretación del actor al fallo que recurre afirmando que el sentenciador partió de la base de que el documento privado tantas veces referido era inauténtico, apreciación que le sirvió para estructurar el ataque. Del contenido del fallo se observa en cambio (fls. 36-37 del cuaderno Trb.) que la sala de decisión aseveró todo lo contrario al sostener que dicho documento era "auténtico", dado que con el agregado de la segunda firma no se habría vulnerado la fe pública, afirmación apenas consecuente con la decisión ya en firme que había cesado procedimiento por esa atribución, de manera que con ello apenas se insistía en que el reproche persistía respecto del delito contrario a la administración de justicia.

La posición del ad quem *se mostraba también con ello, explicable, porque para él el valor del documento para acreditar la existencia del contrato (*ad substantiam actus*) no dependía de la firma de la segunda testigo, lo que no podía significar al mismo tiempo que esa intervención hubiera sido irrelevante ante los jueces civiles, pues el valor que allí se dio al contrato así complementado (*ad probationem*) fue precisamente*

el que llevó a tomar las decisiones que sin esa intervención fraudulenta no se hubieran producido. Con ello sólo se acredita que tampoco el actor partió de un presupuesto real de hecho que le hubiera dado sustento a su censura, llevando una vez más a su fracaso.

En las condiciones que se dejan señaladas, debe desestimarse el cargo.

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 proceso al Tribunal Superior de origen.

Notifíquese y cúmplase.

Dídimo Páez Velandia, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael Cortés Carrica
Secretario

* * *

Peculado / Impuestos – Recaudo

Los impuestos que pagan los apostadores son del Estado, así sean recibidos por un particular, que para el caso actúa como representante suyo por disposición de la ley.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel.*
Aprobada Acta número 030 de mayo 8 de 1991.
Bogotá, D.E., junio seis (6) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Vistos

Procede la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, a resolver lo que en derecho corresponda, sobre las demandas de casación presentadas por los defensores de los procesados Gonzalo Meza Obando, Ernesto Obregón Torres, Alberto Peñaranda Canal, Iván Puyo Vasco, Jorge Estrada Villegas e Iván Obregón Sanín, contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, mediante la cual confirmó la dictada por el Juzgado Diecinueve Penal del Circuito, en la que les impuso a los procesados pena principal de veinticuatro (24) meses de prisión.

1. Hechos y actuación procesal

Funcionarios de la División de Investigaciones de la Contraloría General de la República, durante los meses de septiembre y octubre de 1982, practicaron una visita fiscal a la empresa Promover Ltda., encargada de la explotación del concurso Futbolero Super Gol, y constataron lo siguiente:-

a) Que el concurso se inició el 8 de marzo de 1981, y que de acuerdo con la Ley 78 de 1986, la empresa debía recaudar directamente los impuestos correspondientes y girarlos dentro de los treinta días siguientes a cada juego, a las beneficencias departamentales y al Distrito Especial de Bogotá, en la cuantía que a cada una de ellas pertenecía;

b) Que la anterior obligación fue atendida únicamente en los cuatro primeros juegos e incumplida en los demás, dejando de entregar veintidós millones seiscientos sesenta y seis mil setecientos pesos con treinta centavos ($22.666.700.30), recaudados hasta la fecha de la suspensión del concurso, octubre 13 de 1981;

c) Que según lo expresado por el representante legal de la empresa, no existía dinero para cancelar el valor apropiado, por cuanto la sociedad había cesado en sus funciones por problemas económicos.

Ante esta situación, los visitadores decidieron poner en conocimiento de la Justicia Penal las irregularidades encontradas, anexando los documentos y demás pruebas recaudadas.

La investigación correspondió al Juez Setenta y Siete de Instrucción Criminal, quien oyó en indagatoria a los ahora recurrentes, así como a Luis Eduardo Arango Vásquez y Fernando Díaz Tovar.

Agotada la etapa investigativa, el Juzgado Diecinueve Penal del Circuito, mediante auto del diez (10) de julio de mil novecientos ochenta y cuatro, sobreseyó definitivamente a los dos últimos mencionados y llamó a juicio a los demás por el delito de peculado por extensión en la calidad de aplicación oficial diferente. El Tribunal Superior, al resolver el recurso de apelación interpuesto, modificó el pliego de cargos al estimar que se trataba de peculado por apropiación y revocó la libertad provisional que les había sido concedida, porque no eran merecedores a la condena de ejecución condicional.

En firme el vocatorio a juicio, los imputados pusieron a órdenes del juzgado el valor total de los impuestos no entregados y obtuvieron el beneficio de la libertad provisional.

Realizada la audiencia pública, el mismo despacho a cuyo cargo estuvo la calificación del sumario, el 19 de febrero de 1987, profirió sentencia contra los seis enjuiciados, como coautores del delito de peculado por apropiación y les impuso veinticuatro meses de prisión y multa de veinte mil pesos ($20.000.00).

Con fecha junio 9 de 1988, el Tribunal Superior confirmó la sentencia y contra ella todos los condenados interpusieron y sustentaron el recurso de casación.

II. Demandas y concepto del Ministerio Público

Por razón metodológica, a continuación de la síntesis de cada demanda consignaremos lo expresado por el Ministerio Público, observado el orden que el principio de prioridad impone para resolver los cargos en casación.

1. a) *Demanda presentada por el defensor de Jorge Eduardo Estrada Villegas*

El demandante invoca la causal cuarta de casación, prevista en el artículo 580 del anterior Código de Procedimiento Penal (aplicable a este caso), porque en su opinión "la sentencia se profirió con fundamento en proceso afectado de *nulidad supralegal*, al desconocer una de las garantías consagradas en el artículo 26 de la Carta: *Observancia de las formas propias del juicio*. La invalidez del proceso surge

desde el auto de proceder, en el cual se formuló pliego de cargos por una especie delictiva distinta (art. 133 C.P.) de la que aparecía demostrada en el sumario (art. 134 C.P.)".

En el capítulo sobre el concepto de la violación, sostiene que una decisión de marzo 11 de 1986, con ponencia del doctor Luis Enrique Aldana Rozo, produjo un viraje jurisprudencial, pues a las causas de nulidad tradicionales, la Corte agregó la nulidad supralegal por violación de los requisitos sustanciales del pliego de cargos. Esta irregularidad, según el actor, consiste en no seleccionar correctamente en la parte motiva del llamamiento a juicio el tipo básico o especial que se considera infringido.

Para explicar su planteamiento transcribe casi la totalidad de los considerandos expuestos por la Sala en la providencia del 11 de marzo de 1986 citada. En esa oportunidad se casó la sentencia y se ordenó la nulidad a partir de la calificación del sumario, porque se llamó a juicio por el delito de contrabando de primer grado y se condenó por contrabando de segundo grado, violando de esta manera las formas propias del juicio con menoscabo del derecho a la defensa.

Afirma que el error en la selección del tipo básico o especial no es procedente alegarlo invocando la causal primera de casación, sino la de nulidad, porque la Corte no podría dictar un fallo de sustitución desconociendo el auto de proceder, ya que éste sería incongruente.

A continuación asegura el libelista que en el caso en estudio no se estructura un peculado por apropiación sino un peculado por uso indebido. Relaciona varios argumentos tendientes a demostrar que el uso indebido puede existir aún tratándose de dineros del Estado, pues lo importante es que no exista en el autor el ánimo de incorporarlos definitivamente a su patrimonio, sino el ánimo de restituirlos. Cita varios autores nacionales que comparten ese criterio y una decisión de la Corte de febrero 25 de 1986 con ponencia del magistrado Lisandro Martínez Zúñiga.

Considera que en el expediente hay elementos de juicio que demuestran que en ningún momento los socios de Promover Ltda. quisieron incorporar a su patrimonio los impuestos recaudados y que sólo dispusieron de ellos mientras la empresa salía de dificultades económicas.

Ellos son:

"a) Los impuestos finalmente no se cancelaron, por causas ajenas a la voluntad de los socios: crisis económica no provocada por ellos y creada por factores del mercado". Esa situación fue reconocida en las sentencias de primera y segunda instancia y aparece probada en las actas 5 a 10, 12 y el estudio enviado a Fedelco;

"b) La empresa Promover Ltda. desplegó todo el esfuerzo a su alcance, para cancelar la deuda contraída con las Beneficencias..." Como prueba menciona las autorizaciones de la Junta Directiva al Gerente para que procurara la cancelación de los impuestos; la carta de diciembre 23 de 1981, en la cual el gerente de Promover le dice a las beneficencias que adelanta las gestiones a su alcance para el pago de los impuestos; y, la propuesta hecha a Fedelco para que maneje el concurso y lo saque de la crisis económica destinando parte del producido a la cancelación de los impuestos;

"c) Las afirmaciones de los indagados, en el sentido de que los impuestos se gastaron en tomar medidas destinadas al salvamento de la empresa, se ven confirmadas básicamente en el Acta No. 4, en la cual se aprueban gastos de publicidad que ascienden a la altísima suma de un millón de pesos ($1.000.000) por concurso;

"d) Si se observan las actas de la sociedad que obran en el proceso, concluimos que siempre figuraba en los pasivos de la sociedad la deuda contraída con las beneficencias. Suma de dinero que se busca cancelar a la brevedad posible;

"e) En ninguno de los concursos hubo ánimo defraudatorio al Fisco Nacional, pues siempre se realizaron con la intervención de funcionarios de la Superintendencia de Industria y Comercio. Además, en cada acta de concurso, claramente se especificaba el valor adeudado a las Beneficencias Departamentales;

"f) La empresa, como lo demuestran las actas, no dejó ganancias, y por ende no hubo reparto de dividendos."

Luego de enumerar las conclusiones, solicita a la Corte casar la sentencia recurrida y decretar la nulidad de todo lo actuado a partir del auto calificatorio.

Concepto del Ministerio Público

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal solicita que se desestime la demanda, con fundamento en las siguientes razones:

Ante la perfecta concordancia entre la resolución de acusación y la sentencia, no es posible alegar incongruencia. Tampoco se puede plantear nulidad por error en la denominación jurídica de la infracción, porque el llamamiento a juicio se hizo por peculado y la inconformidad del demandante consiste en que se trata de la modalidad de uso y no de apropiación que fue por la que se condenó.

El impugnante acude a la nulidad supralegal, con apoyo en un punto de vista no dominante en la doctrina y la jurisprudencia, consiste en sostener la estructura de un peculado por uso cuando los actos de disposición recaen sobre bienes fungibles, concretamente dinero. Pero aún aceptando el planteamiento, equivoca el camino de la demanda, no sólo porque no se observa ninguna lesión a los principios de rango constitucional, sino porque las jurisprudencias en que se apoya su pedimento contemplaron situaciones, sustancialmente diferentes.

Lo relacionado con el delito de contrabando se ocupa de una situación similar pero sólo en el aspecto formal, porque el de primer grado describe un comportamiento totalmente distinto del de segundo grado, y en esas circunstancias los procesados no tuvieron oportunidad de defenderse del cargo por el cual se les condenó, diferente del imputado en el auto de proceder.

Termina diciendo: "El punto de vista ofrecido por el censor a esa honorable Corporación encuentra total ubicación dentro del marco de la causal primera de casación, que permite proferir fallo de sustitución de carácter absolutorio o aún

condenatorio por delito del mismo género del contemplado en el procesatorio, si las pruebas obrantes en la actuación así lo ameritan, sin dejar de considerar además que los dos tipos penales contienen elementos que les son comunes, es decir no describen comportamientos sustancialmente diferentes, contemplando apenas circunstancias diversas que permiten su individualización, registrándose en el evento de concretarse la modificación a que alude en el libelo una penalidad inferior que indudablemente favorecería a los implicados".

No existen quebranto del debido proceso, ni violación del principio de congruencia. La causal de casación escogida para presentar el reparo es equivocada.

2. a) *Demanda presentada por el defensor de Gonzalo Meza Obando*

El demandante formula dos cargos al amparo de la causal primera de casación, art. 226 del C. de P.P. inciso 1°, uno por violación directa y el otro por violación indirecta de la ley sustancial.

El primero lo concreta el libelista así: violación directa de la ley sustancial por falta de aplicación del numeral 1° del artículo 40 del C.P. y de los artículos 5° y 35 del mismo estatuto, que reclaman la culpabilidad como condición de punibilidad; y aplicación indebida de los artículos 138 y 133 *ibidem*, así como el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal, que consagra los requisitos para condenar.

La fundamentación apunta a demostrar que el Tribunal se equivocó, al reconocer en la sentencia que la situación de bancarrota a que llegó la empresa se debió a hechos ajenos a los propietarios, a fuerza mayor, y sin embargo negó los efectos penales de esa circunstancia, con el argumento de que se trataba de un delito formal e instantáneo.

Luego de analizar el concepto de fuerza mayor, el defensor concluye que se trata de una causa de inculpabilidad que ha debido reconocerse.

El segundo cargo lo plantea de la siguiente forma. "existió *violación indirecta de la ley sustancial por el ostensible error de hecho derivado de la apreciación errónea* de la prueba documental aportada a los autos, violándose así los artículos 2°, 5°, 35 y 36 del C.P. y 247 del C. de P.P."

Según el impugnante, el juzgador de segunda instancia edificó la culpabilidad de Meza Obando sobre el conocimiento que él tuvo del estado económico de la empresa, confundiéndolo con el elemento cognoscitivo del dolo.

El conocimiento que se deduce de las actas se refiere a un hecho histórico, no al conocimiento de lo descrito en el tipo y a la conciencia de su antijuricidad. Pero con esto no es suficiente para estructurar el dolo, es necesario además la voluntad de ocasionar el resultado típico y antijurídico y el Tribunal no se refirió para nada a ella.

En conclusión si el sentenciador hubiera tenido en cuenta que el conocimiento histórico contenido en las actas no constituye elemento de dolo, ni demostración de la voluntad encaminada al comportamiento ilícito, no hubiera condenado, pero como lo hizo, aplicó una responsabilidad objetiva y violó de manera ostensible la ley sustancial.

La petición es que se case la sentencia y en su lugar se dicte una absolutoria.

Concepto del Ministerio Público

Primer cargo. Afirma que el reconocimiento de la fuerza mayor no se refiere a la conducta relevante para el Derecho Penal, sino al estado de insolvencia a que llegó la compañía. Decir que la bancarrota fue fruto de una situación ajena a los socios, no significa reconocerles una causal de inculpabilidad con relación a la apropiación de los dineros.

Hay un distanciamiento conceptual entre lo dicho en la sentencia y lo alegado por el recurrente, "quien cree reconocer en el planteamiento del fallo, una causal de inculpabilidad que no se materializó jurídicamente, porque en verdad el sentenciador aludió al evento de fuerza mayor, pero para admitir un fenómeno que nada tenía que ver con el delito imputado, como quiera que el hecho previsible o imprevisible pero inevitable, ha debido determinar no la venta cada vez menor de formularios, circunstancia que derivaba en poco o ningún rendimiento económico para los socios, ya que así fuese mínimo el recaudo bruto obtenido como resultado de cada concurso, éste en todos los casos permitía girar el dinero correspondiente a las beneficencias, sino la apropiación de los dineros. El acto de disposición humana consistente en la apropiación de los tributos directamente recaudados, como conducta evitable desde el punto de vista fenomenológico, se opone a la causal de exoneración de responsabilidad alegada".

En opinión del colaborador fiscal, fue correcto que en el fallo no se hubiera tenido en cuenta el artículo 40 numeral 1° del C.P., porque el planteamiento del recurrente se aparta del contenido de la sentencia. Agrega que no es procedente citar normas de carácter procesal cuando se demanda por violación directa.

Segundo cargo. Estima que no se integró la proposición jurídica completa, porque no se citaron las normas medio reguladoras de la prueba y las de carácter sustancial aplicadas en forma indebida.

Analiza las sentencias de primera y segunda instancia y llega a la conclusión de que las actas de las reuniones de la junta directiva no son la única prueba acerca de la culpabilidad de los procesados y en el evento de que fuera así, esos documentos evidencian no sólo el conocimiento de los socios sobre las dificultades económicas de la compañía, sino también el monto de la suma dejada de cancelar a las beneficencias, "y ciertamente eso evidencian, perteneciendo las conclusiones que respecto a la culpabilidad (dolo) extrae el sentenciador a partir de lo revelado por los documentos, a un proceso de valoración analítica que tiene lugar en la esfera íntima del juzgador, en su fuero interno, previa observación de ciertas reglas de sana crítica. Tal proceso de valoración es susceptible de denunciar en casación, a través del mecanismo de la violación indirecta de la ley sustancial, pero por error de derecho".

Solicita que los cargos sean desestimados.

3. a) *Demanda presentada por el defensor de Ernesto Obregón Torres*

Con apoyo en la causal primera de casación prevista en el artículo 580 del anterior Código de Procedimiento Penal, el demandante sostiene que la sentencia

recurrida es violatoria de la ley sustancial en forma directa por aplicación indebida. Las normas violadas son los artículos 133 y 135 del Código Penal y 4° de la Ley 78 de 1966.

La fundamentación del cargo consiste en que el Tribunal se equivocó al analizar las normas antes mencionadas, así como el artículo 10 de la Ley 38 de 1969 y el artículo 4° de la Ley 52 de 1977 (en el libelo se citan en varias oportunidades erróneamente los artículos) por esa razón concluyó que Promover Ltda. y sus directivos eran retenedores de un impuesto perteneciente a la Beneficencia, y no simples sujetos pasivos de una obligación tributaria con el Estado colombiano.

Asegura que el error parte de la interpretación del término "recaudo", al cual se le da el sentido de retención en lugar de ejecución de la operación gravada, que es como debe entenderse cuando se trata de impuestos indirectos. En el artículo 4° de la Ley 78 de 1966, "recaudo" corresponde al producido que obtiene la empresa por concepto de la venta de formularios y de la realización de los concursos.

Califica como errónea la conclusión de la sentencia, en el sentido de que el recaudo se produjo en el momento de realizar cada una de las operaciones, esto es, al vender el formulario, al sellarlo y al pagar los premios, por lo tanto la empresa tenía la calidad de retenedora, en cuanto legalmente le correspondía la retención del impuesto. El argumento utilizado es que el artículo 4° de la Ley 78 de 1966, dice que el recaudo se produce en el momento del ingreso del impuesto a las arcas del Estado, es decir, dentro de los treinta días siguientes a la realización del concurso, con intervención del auditor especial de la Contraloría. "Si la interpretación del Tribunal fuese la correcta, tendríamos el absurdo de que al vender cada 'taquito', al sellar cada formulario y pagar los premios debería estar presente, en cada caso, el auditor especial".

Partiendo de la interpretación que hace del artículo 4° de la Ley 78, el censor infiere que quienes reciben el impuesto no son retenedores y que en cada operación surge una obligación tributaria para el contribuyente, quien se torna deudor del Estado.

Reiterando las razones sobre la existencia del error que le atribuye al Tribunal, y con base en él, el defensor solicita que se case la sentencia y se dicte una de reemplazo absolutoria.

Concepto del Ministerio Público

Inicialmente se refiere al aspecto técnico de la demanda, para hacerle dos reparos que no juzga trascendentes, en virtud de que el Decreto 1861 tornó menos rigurosas las formalidades técnicas de la causal primera –violación directa– "en cuanto elimina la necesidad de acudir en forma correcta y expresa a todos y cada uno de los extremos de la alegación con alusión estricta al sentido de la violación.

Respecto al planteamiento de fondo, opina que el Tribunal no incurrió en error al equiparar los términos *recaudación* y *retención* de los tributos, y la sustenta así:

"Este despacho ciertamente estima que con exagerado apego a la exégesis podría afirmarse que el término *retenedor* es diferente en su acepción fiscal al de *recaudador*,

y que primero ha sido concebido para calificar a las personas que efectúan la retención del impuesto sobre la renta y complementarios, de obligada deducción en los pagos de salarios y dividendos."

"Decimos con exagerado apego a la exégesis, porque es el propio recurrente quien se encarga de afirmar que en principio, en 1969, únicamente quien pagaba salarios y dividendos tenía esa connotación legal, pero posteriormente se amplió el número de tributos sujetos a retención, aunque con expedición de leyes que específicamente lo establecían."

"Este, lógicamente puede ser el motivo para que varios años después la Ley 52 de 1977 definiera a los agentes de retención en forma general como las personas que por expresa disposición legal deban efectuar la retención del tributo correspondiente y naturalmente los impuestos de que trata la Ley 78 de 1966 son un tributo recaudado directamente por la empresa 'Promover' por expresa disposición legal."

Desde otro ángulo, para el Procurador Delegado la conducta se ubica en los artículos 133 y 138 del Código Penal, aún admitiendo la existencia del error. "...pues, tanto en la sellada y venta de cada formulario como en el pago de los premios, se origina, se causa un impuesto y se recauda un producido bruto que contiene un porcentaje que debe reputarse como oficial y perteneciente a las entidades señaladas en la ley, y que debe mantenerse a su disposición, bajo la órbita de su disponibilidad en caso de no contarse con la intervención del auditor de la Contraloría General, para proceder a su liquidación y posterior distribución".

Por último, en el supuesto de que se aceptara la tesis de que el recaudo se perfecciona a partir del momento en que interviene el Auditor de la Contraloría, se tendría que concluir que a pesar de que dicho funcionario inició su labor de liquidación a mediados de 1981 y la concluyó en el mes de marzo de 1982, los dineros, ahora sí oficiales según el demandante, no fueron consignados a órdenes de sus beneficiarios, incursionando en consecuencia por los senderos del Derecho Penal.

Atendiendo a los razonamientos anteriores, solicita que no se case la sentencia.

4. a) *Demanda presentada por el defensor de Alberto Peñaranda Canal*

Acusa la sentencia por violación directa de la ley sustancial, numeral 1° del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, por interpretación errónea de los artículos 1°, 2°, 3°, 133 y 138 del Código Penal.

La sustentación consiste en que, según el censor, el Tribunal extendió erróneamente el tipo aplicado a bienes, conductas y sujetos no comprendidos en él.

Sobre los bienes coincide con la demanda anteriormente registrada, en el sentido de que el dinero recaudado pertenecía a la empresa y ella tenía la obligación de liquidarlo y distribuirlo entre los beneficiarios un mes después de cada sorteo. En apoyo de esta tesis, cita parte de la declaración del doctor Eduardo Arriaga, funcionario de la Contraloría General de la República, y desarrolla algunos comentarios sobre el título y modo de adquisición de la propiedad por parte de las entidades fiscales para llegar a la misma conclusión de que mientras no se hiciera el acto de liquidación y distribución, lo recaudado era propiedad de Promover Ltda.

En lo atinente al verbo rector apropiarse, estima que por simple sustracción de materia era imposible dado que nunca existió propiedad de los dineros por parte de las Beneficencias y tampoco estuvieron bajo su disponibilidad.

Respecto a la conducta de su defendido, opina que el Tribunal se equivocó, porque el verbo rector del peculado es apropiarse y no simplemente tener conocimiento de dicha apropiación, lo que conlleva a extender la sanción a una conducta no tipificada.

Pasando al sujeto activo del delito, y armonizando los artículos 133 y 138 del C.P., afirma que sólo puede ser el particular que recaude, administre o tenga bajo su custodia los bienes. En el caso de la Sociedad Promover Ltda., solamente el gerente tenía la disponibilidad jurídica y material de ellos, por lo tanto la sentencia viola de manera directa las normas que tipifican el peculado, al aplicarlas extensivamente a personas que, como el señor Peñaranda Canal, no tenían ninguna disponibilidad.

Finalmente, explica el concepto de la violación de las normas citadas y solicita que se case la sentencia y se absuelva a su poderdante.

Concepto del Ministerio Público

En lo referente al planteamiento de que la empresa Promover Ltda. era propietaria de todo lo recaudado y en consecuencia apenas deudora de una obligación para con el Estado, se remite a lo expuesto en el concepto sobre la demanda presentada a nombre de Ernesto Obregón Torres.

Agrega que aunque el libelo contiene un solo cargo, en realidad encierra dos aspectos diferentes, el segundo de los cuales apunta a que el juez se equivocó al estimar que el conocimiento que los socios tenían sobre los actos de disposición del dinero ejecutados por el Gerente, equivalía al contenido del verbo rector apropiarse, contenido en el tipo. Complementa la idea apoyado en la escritura de constitución de la empresa, en la cual se faculta únicamente al Gerente para disponer y comprometer el haber social. En el desarrollo de este planteamiento, opina el Procurador Delegado que el demandante incursiona en el campo de la violación indirecta, en cuanto atribuye la responsabilidad exclusivamente en el gerente exonerando a los restantes socios, con fundamento en una prueba, contrato de constitución de la sociedad, desconocido o interpretado erróneamente por el Tribunal.

Esta acusación involucra normas sustanciales relativas a la participación, que resultarían infringidas como consecuencia del desconocimiento de disposiciones que tienen que ver con la cuestión probatoria, las cuales no fueron mencionadas por el impugnante.

Solicita que se desestime el cargo.

5. a) *Demanda a nombre de Iván Alberto Puyo Vasco*

El libelista se apoya en la causal primera, cuerpo segundo del artículo 580 del C. de P.P., y formula un cargo en los siguientes términos:

"Acuso la sentencia recurrida *de haber aplicado indebidamente* los artículos 1° y 4° de la Ley 78 de 1966, 2°, 7° y 8° del Decreto Reglamentario número 70 de 1976; 4°

de la Ley 52 de 1977 y 2° (3ª, 4ª y 5ª), 36, 135, 138, 139 y 215 del Código Penal, y por *haber dejado de aplicar* el artículo 40-4ª de la misma obra, como consecuencia de haber dado por demostrado, sin estarlo, que el doctor Iván Alberto Puyo Vasco, miembro de la Junta de Socios de la compañía Promover Ltda, promotora del concurso Supergol, *'concurrió'* con el gerente, Ernesto Obregón Torres, a la *apropiación dolosa* de dineros recaudados como impuestos causados en favor de las distintas beneficencias del país, es decir, de *violación indirecta* de la ley sustancial, yerro de hecho comprobable con la lectura."

"a) De las cláusulas doce, trece y catorce del contrato de sociedad, cuyo contenido fue totalmente ignorado por el Tribunal, y

"b) Las declaraciones de Iván Obregón Sanín y de Gonzalo Meza Obando;

"c) Las actas de la junta de socios;

"d) Los informes que ante ella presentaron los gerentes, y

"e) Las comunicaciones dirigidas por ellos a las Beneficencias y otras dependencias de la Administración, que apreció mal, y,

"f) Los documentos de fs. 102 y 363 del C. 1 y la declaración del doctor Libardo Arriga Copete, C. 1, fol. 645 que tampoco tuvo en cuenta."

Para la comprobación del cargo transcribe los artículos decimosegundo al decimocuarto de la escritura de constitución de la sociedad Promover Ltda, de los cuales afirma que fueron ignorados, y concluye que su simple lectura pone en evidencia que la Junta de Socios no tiene funciones administrativas, y además, que la representación legal la tiene el Gerente, a quien le corresponde realizar todos los negocios y contratos de la empresa sin limitación de cuantía y mantener bajo su custodia y responsabilidad los caudales de la sociedad. Los socios en forma individual y en junta carecen de disponibilidad jurídica y el control que ejercen es posterior, nacido de su función de aprobar o improbar las cuentas del informe anual de la Gerencia.

De las declaraciones de Iván Obregón Sanín y Gonzalo Meza Obando, copia las respuestas a la pregunta de quién era el encargado de decidir sobre el pago de los impuestos, en los cuales ambos coinciden en manifestar que era una actividad propia del Gerente. Asegura que esas versiones el *ad quem* las apreció mal, parcialmente, y que ellas ponen en evidencia que la disposición de los dineros que ingresaron correspondió a los gerentes y que los socios no tuvieron ninguna injerencia en los pagos y gastos realizados.

En seguida se ocupa de las catorce actas de la junta de socios, y luego de relacionar el contenido de cada una, dice que fueron mal apreciadas, porque ninguna amerita que el doctor Iván Puyo concurriera con el gerente a la apropiación dolosa de los dineros de las Beneficencias. De la última comenta: "...lo que el acta sí aprueba y el Tribunal *ad quem* no vio, es que los socios de Promover Ltda, incluyendo, claro está, al doctor Iván Puyo Vasco, estaban *convencidos* de que no estaban violando la ley penal, y que venían desde hacía tiempo empeñados en pagarle lo que de buena fe creían era una deuda puramente civil a las Beneficencias, lo que también excluye *dolo*".

También sostiene que fueron mal apreciadas las siguientes pruebas, porque ellas por parte alguna indican que su defendido concurriera con la gerencia a la apropiación de los dineros de las Beneficencias: los informes presentados por los distintos gerentes a la Junta de Socios y que aparecen en los folios 105 a 111, 115 a 123, 126 a 128 y 133 a 134 del cuaderno 1, sobre estado financiero de la empresa, planes para el relanzamiento del concurso, y propuesta de cesión del mismo a Fedelco en pago de lo debido por impuestos; y las comunicaciones que se dirigieron a las Beneficencias del país, a la Federación de Loteros de Colombia, Fedelco; a la Contraloría, a la Superintendencia de Industria y Comercio, que aparecen a folios 101, 129 a 132 y 141 a 143, del mismo cuaderno, proponiendo fórmulas de arreglo de las deudas de impuestos, que creían de carácter puramente civil.

Acude a la declaración del doctor Libardo Arriaga Copete, abogado Jefe de la División de Examen de Cuentas de la Contraloría General de la Nación, en la cual él considera que la deuda por los impuestos tiene el carácter de obligaciones a favor del Estado y si no se pagan, no por ello se incurre en delito de peculado, para plantear que si eso cree el abogado Jefe de la División cómo se les puede exigir a los Gerentes y a los socios de Promover Ltda, que conozcan sobre la configuración del delito de peculado por no pago a las Beneficencias. También considera que este testimonio no fue tenido en cuenta.

Asevera que el documento enviado por la Superintendencia de Industria y Comercio al doctor Ernesto Obregón Torres, en el cual le solicita un informe sobre la cantidad que Promover Ltda, les debe a las Beneficencias por concepto de impuestos y le advierte que si no los cancelan en un término de diez días procederá a cancelar la licencia del concurso, sirvió para que el gerente y los socios quedaron convencidos de que ésa era la única sanción. De otra parte, en el escrito que el mismo superintendente dirigió al Juez Instructor le hace saber que la empresa está autorizada para gastar un peso con ochenta centavos ($1.80) por elaboración, procesamiento y sellado de cada formulario, y treinta y cinco por ciento (35%) sobre el total de las apuestas para atender los gastos y costos de la administración del concurso, de donde el demandante concluye que lo pagado por publicidad, arrendamientos, papelería, etc., no puede constituir apropiación dolosa, tanto más cuando aún no se había hecho separación entre lo de los impuestos y lo que quedaba a la sociedad. Sostiene que estos documentos tampoco fueron tenidos en cuenta por el fallador.

Finalmente repite la relación de las normas que considera infringidas y solicita que se case la sentencia y se absuelva a su defendido.

Concepto del Ministerio Público

Inicialmente encuentra que hay falta de precisión en la delimitación del cargo, porque plantea falta de concurrencia de los socios de la empresa en el delito de la gerencia, y al mismo tiempo se refiere a la falta de dolo, y a que los elementos de juicio obrantes en el expediente demandaban la aplicación del art. 40 numeral 4º del Código Penal.

En lo relativo al argumento de que la Junta de Socios carecía de funciones de coadministración, el Procurador Delegado se remite a lo expuesto en el concepto

sobre la demanda presentada a nombre de Iván Obregón Sanín, por cuanto el cargo allí presentado es idéntico.

No acepta que el sentenciador hubiera incurrido en algún error en la apreciación de los testimonios de Obregón Sanín y Meza Obando, pues el juez los tuvo en cuenta y no incurrió en falso juicio de identidad al consignar en el fallo el resumen de su contenido. Ahora, los ataques concernientes a su valoración no son impugnables por la vía escogida por el recurrente.

A propósito del alcance dado por el fallador a las actas de las reuniones de los socios el fiscal recuerda que fue cuestionado por error de hecho en la demanda presentada por el defensor de Gonzalo Meza Obando, oportunidad en la cual expresó su opinión adversa, y agrega: "... en cuanto hace al procesado Iván Puyo Vasco, las actas de la reunión evidencian ciertamente el giro que tomaron los recursos disponibles de la empresa por disposición expresa de la Junta estatutaria, las decisiones adoptadas por mayoría de votos en cuanto hace a la prelación en los pagos y en fin toda serie de conductas de acción que desplegaron los imputados y que a la postre determinaron y derivaron en la apropiación de unos dineros del Estado".

"Una vez más se insiste, la conclusión acerca de la culpabilidad dolosa de los asociados podía ser considerada por el sentenciador a partir de este elemento de juicio, retomado su estricto sentido. Las determinaciones de la junta en verdad dejaron de lado el cumplimiento de un deber inexorable para con el Estado, deber que según sus propias manifestaciones sabían imperativo (sic)."

"Cuando el recurrente argumenta que los documentos revelan los ingentes esfuerzos de los miembros de la Junta por cancelar los dineros debidos, las comunicaciones con Fedelco y sus consideraciones acerca de la inexistencia del delito, desconoce en primer orden que todas esas circunstancias fueron relacionadas en tal forma en la sentencia, pero desde luego sujetos a un proceso de valoración. Siendo ello así no podía el juzgador atribuir gran eficacia demostrativa a las manifestaciones de los socios y concretamente de Iván Puyo Vasco en relación al contacto con Fedelco, como circunstancia desnaturalizante del dolo, ya que para cuando se produce tal requerimiento, los dineros ya habían sido objeto de apropiación (el dolo ya se había configurado), y éstas además no ofrecían el pago inmediato, sino la entrega o cesión del concurso (empresa totalmente en quiebra) como pago de una suma cuantiosa, aproximadamente $22.000.000".

El documento del folio 101 del expediente dirigido por el Gerente Ernesto Obregón al Superintendente de Industria y Comercio, en el cual se le informa que ya fueron liquidados los impuestos por seis concursos y se han girado algunos dineros; también que en la medida en que se obtenga el visto bueno de la Contraloría se irán pagando las sumas correspondientes, fue la respuesta a otro en el que se les exigía el pago so pena de la cancelación de la licencia de funcionamiento. Tales documentos aparecen anexados al acta No. 6, en donde se informa que el déficit aproximado es de veintitrés millones de pesos ($23.000.000), por lo que no se explica el Ministerio Público cómo anuncian la disponibilidad para el pago, habiendo ya dispuesto de los dineros del Estado.

Los documentos correspondientes a los folios 105 a 111 y 115 a 123, que se refieren a la situación financiera de la compañía, de la relación de cuentas por pagar y de lo debido por concepto de impuestos fueron bien apreciadas por el fallador y de ellas sacó las conclusiones que estimó apropiadas.

En lo referente a la declaración del doctor Libardo Arriaga Copete, remite nuevamente a lo expresado al estudiar la demanda de Iván Obregón Sanín.

6. a) *Demanda a nombre de Iván Obregón Sanín*

El cargo único formulado es del siguiente tenor:

"El Juzgado incurrió en *violación indirecta de la ley sustancial*, derivada de ostensibles errores de hecho (falso juicio de existencia e identidad) en la apreciación de diversos medios probatorios (art. 236, 261 y 262 del C. de P.P.). Como consecuencia de los errores, *aplicó indebidamente* los artículos 23, 41, 42, 68, 103, 105, 133 inc. 2°, 138 y 139 del Código Penal, 1° y 4° de La Ley 78 de 1966, 2°, 7° y 8° del Decreto reglamentario número 70 de 1976 y 4° de la Ley 52 de 1977, y dejó de aplicar los artículos 1°, 2°, 3°, 5°, 21, 35 y 36 del Código Penal."

Dice que ostensibles errores de hecho llevaron al Juzgado a considerar que los miembros de la Junta directiva, intervinieron como autores. Si hubieran valorado correctamente las pruebas existentes habría encontrado que no se les puede atribuir la calidad de coautores, ni de determinadores. Luego hace un análisis doctrinal sobre el concepto y los elementos de la coautoría, y la instigación como forma de determinación, para reforzar su planteamiento.

Si el sentenciador no hubiera incurrido en los serios errores de hecho por falsos juicios de existencia y de identidad, habría llegado a las siguientes conclusiones:

"1. Que Iván Obregón Sanín, Iván Puyo Vasco, y en general los miembros de la junta directiva, *no podían tener la calidad de coautores* del presunto peculado, por varias razones:

"a) No contribuyeron con un aporte *esencial* en el uso indebido de los impuestos que se adeudaban a las beneficencias;

"b) *Personalmente* no ejecutaron sobre esos dineros actos de señor y dueño, y

"c) No estaban encargados de '...recaudar, administrar o tener bajo su custodia...' bienes pertenecientes a las beneficencias'.

"2. Que Iván Obregón Sanín, Iván Puyo Vasco, y en general los miembros de la junta directiva, *no determinaron* a la persona encargada de recaudar, administrar y tener bajo su custodia los impuestos, para que ésta usara indebidamente de ellos. Varias son las razones.

"a) En ninguna de las actas *se da orden* para que los encargados de la administración de los bienes de la sociedad, *dispusieran indebidamente* de los dineros que adeudaban a las beneficencias;

"b) Los socios siempre consideraron que se trataba de una deuda civil, de un impuesto más que debía pagarse. Pensaron que los dineros ingresaban al patrimonio

de la sociedad y que ésta debía responder civilmente ante las beneficencixas (sic). Nunca entendieron que el gerente y en general la entidad recaudada, administraba y tenía bajo su custodia bienes del Estado. En síntesis (sic), no tuvieron conciencia (ausencia de dolo) de que cualquier demora en la cancelación de los impuestos, implicaba grave atentado contra la administración pública (peculado)."

Según el censor los errores cometidos en la sentencia son los siguientes:

1. Se ignoró la existencia de la escritura pública mediante la cual se constituyó la sociedad, porque en las cláusulas doce, trece y catorce, precisan que el encargado de administrar los bienes es el gerente y las transacciones propias del objeto social no están sujetas a ninguna cuantía. Por no haber valorado esta prueba, el juzgador consideró a los miembros de la junta directiva autores de peculado por extensión, cuando sólo podía serlo el Gerente.

2. Ignoró las declaraciones de Iván Obregón y Gonzalo Meza, en cuanto ellos afirman que el rodaje administrativo de los impuestos era una decisión a cargo del gerente, y éste se limitaba a informar a los socios los hechos cumplidos.

3. Le hizo producir a las actas de la junta de socios efectos probatorios que no se derivan de su contexto, restringió su sentido y los analizó parcialmente. Resume el contenido de cada una de las catorce actas, indicando lo que en su concepto ponen de presente e insistiendo en que de ellas no se infiere que los socios hayan determinado la disposición del dinero por parte del gerente.

4. Ignoró el testimonio del doctor Libardo Arriaga, en el que manifiesta que por dejar de pagar los impuestos a las beneficencias no se incurre en el delito de peculado. Si lo hubiera tenido en cuenta, habría admitido que no existió dolo y que se trató de un error generalizado.

Pasando a otro tema, el libelista sostiene que el núcleo de la imputación contra su defendido y demás miembros de la junta directiva, es que todos tenían conocimiento de la difícil situación interna de la empresa y por eso se les cataloga de coautores, lo que significa que se les reproche una actitud pasiva frente a la disposición del dinero de los impuestos por parte de los administradores. Esto no puede ser base de la sentencia, porque los socios no tenían la posición de garantes del bien jurídico, circunstancias que impide que puedan ser autores de un delito de omisión impropia.

La petición consiste en que se case la sentencia y se absuelva a Iván Obregón Sanín, porque no intervino en la comisión del hecho investigado. Además, que la absolución se extienda a miembros de la junta que se encuentran en la misma situación.

Concepto del Ministerio Público

Anuncia que inspirado en la teoría del dominio del hecho, fundamentara su punto de vista sobre la existencia de un fenómeno de coautoría y no de determinación, por cuanto no puede tenerse a los socios de la junta directiva como instigadores del hecho punible, ya que el instigador no ejecuta el supuesto del hecho típico, sino

se limita a crear la resolución delictiva mediante influencia sicológica y el delito que se instiga debe estar concretamente determinado.

Tomando como punto de partida el concepto de coautoría impropia expuesta por Maurach, examina las pruebas cuestionadas así:

Sobre la escritura pública: "De entrada debe este despacho anotar que el sentenciador no desconoce el elemento de juicio referido a la escritura de constitución de la sociedad. Lo que ocurre es que tal medio de prueba no le permitió predicar la conclusión a que llegó el censor como que el supuesto fáctico del documento no evidencia tal situación, y mal podría el juez reconocer fenomenológicamente un hecho que la prueba pone de manifiesto".

Aunque la sentencia del Tribunal no se refiere pormenorizadamente al contenido de cada elemento de juicio, la sentencia de primera instancia sí hace un recuento de todas las probanzas aportadas a la investigación, y entre ellas a la escritura de constitución de la sociedad. Piensa el Fiscal que resulta muy difícil referir el supuesto fáctico que cada prueba acreditaba, dada la cantidad recaudada, por eso el sentenciador, luego de relacionarlas, emite su juicio de autoría y responsabilidad expresado el mérito que le brindaron las que estimó de valor trascendente.

Para afirmar la autoría por parte de los socios, el fallador se apoyó en las funciones propias de la junta directiva, como fijar políticas y líneas de acción, presentar iniciativas y coadyuvar con el gerente en el manejo y orientación de la empresa, extractadas de la escritura cuyo contenido dice el casacionista que fue desconocido.

El artículo decimotercero radica en la Junta de Socios la toma de decisiones con votos que representen cuando menos un 70% de las cuotas sociales que integran el capital de la sociedad, lo cual indica la capacidad de la junta directiva para tomar medidas que eran ejecutadas por el administrador y custodio de los bienes. También tienen entre sus funciones resolver sobre la distribución de las utilidades, provocar la disolución de la sociedad cuando hubiera motivo, y hacer cumplir los estatutos y la ley, lo que demuestra que su actitud no era únicamente pasiva y limitada a escuchar los informes y determinaciones del gerente como hechos cumplidos.

Respecto a las declaraciones de Iván Obregón y Gonzalo Meza, el Procurador Delegado sostiene que fueron tenidos en cuenta en la sentencia al responder los argumentos de los abogados de la defensa y en las consideraciones al analizar la culpabilidad atribuible a cada uno, de manera que el error de hecho predicado no se configura.

En cuanto a las actas de las reuniones de la junta directiva, destaca que en este caso la crítica consiste en que el juzgador derivó de esa prueba efectos que no posee, restringió su sentido y las analizó parcialmente, error que impidió comprender que no hubo determinación al gerente para la malversación de los fondos.

No comparte la acusación de que la prueba fue distorsionada, pues simplemente el Juez elaboró su punto de vista sobre la participación de los implicados de acuerdo con esos elementos de convicción, proceso que no es impugnable por la vía del error

de hecho. Además, adoptar ese criterio no significa que se haya distorsionado el sentido fáctico de los documentos, ya que en la práctica éstos vienen a materializar el ejercicio por parte de los asociados de las facultades atribuidas estatutariamente.

En lo atinente a la declaración del doctor Libardo Arriaga, el fiscal asegura que sí fue tenida en cuenta y que el cargo por falso juicio de existencia carece de fundamento. Pero como la censura apuntaba a demostrar una presunta atipicidad y en segundo término una eximente de culpabilidad proveniente de un comportamiento culposo, de un error vencible que los socios debieron superar, resultan fuera de lugar las apreciaciones en torno a que, para la autoría es presupuesto que el agente actúe dolosamente.

Concluye solicitando que no prospere la demanda porque los reparos son improcedentes.

II. Consideraciones de la Sala:

1. *Demanda a nombre de Jorge Eduardo Estrada Villegas*

Comprende dos aspectos: el primero relacionado con la procedencia de la causal invocada, y el segundo con la tesis de si es o no posible que se configure el delito de peculado por uso, cuando los actos de disposición recaen sobre bienes fungibles.

a) Sobre el primer tema, la Sala observa lo siguiente: la acusación del recurrente radica en que, en su concepto, el delito cometido por su poderdante fue peculado por uso y no por apropiación.

Se trata de dos especies del mismo género delictivo, comprendidos en el Título III, Capítulo I del Código Penal, bajo la denominación de peculado. De acuerdo con el artículo 483 del C. de P.P. que rigió la actuación, en la parte resolutiva del auto de proceder sólo debía mencionar el delito con la denominación dada en el título o capítulo correspondiente, sin determinar dentro del género o especie a que pertenezca, ni señalar el artículo que se considere aplicable.

Esta norma fue correctamente utilizada por el Juez que calificó el mérito del sumario y por el Tribunal Superior al resolver el recurso de apelación. La sentencia fue dictada por el delito de peculado por apropiación, en perfecta armonía con el cargo formulado en la resolución de acusación.

¿En qué evento podría afirmarse que existió error en la denominación jurídica? Si el llamamiento a juicio se hubiera hecho por un delito distinto a peculado, por ejemplo abuso de confianza. Como el impugnante está de acuerdo en que el ilícito cometido fue peculado, tenía que descartar la causal de nulidad legal prevista en el numeral 5º del artículo 210 del anterior C. de P.P. y así lo hizo.

Tampoco podía acudir a la causal segunda, porque el problema que allí se regula es la inconsonancia entre la resolución de acusación y la sentencia, independientemente de que la calificación del mérito del sumario haya sido acertada o no.

Como ya vimos, el fundamento del cargo se reduce a que el defensor estima que el delito cometido fue peculado por uso y no por apropiación, es decir, su queja se

refiere a la adecuación típica de la conducta, admitiendo que no existe error en la denominación jurídica. En este concreto evento, como acertadamente lo señala el Ministerio Público, la causal que ha debido invocar era la primera: violación directa si la sustentación se ocupa únicamente de la apreciación de las normas, o violación indirecta si se cuestionan las pruebas, en ambos casos, para demostrar la aplicación indebida del artículo 133 del C.P., y la falta de aplicación del art. 134 *ibidem*.

En la hipótesis de que la Sala casara la sentencia, no tenía ningún inconveniente para dictar el fallo de reemplazo por peculado por uso, especie comprendida dentro de la denominación genérica por la cual se llamó a juicio, y mucho más favorable para los intereses de los procesados.

El defensor pretende que se le acepte que su diferencia de criterio con el Juzgado y el Tribunal Superior respecto a la especie delictiva señalada en el auto de proceder, constituye nulidad por violación de las formas propias del juicio, pero para ilustrar sus argumentos acude a ejemplos y jurisprudencia sobre casos totalmente diferentes al que nos ocupa. Veamos:

Empieza preguntándose, si puede sostenerse que está plenamente comprobado el cuerpo del delito, en el evento de que se llame a juicio por *prevaricato* y en la parte motiva se adecue la conducta al prevaricato por omisión, cuando la prueba indica que es por acción (conductas sustancialmente diferentes).

Luego cita una sentencia de la Corte, de marzo 11 de 1986, sobre un proceso en el que se llamó a juicio por contrabando de primer grado y se condenó por contrabando de segundo grado. En la providencia claramente dice, que el error consiste en que "no hay consonancia alguna entre los cargos formulados en el auto enjuiciatorio y la sentencia, pues a pesar de que tanto el delito que dio lugar a la formulación de cargos como aquel por el cual se condenó se amparen bajo la genérica denominación de contrabando, la descripción legal de cada una de esas conductas es completamente diversa, pues una de ellas se refiere al comportamiento formal y sustancialmente diferentes". Sin embargo, la sentencia se casó por nulidad constitucional, originada en la ausencia de precisión de los cargos formulados en el auto de proceder, constitutiva de violación de las formas propias del juicio con menoscabo del derecho de defensa, porque siendo descripciones completamente diferentes, los imputados no pudieron defenderse del cargo por el cual se les condenó.

En el caso *sub examine* no hay ningún problema de consonancia, ni de violación del derecho a la defensa, y de aceptarse la tesis del peculado por uso, no se trataría de comportamientos sustancialmente diferentes, pues el propio demandante afirma que la *conducta es la misma y la diferencia radica en el propósito de reintegrar el bien.*

A continuación cita otra decisión de esta Sala, en la cual casó parcialmente una sentencia por incongruente con la resolución de acusación (causal 2ª art. 580 del C. de P.P.), ya que se condenó a la procesada por falsedad en documento público, cuando había sido llamada a juicio por falsedad en documento privado, y sin que el cargo se hubiera modificado en la etapa probatoria de la causa, situación muy lejana a la que ahora ocupa la atención de esta Corporación, en la que como ya se explicó, la sentencia es perfectamente congruente con la acusación. El caso es tan diferente, que

la Corte casó parcialmente el fallo acusado y dictó el de reemplazo, sin acudir a la causal de nulidad, que es la que aduce el demandante;

b) La segunda parte del libelo contiene los argumentos tendientes a demostrar que el peculado cometido fue en la modalidad de uso indebido, tesis que entre otras inquietudes contiene el tema ciertamente controvertible, de los casos en que la conducta recae sobre bienes fungibles, problemática que no es necesario abordar en este momento, por cuanto aún admitiendo los planteamientos del recurrente, la Corte no podría modificar el fallo, debido a que la causal invocada fue la de nulidad y ella, como ya se vio, no procede en este caso. El principio de limitación impide que la demanda sea corregida por el fallador para cambiar la causal (salvo la tercera que puede aplicarse oficiosamente), razón suficiente para estar de acuerdo con el Ministerio Público, en el sentido de que ese aspecto no tiene el presupuesto necesario para ser examinado de fondo.

El cargo propuesto será desestimado.

2. *Demanda a nombre de Gonzalo Meza Obando*

El demandante incurre en uno de los más comunes y elementales errores que atentan contra la técnica propia del recurso de casación, como es, acusar la sentencia simultáneamente por violación directa e indirecta de la ley sustancial.

En el primer cargo aduce violación directa por falta de aplicación de los artículos 5°, 35 y 40 numeral 1° del Código Penal; y aplicación indebida de los artículos 133 y 138 *ibidem*, así como del artículo 247 del Código de Procedimiento Penal. Esta vía presupone aceptar los hechos y las pruebas tal como fueron apreciados por el fallador en la sentencia, por lo tanto el ataque se reduce a demostrar que existió error en cuanto a la existencia, la selección o la interpretación de la norma sustancial. Sobra toda referencia a disposiciones procesales.

Para el segundo cargo apela a la violación indirecta de la ley, por error de hecho debido a la apreciación errónea de la prueba documental aportada a los autos, violándose así los artículos 2°, 5°, 35 y 36 del C.P., y 247 del C. de P.P. Como fácilmente se observa, este ataque es incorrecto en sí mismo y en relación con el primero.

En sí mismo porque la formulación ha debido completarse afirmando la aplicación indebida de los artículos 133 y 138 del Código Penal, que son las normas sustanciales supuestamente violadas. En relación con el primer cargo, porque no se puede sin violar el principio de no contradicción, dentro de la misma demanda aceptar la apreciación de las pruebas y luego controvertirlas, queriendo llegar por los dos caminos a la misma conclusión. Esta falla hace inepta la demanda, porque pone a la Sala de Casación ante la alternativa de escoger entre las dos posibilidades presentadas, labor que le está vedada por el principio de limitación que rige el recurso.

El censor alega la inculpabilidad por violación directa y luego por violación indirecta, censura que aunque se apoya en errores diferentes, conduce de manera contradictoria a la presunta violación de las mismas normas sustanciales.

El Ministerio Público no advirtió la contradicción que contiene la demanda y por esa razón se ocupó de analizar los dos planteamientos, para llegar, con razón, a la conclusión de que la sentencia no se debe casar, pero bien hubiera podido evitarse el estudio de fondo, porque la irregularidad señalada es precisamente de aquéllas que lo impiden.

Sobre este punto la jurisprudencia de la Corte ha sido uniforme, por eso a título ilustrativo es oportuno recordar las siguientes providencias: febrero 26 de 1980, M.P. doctor Fabio Calderón Botero; noviembre 2 de 1982, M.P. doctor Alfonso Reyes Echandía; marzo 24 de 1983, M.P. doctor Luis Enrique Aldana Rozo; 20 de septiembre de 1985 M.P. doctor Gustavo Gómez Velásquez, 20 de octubre de 1988, M.P. doctor Jaime Giraldo Angel.

En armonía con las anteriores apreciaciones, la impugnación será desestimada.

3. *Demanda a nombre de Ernesto Obregón Torres*

El cargo único formulado es por violación directa, resultante de la aplicación indebida de los artículos 133 del Código Penal, y 4° de la Ley 78 de 1966.

El error atribuido al Tribunal consiste en haber concluido que Promover Ltda., y sus directivos eran retenedores de un impuesto de la Beneficencia y no simples sujetos pasivos de una obligación tributaria con el Estado. También estima errónea la apreciación de que el recaudo se produce en el momento de realizar cada una de las operaciones, esto es, al vender los formularios, al sellarlos, y al pagar los premios, puesto que este realmente se realiza, cuando con la intervención de un auditor especial de la Contraloría General de la República y dentro de un plazo máximo de treinta días después de realizado el concurso, ingresa el impuesto a las arcas estatales.

Para responder a las aseveraciones del censor, la Sala estima indicado lo siguiente: al tenor del artículo 1° de la Ley 78 de 1966, el sellado de formularios para apuestas, los recaudos brutos realizados con ocasión de cada concurso por concepto de apuestas y ventas de formularios en blanco, y los premios pagados, están gravados con impuestos en el monto señalado por la misma disposición.

El artículo 2° del Decreto reglamentario No. 70 de 1967, establece que dichos impuestos "serán recaudados en forma directa por las personas naturales o jurídicas que emitan formularios, al sellar cada uno de estos, al pagar los premios o al vender los formularios al público según el impuesto que se trate...". Esta labor la realizó la empresa Promover Ltda., en los diez sorteos efectuados, y no hay ninguna duda de que el impuesto se causa en el momento de hacer cada operación, tal como lo señala con absoluta claridad la ley. La ulterior intervención fiscalizadora del Auditor de la Contraloría, para efectos de constatar la entrega y distribución de esos dineros recibidos por la empresa como agente del Estado, no cambió el momento de la causación del impuesto, ni la naturaleza de la relación existe entre los dos, ni la condición de ajeno de lo recaudado.

El defensor crea un verdadero sofisma al asegurar que sólo a partir de la intervención del Auditor Especial se produce el ingreso de los dineros a las arcas del Estado "y únicamente a partir de ese instante puede decirse que los impuestos pertenecen a las beneficencias", pues una cosa es que el tributo lo reciba un agente del Estado,

momento desde el cual le pertenece y otra, que dicho agente disponga de un término y un trámite para hacerlo llegar a sus arcas, sin que por eso el dinero que custodia deje de ser del Estado, destinado en este caso a las Beneficencias. Admitir el extraño planteamiento del impugnante implicaría desnaturalizar el concepto por el cual el apostador hace el pago, la atribución otorgada por la ley al que recibe el impuesto, y la obligación de entregar esos dineros dentro del término y con las formalidades establecidas en la misma ley.

Si el dinero sólo le pertenece al Estado a partir del momento que lo recibe de su agente retenedor, tendríamos que admitir en sana lógica, que el mencionado retenedor no hace una simple entrega de los fondos propios del Estado, sino una donación, porque antes de entregarlos eran suyos. Los impuestos que pagan los apostadores son del Estado, así sean recibidos por un particular, que para el caso actúa como representante suyo por disposición de la ley.

Según el artículo 4º de la Ley 52 de 1977, "son agentes de retención o de percepción, las personas naturales o jurídicas o las entidades de derecho público que por sus funciones intervengan en actos u operaciones en los cuales deben, por expresa disposición legal, efectuar la retención o percepción del tributo correspondiente". De manera que la conclusión del Tribunal Superior es correcta en cuanto a que "la empresa de autos, tenía la calidad jurídica de retenedora, *como persona jurídica encargada, por virtualidad legal, de efectuar la retención del aludido impuesto. De donde se infiere que los conceptos de Agentes Retenedores y de Recaudadores de impuestos* se hallan íntimamente ligados. No se puede casi diferenciar cuando la función *cumplida es la de percibir el Tributo".*

La especulación del casacionista sobre la equivocada interpretación del artículo 10 de la Ley 38 de 1969, por referirse ella únicamente a retenedores de impuestos por salarios o dividendos, no tiene la trascendencia que le atribuye, porque es la Ley 78 de 1966 y su decreto reglamentario, como puede verse desde el pliego de cargos, los que hacen posible la adecuación de la conducta a los artículos 133 y 138 numeral 2 del Código Penal, de modo que no es cierto que el comportamiento del procesado no esté penalizado por la ley.

Apartándose del criterio del defensor del acriminado, esta colegiatura estima que con razón el sentenciador concluyó que la sociedad "Promover Ltda" obró como retenedora de un impuesto legalmente reglamentado, causando en cada una de las operaciones efectuadas y cuya disposición indebida de esos dineros constituyó el delito por el cual se llamó a juicio y se impuso la condena, por lo tanto el cargo formulado debe desecharse.

4. *Demanda a nombre de Alberto Peñaranda Canal*

La causal aducida es la primera (art. 580 C. de P.P. anterior), violación directa de la ley sustancial, por interpretación errónea de los artículos 1º, 2º, 3º, 133 y 138 del Código Penal.

Teniendo en cuenta que la fundamentación se orienta a demostrar que el fallador se equivocó en la adecuación típica de la conducta, y que la petición es que se dicte una sentencia absolutoria, es evidente que el cargo está mal formulado, pues la

"interpretación errónea" se presenta cuando habiendo acertado en la selección de la norma correspondiente al caso concreto, se le dio un alcance mayor o menor del que realmente tiene, pero dicha norma es de todas maneras aplicable. El sentido de la violación que ha debido invocar el censor es la *aplicación indebida* que consiste en utilizar una disposición que no corresponde al caso juzgado.

Como tantas veces lo ha reiterado la jurisprudencia, la violación directa puede obedecer a un error sobre la existencia de la ley (falta de aplicación) o a un error en la selección de la norma (aplicación indebida); o a una interpretación errónea, lo que presupone una acertada escogencia de la disposición que reclama el caso concreto. En este aspecto se equivocó el impugnante y la Corte no puede corregirle la demanda.

Otra regla propia del recurso extraordinario de casación es que cuando se acusa la sentencia por violación directa de la ley sustancial, no se pueden cuestionar las pruebas y se deben aceptar los hechos tal como fueron plasmados en el fallo recurrido, ya que esta modalidad de la causal primera procede únicamente para denunciar errores relativos a la selección de la norma aplicada o a la interpretación de su contenido. Así las cosas, emerge como ostensible el desconocimiento del defensor al respecto, pues desde la misma presentación de los hechos muestra su desacuerdo con el sentenciador. Veamos:

–El Juez de primera instancia, y luego el Tribunal Superior, llegaron a la conclusión de que existía prueba suficiente para condenar a los enjuiciados por el delito de peculado por extensión en la modalidad de apropiación. No obstante la claridad de esta situación, el libelista dice: "17) En el expediente no obra prueba alguna que revele apropiación de suma o valor por parte del condenado Alberto Peñaranda Canal, ni los demás condenados". Si esto era su opinión ha debido acudir a la violación indirecta.

–El fallo atacado da por establecido el hecho de que la junta directiva tenía como función fijar políticas, sugerir pautas y líneas de acción, presentar iniciativas y coadyuvar con el gerente al mejor manejo y orientación de la sociedad, por lo tanto no fueron ajenos al giro que tomaron los recursos dejados en el banco, los cuales destinaron a atender las campañas de publicidad que se acordaron en un millón de pesos por concurso, como consta en las actas (folios 147 y 148 cuaderno del Tribunal), el censor por el contrario, luego de acudir a los artículos 12 y 14 de la escritura de constitución de la sociedad, concluye que la única persona que tenía la disposición jurídica y material de los bienes era el gerente, por lo tanto excluye de la posibilidad de ser sujetos activos del peculado investigado a los socios, desconociendo un hecho concreto, consignado en la sentencia luego del análisis probatorio correspondiente.

–La providencia recurrida da por sentado que el impuesto se causa en el momento de verificar la apuesta y ese dinero pertenece al tesoro público, como quiera que la empresa comercial actúa en calidad de agente retenedor delegado para ese fin por la ley. Este hecho tampoco se acepta en la demanda y curiosamente, no sólo se sostiene que el dinero nunca fue de propiedad de las beneficencias, sino que era propiedad de Promover Ltda, por lo tanto no puede hablarse de "apropiación indebida" porque el bien era propio.

Como se desprende de lo anteior, antes que demostrar la existencia de un error en la apreciación jurídica de las normas aplicadas, lo que cuestiona el casacionista es el fundamento fáctico de la sentencia, ataque que no es procedente por la vía directa como equivocadamente lo hizo.

Las fallas de carácter técnico mencionadas determinan que los cargos no pueden ser abordados de fondo, aunque, como bien lo señala el Procurador Delegado, al analizar la demanda anterior necesariamente se fija un criterio que sirve de respuesta a los planteamientos de este escrito, de lo que se infiere que tampoco le asiste razón.

5. *Demanda a nombre de Iván Alberto Puyo Vasco*

a) Al amparo de la causal primera cuerpo segundo, presenta un cargo único por haber aplicado indebidamente, entre otras normas, los artículos 36 y 133, 138 y 139 del Código Penal, y por falta de aplicación del artículo 40 numeral 4° *ibidem* como consecuencia de error de hecho que llevó al sentenciador a dar por demostrado, sin estarlo, que el doctor Puyo Vasco, miembro de la Junta de Socios de la Compañía Promover Ltda., concurrió con el gerente Ernesto Obregón Torres a la apropiación dolosa de dineros recaudados como impuestos causados en favor de las distintas beneficencias del país.

Como atinadamente lo advierte el Procurador Delegado, el cargo está planteado en forma ambigua, de modo que inicialmente su desarrollo se orienta a demostrar que el doctor Iván Puyo y los restantes miembros de la Junta de Socios no tenían disponibilidad jurídica sobre los dineros que ingresaron en las oportunidades que hubo concurso, pues esta facultad estaba atribuida por la escritura de constitución al Gerente, motivo por el cual los socios no tuvieron ninguna injerencia, no concurrieron con el Gerente a gastar el valor de los impuestos recaudados.

Posteriormente hace un giro hacia la tesis de que el doctor Puyo Vasco actuó de buena fe, determinado por el convencimiento de que el tratamiento era igual al de los impuestos de renta y patrimonio, razón por la que afirma que se incurrió en falta de aplicación del numeral 4° del art. 40 del Código Penal. Como es obvio, cuando se alega la existencia de un error de tipo, debe admitirse que el sujeto realizó la conducta descrita en la ley, en nuestro caso apropiación de los impuestos, pero con la convicción errada e invencible de que no concurría alguna de las exigencias para que el hecho respondiera a esa descripción.

Es evidente que el desarrollo del cargo es contradictorio, pues inicialmente niega la participación del imputado en la ejecución material de la conducta, y luego la acepta para predicar inculpabilidad por ausencia de dolo, imprecisión que le resta posibilidad a la prosperidad de la demanda;

b) No es cierto que el sentenciador haya ignorado totalmente las cláusulas doce, trece y catorce de la escritura de constitución y parcialmente las declaraciones de Iván Obregón Sanín y Gonzalo Meza Obando. Para demostrar esto basta la lectura de la sentencia.

En cuanto al primer aspecto, en los numerales "4.5" y "4.7" de la providencia de segunda instancia, el Tribunal responde concretamente a la inquietud que presenta el recurrente; dice así: "... una es la responsabilidad civil y los efectos que en

dicho ámbito tengan las actuaciones del gerente a los eventuales actos dispositivos que ilegalmente hubiesen hecho sus socios y, otra bien distinta, es la responsabilidad penal, que no puede, en estas materias, estar supeditada a cánones comerciales o civiles". Y más adelante agrega: "... la forma misma en que se realizaron los actos investigados, así como la conducción de la entidad comercial, orientada y controlada por la junta de socios, como se indicó en el numeral 4.5 de esta providencia, hacen que los procesados no podían estar ajenos al manejo de los dineros percibidos y recaudados con motivo de los concursos realizados y, concretamente, a la destinación que se les dio para los efectos y fines ya señalados en el proceso".

La circunstancia de que la Junta Directiva le delegue al gerente la representación legal de la sociedad y la facultad para efectuar negocios y contratos lícitos sin límite de cuantía, no significa que los socios queden exentos de responsabilidad si se apropian de dineros del Estado que la entidad tenga bajo su custodia, pues en modo alguno se podría aceptar que por medio de una escritura de constitución se asignara al representante legal la exclusividad para responder penalmente por los hechos realizados conjuntamente con los socios, creando para ellos una extraña inmunidad. El *ad quem* entendió perfectamente el alcance de las cláusulas que contiene las funciones del gerente y las de la junta de socios, y de acuerdo con ese criterio las avalúa, luego el reproche del demandante no corresponde a la realidad procesal.

De igual manera, la sentencia de primera instancia se ocupó de las declaraciones de Iván Obregón y Gonzalo Meza, resumiendo su contenido y respondiendo las inquietudes contenidas en ellas, las cuales fueron formuladas también por algunos defensores. En el fallo acusado el Tribunal nuevamente las apreció y les dio respuesta, no lo que el casacionista estima que ha debido darle, pero no por ello puede afirmarse válidamente que no se les tuvo en cuenta;

c) Es verdad que la conclusión que obtuvo el sentenciador después de analizar las actas de la Junta de Socios es diferente de la que proclama el defensor, pero no es cierto que por eso se pueda asegurar que fueron mal apreciadas, pues olvida el letrado que en el Derecho es común que los sujetos procesales tengan opiniones diferentes de las del Juez, sin que ello implique que exista un error, y mucho menos el invocado en el libelo, pues como lo ha reiterado la Corte "... para que el error de hecho que se alega como motivo de casación pueda prosperar, es necesario que sea manifiesto, esto es, ostensible y de relieves tan notorios que sea advertido sin mayores esfuerzos dialécticos. No se trata simplemente de enfrentar la opinión que de la prueba tenga el juzgador con la particular del casacionista, sino de demostrar el yerro evidente y determinante del juzgador en el análisis del caudal probatorio que condujo de manera indirecta a la violación de la ley sustancial" (sent. febrero 28 de 1985. M.P. Luis Enrique Aldana).

Esta Sala no comparte la repetida afirmación del defensor, en el sentido de que "Puyo Vasco ni opinó, ni dio instrucciones, ni votó para que los impuestos debidos a las beneficencias del país dejaran de pagarse conforme a la ley", porque a la luz de las pruebas recaudadas no pasa de ser un estribillo sin respaldo en el proceso. Cómo desconocer que ante la difícil situación económica de la empresa, la junta de socios determinó las políticas a seguir, precisó los gastos que se debían hacer, y, desde luego, se apropió junto con el gerente de los impuestos pagados por los apostadores, para

atender las necesidades de la administración y la costosa campaña publicitaria. Esto es admitido por algunos de los procesados, y se infiere nítidamente del contenido de las actas; otra cosa es que el impugnante tenga un concepto diverso; pero no debe olvidar que la presunción de verdad y legalidad ampara es a la sentencia. Además, es oportuno acordar que el propio demandante termina aceptando la concurrencia de su ofendido en los hechos, para alegar un supuesto error de tipo;

d) En lo tocante a las informaciones presentadas por los gerentes de la Junta de Socios, y las comunicaciones dirigidas a las beneficencias, a la Federación de Loteros de Colombia, a la Contraloría y a la Superintendencia de Industria y Comercio, el censor dice que "fueron mal apreciados por el Tribunal *ad quem*, pues, como se sigue de su lectura, en parte alguna ameritan que el doctor Iván Puyo Vasco 'concurriera' con la gerente a la apropiación *dolosa de los dineros de la Beneficencia*". Como el error planteado es el de hecho, obliga a entender que con la expresión "fueron mal apreciados" se está refiriendo a un falso juicio de identidad, pues no cuestiona la existencia material de las pruebas. Siendo esto así, ha debido concretar la presunta tergiversación, esto es, cuál fue el alcance objetivo que les dio el fallador y que no tienen estos documentos, pues no basta hacer una afirmación general, y menos dirigir la fundamentación a una simple confrontación de criterios, que, como ya se dijo, no es objeto de casación porque el recurso no es una tercera instancia.

La falta de claridad en este típico es tan evidente, que se sale del curso que corresponde a la censura, para caer en la aseveración de que el testimonio del doctor Arriaga Copete no fue tenido en cuenta: reproche que desde el punto de vista de la técnica ha debido amparar en un falso juicio de existencia con desarrollo independiente, y que por su contenido no corresponde a la verdad procesal, porque desde el auto de proceder se fijó el alcance, al señalar que sus opiniones personales no constituyen criterio obligatorio para el juez, afirmación que fue repetida en la sentencia del juzgado en el folio 29. Otra cosa es que al decir que *"no fue tenido en cuenta"* se refiere a que *"no fue acogido"*, pretensión que de ser obligatoria acabaría con la función del Juzgador.

En cuanto a la impugnación sobre la apreciación de los diversos documentos, el Ministerio Público acertadamente anota: "Cuando el recurrente argumenta que los documentos revelan los ingentes esfuerzos de los miembros de la junta por cancelar los dineros debidos, las comunicaciones con Fedeleo y sus consideraciones acerca de la existencia del delito, desconoce en primer orden que todas estas circunstancias fueron relacionadas en tal forma en la sentencia, pero desde luego sujetos a un proceso de valoración. Siendo ello así, no podía el juzgador atribuir gran eficacia demostrativa a las manifestaciones de los socios y concretamente de Iván Puyo Vasco con relación al contrato de Fedeleo, como circunstancia desnaturalizante del dolo, ya que para cuando se produce tal requerimiento, los dineros ya habían sido objeto de apropiación (el dolo ya se había configurado), y éstas además no ofrecían el pago inmediato sino la entrega o cesión del concurso (empresa totalmente en quiebra) como pago de una suma cuantiosa, aproximadamente $22.000.000".

Sobre el documento del folio 101 dirigido a la Superintendencia de Industria y Comercio, el colaborador Fiscal exclama: "No se explica el despacho cómo se anuncia la

disponibilidad para el pago, cuando internamente ya se conocían las grandes dificultades económicas y sobre todo cuando ya se había dispuesto de los dineros del Estado".

"Los documentos visibles a los folios 105 a 111 y 115 a 123 que nos hablan de las situaciones financieras de la compañía, de la relación de cuentas por pagar y del monto de los dineros debidos por concepto de impuesto, no fueron malinterpretados por el fallador. El juez *a quo* los contempló en su estricto sentido y derivó de ellos las conclusiones que consideró apropiado."

El cargo no está llamado a prosperar.

6. *Demanda a nombre de Iván Obregón Santín*

El cargo es violación indirecta de la ley sustancial, derivada de ostensibles errores de hecho por falsos juicios de existencia y de identidad en la apreciación de diversos medios probatorios. Los errores cometidos en la sentencia llevaron al Juzgador a considerar que los miembros de la junta directiva intervinieron como autores, pero de haber valorado correctamente la prueba existente, habría concluido que no se les puede atribuir la calidad de coautores, ni de determinadores consagrados en el estatuto punitivo.

Los presuntos errores de hecho los concreta así:

a) El juzgador ignoró la existencia de la escritura pública mediante la cual se constituyó la sociedad Promover Ltda.

En el literal "b" de la respuesta a la demanda presentada por el defensor de Iván Alberto Puyo, se demostró que no es cierto que la sentencia omitiera la apreciación de la escritura de constitución de la sociedad, otra cosa es que el demandante llegue a una conclusión diferente de la del Tribunal, lo que como ya se dijo, no constituye falso juicio de existencia.

Es cierto que el particular que incurre en esta modalidad de peculado por extensión debe tener bajo su custodia la administración de los bienes de los cuales se apropia, pertenecientes a instituciones de utilidad común dedicados a la educación o a la Beneficencia o a Juntas de Acción Comunal o de Defensa Civil; y esto fue precisamente lo que ocurrió en el caso *sub examine*: la sociedad Promover Ltda, cuya administración estaba en cabeza de los cinco miembros de la Junta de Socios (artículo 12 de la escritura) tenía la facultad legal de recibir los impuestos que pagaban los apostadores del concurso para luego entregarlos a los Beneficiarios. La representación legal para efectos de realizar negocios y contratos la tenía el gerente por delegación de la Junta de Socios, pero, como es obvio, sin perder ellos los derechos consignados en la escritura, que además ejercieron durante todo el tiempo, como quedó consignado en las actas.

El gerente Luis Eduardo Arango es muy claro en la indagatoria, al señalar que al momento de su retiro dejó una reserva de veintisiete millones de pesos ($27.000.000) para la cancelación de los impuestos recaudados, y a los pocos días ya había retirado veinticinco millones ($25.000.000) que el socio fundador Alberto Peñaranda Canal dice que se destinaron al pago de servicios, salarios y publicidad; que era un gasto indispensable y prioritario. Las actas correspondientes a las sesiones en las cuales se tomaron esas decisiones son perfectamente concordantes.

El propio procesado Iván Obregón Sanín dice en su injurada que la Junta de Socios era perfectamente consciente de que parte del recaudo debía dedicarse al pago de las Beneficencias, pero que los ingresos se destinaron a cubrir los costos de funcionamiento y cuando la empresa entró en mala situación económica no se alcanzaron a cubrir los impuestos;

Como lo dice el Ministerio Público, no se trata de un problema de determinación, sino de verdadera coautoría, al gastar los impuestos cuyo recaudo y custodia les había confiado la ley como titulares de la administración de la sociedad.

El error planteado no tiene respaldo procesal, y la conclusión del censor sobre la cualificación del sujeto activo, de la cual carecerían los socios integrantes de la junta, no se le puede aceptar;

b) Que la sentencia ignoró las versiones de Iván Obregón Sanín y Gonzalo Mieza Obando.

El defensor del procesado Iván Puyo presentó la misma objeción, pero prudentemente sólo dijo que se ignoró parcialmente la consideración de dichas versiones. Como ya se demostró al dar respuesta a esa demanda, el reproche no tiene respaldo en el proceso, pues los fallos de primera (folios 8, 9 y 10), y de segunda instancia (folios 131, 132, 133 y 134) se ocuparon detenidamente de esas pruebas. En este mismo sentido se pronuncia el Ministerio Público en el concepto;

c) El juzgador les hizo producir a las actas de la junta de socios efectos probatorios que no derivan de su contexto, restringió su sentido y las analizó parcialmente. Dice que si las hubiera analizado en su genuino sentido habría concluido que no hubo determinación al gerente para que realizara un hecho concreto.

Como ya se dijo, la condena para los socios no fue en calidad de determinadores, sino de coautores. Además, el casacionista no puede pretender que el sentenciador esté obligado a aceptar sus particulares conclusiones sobre el contenido de las actas so pena de que eso constituya error de hecho. Este tipo de alegación es propio de las instancias, pero improcedente en casación, que es "un juicio técnico jurídico, de puro derecho sobre la legalidad de la sentencia (errores *in iudicando*, sobre el proceso en su totalidad o en diversos sectores del mismo (errores *in procedendo*) y excepcionalmente sobre las bases probatorias que sirvieron de sustentación para dictar la sentencia acusada. De ahí que la casación, como un juicio sobre la sentencia que es, no puede entenderse como una instancia adicional ni como potestad ilimitada para revisar el proceso en su totalidad, en sus diversos aspectos fácticos y normativos, sino como una fase extraordinaria, limitada y excepcional del mismo" (sentencia marzo 3 de 1975).

De otra parte, "el error de hecho en la apreciación de los elementos de juicio, como causal de casación, ha de ser manifiesto y no puede por tanto deducirse 'de elaborados, complejos o sutiles análisis de orden probatorio, sino de una antinomia nítida y categórica entre la verdad deslumbrante del proceso y la visión absurda del fallador', como lo expresó esta Sala en la sentencia que rememora el colaborador Fiscal en su vista" (Sentencia febrero 11 de 1974).

Sobre esta acusación del demandante, el Procurador Delegado hace un interesante análisis que la Sala acoge sin que sea necesario transcribirlo en su totalidad, y el cual

concluye así: "En consecuencia, válidamente podía servirse el fallador de este medio de prueba (documentos), en la forma como lo hizo y estructurar a partir de éste un juicio, en torno a la participación de los socios en el hecho delictivo. Adoptar este punto de vista no implica en manera alguna distorsionar en su sentido fáctico los documentos, como quiera que éstos vienen en la práctica a materializar el ejercicio por parte de los asociados de las facultades establecidas estatutariamente";

d) La censura por haber ignorado el testimonio del doctor Libardo Arriaga Copete fue respondida al tratar sobre la demanda del doctor Pinyo Vasco, y allí se demostró que fue tenida en cuenta, para ello basta observar las páginas 13 y 29 de la sentencia de primera instancia. El fallador tiene razón al manifestar que ese concepto no es obligatorio, pues ciertamente el declarante expuso su punto de vista de manera errónea y suficientes argumentos se aducen en la providencia para no estar de acuerdo con él.

El defensor incurre en la contradicción ya advertida en la anterior demanda, de apoyarse en esta supuesta omisión para inferir ausencia de dolo por error, posición que se aleja del planteamiento inicial, porque implica admitir la autoría, poniendo en evidencia la inconsistencia del ataque. En esta demanda es una argumentación que queda en el aire, pues ni siquiera precisó la clase de error, ni se refirió al artículo 40 del Código Penal.

Ni el punto de partida del reproche corresponde a la verdad, ni su desarrollo es lógico teniendo en cuenta lo alegado en los otros puntos;

e) Desvirtuados los presuntos errores de hecho propuestos por el demandante, las consideraciones adicionales quedan sin el respaldo necesario para trascender o quebrar la legalidad del fallo. Además no constituyen la demostración de que las pruebas restantes a las impugnadas no son suficientes para mantener la decisión, sino se quedan en comentarios sobre la hipótesis de que la autoría imputada fuera por omisión impropia, desarrollo diferente de la enunciada en el extracto de sentencia que cita al iniciar el tema.

Las razones anotadas en precedencia permiten a la Sala concluir que los cargos formulados en las seis demandas se deben desestimar, conservando la sentencia impugnada su integridad.

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.

Dídimo Páez Velandia, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, (salvamento de voto), *Edgar Saavedra Rojas, Jorge Enrique Valencia M., Carlos Ujpegui Zapata,* Conjuez (salvamento de voto).

Rafael Cortés Garnica
Secretario

* * *

PECULADO (SALVAMENTO DE VOTO)

Por la tardanza o falta de consignación oportuna de las sumas retenidas, no se puede aplicar sanciones penales a retenedores de impuestos diferentes al de renta y complementarios.

SALVAMENTO DE VOTO

Esta salvedad de voto consta de dos partes:

a) La que afronta el punto tributario, debatido en este proceso, con sus necesarios correlatos sobre los aspectos de la recaudación y retención de impuestos, los obligados a ellos, las instituciones de utilidad común con fines específicos de beneficencia y las de derecho público conocidas comúnmente como beneficencias departamentales, encargadas del manejo de las loterías ídem y de otras fuentes o recursos, y

b) Otros temas afines, que confluyen a determinar, por parte de los miembros de la junta directiva "Promover Ltda.", la atipicidad de su comportamiento.

A. El punto es de tanta trascendencia que no vacilamos en señalar la aplicación de preceptos legales que no entraban en juego y a los cuales se les concedió un contenido y alcance que permitieron impartir una sentencia de condena que no tenía ese soporte legal:

En el caso estudiado, es importante conocer si la Ley 78 de 1966 grava directamente a la empresa que opera los concursos objeto de tributos, o si, por el contrario, establece una modalidad de retención de impuestos, y si esa retención está regida por las disposiciones de la Ley 38 de 1969. Igualmente, si el producto de los gravámenes de la citada Ley 78 de 1966, que no haya sido entregado oportunamente a las beneficencias, es un bien perteneciente a instituciones de utilidad común, para los efectos del inciso segundo del artículo 138 del Código Penal, y si la conducta de los procesados, gerente y miembros activos de la junta de socios, es atípica, o si corresponden a las descritas en los artículos 133 a 137 del mismo estatuto.

La Ley 76 de 1966, al establecer impuestos a los concursos hípicos, deportivos y similares, grava a la empresa que los realiza y no a la comunidad de apostadores que participa en ellos. Cuando una empresa organiza y efectúa uno de estos eventos, contrae directamente la obligación de pagar esos impuestos, dentro de términos apremiantes fijados por la misma ley y por su Decreto Reglamentario 70 de 1966. No

son los apostadores los directamente gravados, aunque de las apuestas que hacen provienen los recursos para que la empresa efectúe el pago. No tienen ellos la calidad de sujetos pasivos de los tributos que sí tiene la empresa. El hecho de apostar no los convierte en sujetos pasivos de los gravámenes. La empresa, en ningún momento, recauda o retiene tributos pues ellos jamás los llegan a deber. Algo parecido ocurre con el impuesto sobre las ventas, en donde el consumidor que finalmente lo paga no es sujeto pasivo del mismo, calidad que sí recae en la persona que realiza la operación gravada, a pesar de que sea otra la impresión que resulta del hecho de figurar liquidado el IVA en la correspondiente factura de venta.

Esta Ley que establece "... disposiciones sobre gravámenes a los concursos hípicos, deportivos y similares", grava cada formulario sellado o utilizado en apuestas de tal naturaleza, con un impuesto de un peso con cincuenta centavos; establece otro impuesto "... equivalente al veinte por ciento (20%) de los recaudos brutos realizados con ocasión de cada concurso por concepto de apuestas y por venta de formularios en blanco" y sobre cada uno de los premios pagados establece un impuesto más, que debe liquidarse de acuerdo con tarifa que para tal efecto señala. Y en el caso de que no sea cobrado el valor de los premios, en la debida oportunidad, ordena que debe ser entregado ese valor a la entidad de Beneficencia del territorio en donde hubieren sido sellados los respectivos formularios ganadores, lo que viene a constituir un nuevo gravamen. ¿Quién debe cubrir el valor de esos premios incobrados y de los impuestos? La empresa responsable de los concursos gravados o los apostadores que participan en ellos en procura de los premios? A nuestro entender, esas son obligaciones de la empresa, por ser ella operadora de los concursos gravados. De ahí que el Estado pueda liquidar y hacer exigible el valor de los impuestos en cabeza de la empresa, siempre que llegue a comprobar la realización de ventas y/o sellamiento de formularios, y ella no puede exonerarse de esta responsabilidad con la demostración de que no los ha cobrado. Es que de la Ley surge una obligación tributaria que vincula directamente a la empresa con el Estado, cada vez que se pone en funcionamiento un concurso de la naturaleza mencionada, y se obtengan ingresos por apuestas y venta de formularios, en la que el Estado es acreedor y la empresa, deudora.

Los impuestos creados por la Ley 78 de 1966 no caen dentro de la esfera de competencia de la Dirección General de Impuestos Nacionales. No son ellos impuestos de la Nación, pues, hacen parte de las rentas de los Departamentos, las Intendencias, las Comisarías y el Distrito Especial de Bogotá. Así se desprende del artículo 2º de dicha ley, reproducido textualmente por el artículo 169 del nuevo Código de Régimen Departamental (Decreto 1222 de 1986).

La Ley 39 de 1969, que se refiere exclusivamente a impuestos de la esfera de competencia de la Dirección de Impuestos Nacionales, no modifica, reforma, ni adiciona disposición alguna de la Ley 78 de 1966, sobre gravámenes a los concursos hípicos, deportivos y similares, así se tenga el criterio, que no compartimos, de que ella contempla una modalidad de retención de impuestos y que la empresa que opera los concursos gravados, tiene la calidad de agente de retención o de percepción, en los términos del artículo 4º de la Ley 52 de 1977.

Con anterioridad a la expedición de la Ley 78 de 1966, el Legislador no había adoptado el sistema de retención en la fuente, lo que hizo tiempo después, al dar

aprobación a la Ley 38 de 1969, que en su artículo 1º dispone: "Las personas naturales o jurídicas, las sociedades de hecho, las comunidades organizadas y las sucesiones ilíquidas que efectúen pagos o abonos en cuenta, en dinero o en especie, por concepto de salarios o dividendos, estarán obligadas a deducir y retener en dinero, a título de impuestos sobre renta y complementarios los porcentajes de dichos pagos o abonos que se señalen de acuerdo con el artículo siguiente".

Sólo a partir de esta Ley, que constituye verdadero avance en el proceso de modernización de las instituciones tributarias del país, se regula el aspecto de responsabilidades y obligaciones de los retenedores, pero –se repite– *exclusivamente en relación con el pago de salarios o dividendos*. En efecto, ordena en su artículo 4º: "Las personas o entidades obligadas a hacer la retención de que tratan los artículos anteriores deberán consignar el valor retenido en la respectiva Administración o Recaudación de Impuestos Nacionales o en los bancos autorizados, dentro de los primeros quince (15) días calendario del mes siguiente a aquel en que se haya hecho el correspondiente pago o abono en cuenta". Por su parte, el artículo 4º de la Ley 52 de 1977, "por la cual se dictan disposiciones para la aplicación de las normas sustanciales tributarias de competencia de la Dirección de Impuestos Nacionales..." precisa que: "... son agentes de retención o de percepción, las personas naturales o jurídicas o las entidades de derecho público que por sus funciones intervengan en actos u operaciones en los cuales deben, por expresa disposición legal, efectuar la retención o percepción del tributo correspondiente".

Por primera vez, el legislador contempla sanciones de naturaleza penal para los casos en que no se consignen las sumas retenidas, *pero únicamente por salarios y dividendos, a título, se repite, del impuesto sobre la renta y complementarios. No las extiende a otras retenciones de competencia de la Dirección de Impuestos Nacionales, y menos aún, a los impuestos de la Ley 78 de 1966, que escapan al control y manejo de esta entidad*. En efecto, el artículo 10 de la Ley 38 de 1966 dispone: "Los retenedores que no consignen las sumas retenidas dentro del plazo establecido en el artículo 4º de esta Ley, quedan sometidos a las mismas sanciones previstas en la Ley penal para los empleados públicos que incurran en apropiación indebida de fondos del Tesoro Público". En su último inciso esta misma norma estatuye: "Tratándose de sociedades u otras entidades, quedan sometidas a esas mismas sanciones las personas naturales encargadas en cada entidad del cumplimiento de las obligaciones que se establecen en esta Ley. Para tal efecto, las empresas deberán informar a la respectiva Administración o Recaudación, la identidad de la persona que tiene la autonomía suficiente para realizar tal encargo. De no hacerlo las sanciones recaen sobre el representante legal de la entidad. En la información debe constar la aceptación del empleado señalado".

Esta disposición, *restrictiva por su carácter penal, es terminante cuando señala sanciones penales para el representante legal de la sociedad o entidad responsable del incumplimiento de la obligación de consignar el valor de las retenciones efectuadas*, por los conceptos de que se viene hablando. El representante legal sólo queda exonerado de tales sanciones cuando pueda probar la identidad de la persona que haya aceptado, con anterioridad, el encargo de dar cumplimiento a los compromisos tributarios en referencia. Unicamente el Gerente, o en su defecto el empleado acreditado, son las únicas personas sujetas a las sanciones del inciso copiado. No

puede extenderse por analogía el alcance de la Ley para sancionar a otras personas, diferentes, con el argumento de que son responsables de la tardanza o falta de la consignación de las sumas retenidas por concepto de los impuestos ya mencionados.

La consideración sobre si la empresa es sujeto pasivo de los impuestos creados por la Ley 78 de 1966, o si es agente del Estado para retener y recaudar esos impuestos, es totalmente académica, para el caso que nos ocupa, en donde se trata de definir responsabilidad penal por el incumplimiento de la obligación de consignar oportunamente el producto de los impuestos, porque, en uno u otro caso, no es procedente, a nuestro entender, dar aplicación al artículo 10 de la Ley 38 de 1969, que exclusivamente consagra sanciones penales para los retenedores que no consignen las sumas retenidas por concepto de salarios o dividendos, a título de impuesto sobre la renta y complementarios.

Si no es posible, con fundamento en la tantas veces citada Ley 38 de 1969, hacer retenciones por conceptos distintos a salarios o dividendos, con mayor razón no se puede aplicar sanciones penales a retenedores de impuestos diferentes al de renta y complementarios, por la tardanza o falta de consignación oportuna de las sumas retenidas por otros conceptos. Ocurre, entonces, que el incumplimiento de todas las obligaciones tributarias no implican las sanciones previstas en la citada norma. En una palabra, hay casos, en que no proceden esas sanciones penales, pues, el legislador ha previsto, tratamiento diferente, como la acción de cobro con intereses de mora incluidos, por ejemplo. En el caso de que la situación de mora se presente en un concurso gravado por la Ley 78, procede además la suspensión *ipso facto* del permiso de funcionamiento de la empresa. Es de suponer que a medida que haya mayor intervención o participación de los particulares en la recaudación y manejo de recursos del Estado, será necesaria la adopción de sanciones penales similares a las que estamos mencionando. Ya eso ha ocurrido con la expedición de normas para otros casos, que no es indispensable ahora relacionar. Pero mientras el legislador no lo haga, habrá incumplimientos de obligaciones tributarias exonerados de sanción penal.

En el caso que nos ocupa, por lo anteriormente expresado, consideramos a "Promover Ltda." como sujeto pasivo de los impuestos correspondientes al concurso Supergol. Pero, si ésta no fuere su condición y se le mira con funciones de agente recaudador o retenedor, responsable de incumplimiento de la obligación de consignar oportunamente la totalidad de los dineros retenidos, estimamos que no procede la imposición de las sanciones penales previstas en el artículo 10 de la Ley 38 de 1969, porque esta disposición sólo se refiere a los casos de retención en la fuente, por concepto de salarios o dividendos a título de impuestos sobre la renta y complementarios.

Ahora bien, si se tiene el criterio de que el artículo 10 de la Ley 38 de 1969 sí es aplicable al incumplimiento de la obligación de consignar las sumas retenidas por concepto de los impuestos de la Ley 78 de 1966, la responsabilidad hay que radicarla única y exclusivamente sobre el gerente que se abstuvo de hacer o disponer oportunamente la consignación de las sumas supuestamente retenidas, responsabilidad de la cual sólo es posible relevarlo, si aparece acreditada la identidad de un funcionario de

la empresa con autoridad y autonomía suficiente para haber realizado los respectivos pagos, lo que realmente no se hizo.

De tener relación la Ley 38 de 1969 con la 78 de 1966, lo primero que habría que hacer sería resolver el conflicto que surge con las disposiciones que tratan sobre los plazos para cubrir los impuestos, pues, mientras la Ley 38 exige que se efectúen dentro de los quince (15) días calendario del mes siguiente a aquél en que se haya hecho el correspondiente pago o abono en cuenta (artículo 4°), la Ley 78 requiere que los pagos se realicen dentro de los treinta (30) días siguientes a la realización de cada concurso (artículo 4°), salvo que esta última norma establece un prerrequisito, consistente en la intervención de Auditor especial designado por la Contraloría General de la República. Y no se debe olvidar que este aspecto de los plazos es esencial porque la sanción penal está prevista para los casos en que no se consiguen oportunamente las sumas retenidas por concepto de los impuestos atrás mencionados.

De otra parte, era necesario determinar las fechas precisas en las que se incurrió en incumplimiento penalmente sancionable, para determinar la responsabilidad de las personas que desempeñaron la gerencia de la empresa "Promover Ltda.", durante el período en que ella operó el concurso Supergol, si es que hay lugar a ella.

Si se invoca el artículo 10 de la Ley 38 de 1969, en el caso de "Promover Ltda.", no habría lugar a establecer responsabilidad para los miembros actuantes de la junta de socios, porque esa responsabilidad para los miembros actuantes de la junta de socios, sólo la fija la Ley en el representante legal o en la persona acreditada para hacer sus veces frente a la autoridad tributaria, con poder suficiente para cumplir los compromisos fiscales. La responsabilidad del gerente se funda también en las funciones, obligaciones y deberes que se le atribuyen en la Escritura Pública de constitución de la compañía.

La conducta de los procesados que participaron en las reuniones de la junta de socios, si es que se considera que hubo retención de impuestos, sería a lo sumo de naturaleza culposa, ya que sería su caso el de haber tolerado o impulsado la marcha de los negocios sociales sin darle prioridad al pago de los impuestos, confiados en que la empresa era económicamente viable y que en el futuro podría cumplir satisfactoriamente tanto con las obligaciones tributarias como con las adquiridas con terceros, si empleaba la totalidad de los recursos disponibles y todos sus esfuerzos a ejecutar estrategias y programas empresariales, con utilización de la publicidad entre ellos, con el criterio de que tal decisión haría posible despertar interés en el público apostador para lograr su vinculación a los concursos periódicos, incrementando razonablemente el volumen de los ingresos. Por motivos y circunstancias desfavorables que sobrevinieron y frustraron las metas trazadas, la empresa no tuvo éxito, incurrió en insolvencia al extremo de incumplir con las obligaciones provenientes de la Ley 78 de 1966, lo que ha dado lugar a la imposición de sanciones penales a los procesados. La liquidez que la empresa ofrecía al momento de operarse el relevo en la gerencia, retiro del doctor Luis Eduardo Arango Vásquez e ingreso del doctor Ernesto Obregón Torres, que bien habría sido suficiente para efectuar el pago de la totalidad de los impuestos, no es fundamento para configurar peculado por apropiación a los procesados, en su condición de miembros actuantes de la junta directiva.

Es común, en las primeras etapas de funcionamiento de las empresas, que ellas registren pérdidas que luego se espera enjugar con utilidades de ejercicios posteriores. Esas pérdidas es frecuente que incluyan obligaciones fiscales. Este es el caso de la empresa "Promover Ltda." Si esta empresa no fue viable no puede hablarse de que existe ilicitud en un empeño que lleva a que se pierda el trabajo y el capital de los socios por quedar insoluta una obligación tributaria.

Ahora bien, como la sentencia condenatoria no sólo se ha fundado en el artículo 10 de la Ley 38 de 1969, sino en el artículo 138 del Código Penal, es necesario examinar si la conducta de los procesados, gerente y miembros activos de la junta de socios, es atípica, o si corresponde a las descritas en los artículos 133 a 137 del mismo estatuto.

El artículo 138 citado, preceptúa lo siguiente: "Peculado por extensión. También incurrirá en las penas previstas en los artículos anteriores, el particular que realice cualquiera de las conductas en ellos descritas sobre:

1 .....

2. Bienes que recaude, administre o tenga bajo su custodia, pertenecientes a instituciones de utilidad común dedicadas a la educación o a la beneficencia o a la junta de acción comunal o de defensa civil".

"Promover Ltda." La empresa no manejó en momento alguno, bienes pertenecientes a instituciones de utilidad común dedicadas a la educación o a la beneficencia a o a juntas de acción comunal o de defensa civil. Nunca los recaudó o administró y menos aun, jamás los tuvo bajo su custodia. Por sustracción de materia no podía realizar ninguna de las conductas descritas en los artículos 133 a 137 del Código Penal, por inexistencia de bienes pertenecientes a dichas entidades, que pudieran estar en su poder. Es evidente que la obligación de la empresa era la de hacer entrega del valor de los impuestos a las Beneficencias de las Secciones Territoriales que se han mencionado. Pues bien, el artículo 169 del Decreto 1222 de 1986 (Código de Régimen Departamental), en otro aparte citado trata de los impuestos sobre eventos hípicos, deportivos y similares como rentas departamentales (Título VI de los bienes y rentas departamentales). Obvio, que también son rentas de las comisarías, las intendencias y el Distrito Especial de Bogotá.

Las entidades acreedoras se sabe cuáles y cuántas son. Ninguna de ellas puede catalogarse como instituciones de utilidad común, conformada por la iniciativa privada. Son establecimientos públicos de creación legal, que figuran en la contabilidad de "Promover" como acreedores, por eso algunas de ellas hicieron valer sus derechos en el proceso y se constituyeron en parte civil. Por el contrario, "Promover Ltda." no figura, como entidad deudora, en la contabilidad de ninguna institución de utilidad común, ni éstas aparecen como acreedoras en la contabilidad de dicha empresa.

Unicamente cuando las Beneficencias reciban el producto de los impuestos y, a su vez los entreguen conforme a programas del Ministerio de Salud Pública, podrá hablarse de bienes pertenecientes a estas entidades.

Dichas instituciones, como personas jurídicas privadas que son, están sujetas a las reglas del derecho privado y no están adscritas ni vinculadas a la administración" (artículo 5° del Decreto-ley 3130 de 1968).

Una cosa es que la ley ordena a la empresa "Promover Ltda." entregar la totalidad de los impuestos previstos en la Ley 78 de 1966, a las beneficencias de los departamentos, intendencias, comisarías y Distrito Especial de Bogotá, en proporción a los recaudos efectuados en cada una de las Secciones Territoriales, con destino exclusivo "... a construcción, dotación, sostenimiento y reparación, de instituciones asistenciales y hospitalarias sin ánimo de lucro..." y otra cosa muy distinta, es que se considere que tal empresa haya recaudado, administrato o tenido bajo su custodia bienes pertenecientes a instituciones asistenciales y hospitalarias sin ánimo de lucro, pues, no parece que la sola destinación final de los impuestos que hace la ley, o el señalamiento de un gasto a cargo de las beneficencias o de las entidades regionales atrás mencionadas, por sí sola haya trasladado *ipso jure* el valor de los impuestos, del patrimonio de "Promover Ltda." a una serie de instituciones y entidades completamente desconocidas, al extremo de configurar el presupuesto del artículo 138 del Código Penal, y estar, en consecuencia, ante bienes de dichas entidades, susceptibles de las conductas descritas en los artículos 133 a 137 de este mismo estatuto. Es que ni siquiera es posible causar en la contabilidad de esta empresa las cuotas que puedan llegar a pertenecer a las instituciones asistenciales y hospitalarias sin ánimo de lucro, cuyos programas deben ser ayudados con dichos recursos, para efectos de contabilizar primero las cuotas que a ellas les corresponde en tales impuestos, y pagar después a través de interpuestas entidades.

Conforme a las precisiones que hemos hecho no encontramos que la conducta de los procesados, encuadre dentro de lo previsto por el legislador en el Código Penal, Libro 2°, Título III, Capítulo Primero, denominado genéricamente delitos contra la administración pública, concretamente del Peculado por Apropiación de acuerdo con el artículo 133, que comprende a particulares, en los términos del numeral 2° del artículo 138 del mismo estatuto penal.

Queremos concluir expresando que nuestro disentimiento, ante todo, obedece a que consideramos que los artículos 10 de la Ley 38 de 1969 y 138 del Código Penal, no son aplicables en el caso de la firma empresa "Promover Ltda." y que por consiguiente los procesados han debido quedar exonerados de las sanciones penales que les fueron aplicadas.

B. Por descontado se da, por compartir integralmente la apreciación, que los dineros del Estado, cuando intervienen particulares en su recaudo o retención, merecen especial salvaguardia para que no se conserven más allá del tiempo necesario, no se distraigan en otros fines, no sean objeto de apropiación dolosa o culposa. A esto, obviamente, debe propenderse mediante eficaces instrumentos, uno de ellos, el de más dolorosa trascendencia, el tratamiento penal. Y hoy más que nunca ésta es la tesis prevaleciente y a la cual debe contribuirse en forma categórica, porque cada vez más se acentúa la tendencia de dejar en manos de particulares esta trascendente labor.

Pero lo anterior no es principio que lleve a no meditar concienzudamente en las modalidades de los hechos para advertir si un determinado comportamiento, en esta

esfera, se puede acreditar como hecho delictuoso y si el mismo puede responder, en caso afirmativo, a una modalidad de intención o a un fenómeno de culpa.

En el caso estudiado, en lo que corresponde a los miembros de la Junta Directiva de la firma "Promover Ltda.", que se hizo cargo del concurso "Supergol", estimamos que dejaron de observarse aspectos fundamentales, de tanta esencia, que conducían, en su valoración completa y acertada, a casar el fallo bien para absolver, bien para modificar la entidad delictiva.

En este orden de ideas es dable señalar, como nociones generales y subsidiarias que no se destacaron en forma debida, las características de un modo de obrar de uno de los procesados (el gerente Ernesto Obregón Torres) o uno de los que debieron serlo (Arango Vásquez, otro de los gerentes), o se evaluó simplemente una apariencia de bonanza económica de la empresa (que nunca se dio) que permitía con absoluta y sobrada solvencia cancelar todos los impuestos en suma considerable (varios millones de pesos: tres, cuatro, nueve, diez y nueve), o se predicó de alguien una situación que debía contar para otro, o no se advirtieron atendibles circunstancias que llevaban a pensar, fundada y racionalmente, que no existió el ánimo de la apropiación, o desviación de caudales, ni se pensó, mediante tretas, de negar, dificultar o desconocer el derecho del Estado a esas sumas de dinero, o que, en fin, no podría atribuir a todos la misma intencionalidad en el acto o serie de estos objeto de merecido reproche.

Como se observa, son variadas las hipótesis dignas de comentario y que, en un análisis integral, debieron llevar a serias modificaciones del fallo impugnado, empezando por desvirtuar la especie que lejos de ser justa con el comportamiento de los inculpados (así resultaran todos ellos dentro de esta órbita de punibilidad) y de aportar luces sobre los hechos, se mostraba ajena a estas caracterizaciones, pues o bien prevenían el ánimo del juzgador, o bien estimulaban un rigor sancionatorio. La observación se circunscribe a que estos incriminados no pueden calificarse como "delincuentes de cuello blanco", calificativo que, por sus necesarias connotaciones, se reserva para casos bien diferentes a los que este proceso contiene, en donde sus autores, por sus antecedentes o por el hecho juzgado, estuvieron bien lejos de tan ominoso comportamiento.

No es ésta la oportunidad de ahondar exhaustivamente en todos los temas que el asunto suscitó o debió suscitar. En su debida ocasión se indicaron las razones para dudar de la responsabilidad determinada en el fallo de condena. No se acogieron por la Sala, cuya mayoría encontró más acierto y meritorias las tesis contrarias. Estas, no está por demás señalar, merecen respeto pero no fueron suficientes para atraer nuestro voto.

Por eso la enunciación de estos puntos, en esta salvedad de voto, será breve y apenas se indicarán sus principales contornos, suficientes para enunciar la trascendencia del asunto, el alcance de su planteamiento y, en fin, para determinar una serie de conclusiones distintas a los que a la postre se plasmaron en el fallo.

1. Para la fecha de los hechos, el sistema de recaudación o retención de impuestos por parte de particulares, no presentaba el vasto campo que ahora cubre esta forma de recepción de gravámenes, ni se contaba con una legislación que

enfatizara lo que ahora resulta claro, ni la doctrina ni la jurisprudencia exhibían una nítida y conocida orientación plena de definidos conceptos. De ahí que en el expediente figuren apreciaciones, especialmente de personas conocedoras del asunto y que llegaron a intervenir en la modulación de esa cambiante legislación tributaria (v.gr. la doctora Alba Lucía Orozco de Triana) que dubitan la condición de retenedores de impuestos por parte de los procesados, o que asumieran un papel de recaudadores, en el sentido que la legislación penal otorga. También personas igualmente conocedoras del asunto y por la época vinculadas a esta actividad de carácter Oficial (doctor Libardo Arriaga Copete, Jefe de la División de Examen de Cuentas de la Contraloría General de la República), evaluaban la cuestión en similar sentido, descartando este cometido criminal y estableciendo un compromiso de índole civil, aspecto que refrendaba algunas voces autorizadas por su versación en temas penales, tributarias y comerciales, y que llevaban a los miembros de la junta a una interpretación muy distinta de la cuestión, desalojando el asunto del ámbito criminoso.

2. Tampoco puede perderse de vista que, los organismos oficiales que debían determinar el monto de los gravámenes, no actuaban en este sentido y los que apremiaron lo hicieron tardíamente y propiamente ni cumplieron las severas admoniciones que presentaron, ni tenían aquel papel de tasadores de las contribuciones que debían llegar a las respectivas loterías. A estas alturas de la conducta de la investigación y de los fallos, perdura esta nebulosidad y esta desidia, a pesar de estar depositados los valores generales correspondientes, según estimativo de los afectados con este proceso y que formaron parte de la mencionada sociedad "Promover Ltda.".

3. En este asunto, si se acepta el fenómeno de la recaudación, retención y consiguiente pago de los impuestos, la acción primera, primordial y directamente exigible y realizable se da en el representante legal de la sociedad, o sea, su gerente. Si el señor Eduardo Arango Vásquez, que lo fue hasta el mes de mayo de 1981, tenía por estatutos y normas legales este compromiso, y existía abundancia de recursos, solvencia económica de la empresa (dígase unos $22.000.000.00) ¿por qué no cubrió de inmediato estos impuestos que ascendían a unos tres, cuatro o nueve millones? ¿Necesitaba autorización de la junta? ¿Se le llegó a negar ésta? ¿Le señaló la misma una actuación diferente, de modo específico, contraria a sus conocidas obligaciones? Nada de esto se puede cargar a los integrantes de la Junta. No se logra comprender porqué para cubrir salarios, arrendamientos, confección de talonarios, etc., ese Gerente, ni consultaba a la junta directiva, ni demoraba su cubrimiento, ni ésta le contrariaba o le fijaba una distinta orientación; pero, si se desarrolla la cuestión de manera diversa cuando se trata de los impuestos causados y debidos. Si el señor Arango Vásquez, o el señor Ernesto Obregón hubieran cumplido con esta insalvable obligación, otra hubiera sido la suerte de los miembros de la junta directiva, o éstos se habrían visto obligados a comprometerse en forma nítida, o a aportar soluciones de diferente especie, o la empresa habría cesado su actividad en tiempo adecuado. Pero se dejaron correr las cosas por quienes sí pudieron tener, partiendo de esta concepción, un compromiso claro, categórico, incontrovertible, para trasladarlo a personas que por haber conocido la situación en forma distorsionada o tardíamente y tratado de solventar la cuestión por distinto camino (venta, cesión del concurso) vinieron a cargar con una responsabilidad que no debió darse, o que debió tener otro acento penal.

4. La Mayoría de la Sala se ha mostrado muy impresionada porque para el mes de mayo/81, existía una crecida suma de dinero (unos veintidós millones de pesos), dejada por Arango Vásquez, que permitía cubrir los impuestos, pero si esto era así porqué Arango Vásquez no los canceló de inmediato y ¿porqué rindió un estudio tan deprimente de la empresa que venía gerenciando que le lleva, para extractar sólo unos aspectos, a renunciar, a vender sus acciones y a informar que el capital ($10.000.000.00) está totalmente agotado?

5. Los miembros de la Junta no tuvieron un conocimiento oportuno, exacto e ineludible del punto. Es más, no siempre actuaron constantemente en este rol, ni tuvieron iguales posibilidades de entender las cosas a derechas, según sus propias experiencias, pues por el contrario, ya sobre hechos cumplidos, fueron informados, por especialistas en la materia, que sólo se daba una obligación tributaria, sin repercusiones de carácter penal. Conviene repetir que, con la decisión adoptada, se ha sancionado el conocimiento tardío de eventos que debió asumir, por voluntad y compromiso propio, otra persona, valga repetirlo, el respectivo gerente, representante legal de la sociedad. Ese conocimiento tardío, se computa como oportuno enteramiento y como disposición abusiva de dineros que, en el mejor de los casos, figuraban supuestamente o como manejo contable de los mismos, pero no como realidad monetaria. Y conocer los hechos cuando ya éstos se han consumado, no equivale a haberlos causado; y menos puede deducirse un comportamiento delictuoso en quien, por ejemplo el señor Iván Alberto Puyo Vasco, partiendo de esta extemporánea y retardada noticia trata de evitar mayores males, o de arbitrar soluciones. Las Actas No. 5 (julio 28/81) y No. 7 (septiembre 1/81, especialmente la primera, se toman en el fallo impugnado y en la sentencia adversa al recurso de casación, como los documentos pilares para establecer la responsabilidad. Pues bien, apreciadas éstas en su verdadero y exacto contenido, constituyen elementos que apoyan la absolución.

Hasta el mes de mayo estuvo actuando como gerente el señor Arango Vásquez (Acta No. 3, mayo 19) se sobreentiende que dejó en bancos la suma de $22.639.936.34, porque así se dice en Acta No. 5 (julio 28). De haber sido esto cierto, conviene reiterarlo, con tal bonanza, pues no se entiende cómo todavía sigue pendiente el pago de impuestos. En este documento, se dice que por impuestos se adeudaban $19.037.900.00, que no pudieron cansarse en los cuatro u ocho últimos concursos. También se indica en esta Acta, en la cual no se mencionan todas las deudas, que por publicidad y otros conceptos se deben $6.898.690.00. Todo lleva a pensar que lo tomado por la Sala como que, hasta mayo, estaba depositado el dinero de los impuestos, que había absoluta y sobrada solvencia, carecía de realidad y apenas constituía o una engañosa apariencia o un fenómeno contable interpretado en forma distinta por los juzgadores.

Pero debe advertirse que así se tomara, en gracia de discusión, esta apariencia como realidad, se tendría esta situación; para el mes de julio (Acta No. 5), existen en bancos unos veintidós millones de pesos, y se deben, por concepto de impuestos, unos 19.000.000.00. La Sala, sobre esta consideración, entiende que hasta este momento no se ha cometido delito alguno, puesto que el dinero está contante y sonante. Por ello la actuación del gerente Arango Vásquez, pese a que no realizó los

pagos de impuestos contando con sumas tan sobrada para hacerlo, no le mereció reproche alguno y no se le vinculó como procesado. Y, que en contado y brevísimo término, tanto que ya en la reunión de agosto 13/81 (Acta No. 6), ya se aludirá a un déficit de 23.000.000.00, se consuma el delito.

En esa sesión de julio 28 (Acta No. 5), y la cuestión destaca el imperfecto conocimiento de los socios en cuanto a la situación de la empresa, el doctor Puyo Vasco deja una constancia que dice en sus puntos:

"a) Su inconformidad con la poca frecuencia de reuniones de la Junta;

b) Su inconformidad con la falta de balances oficiales, que reflejen el *estado real* de la empresa en el momento de la reunión" y su protesta por la forma (mayores gastos) como se maneja la publicidad, agregándose, por parte del gerente y en confirmación suasoria de la angustia del Dr. Puyo Vasco que "a partir del 1º de agosto se contrató un contador experimentado que ponga al día la contabilidad atrasada por falta de organización y personal capacitado".

Para la siguiente reunión (Acta No. 6, agosto 13), la decisión de importancia de la Junta, se reduce a prescindir de un juego (el de los miércoles) para sólo dejar el del domingo. Ya en la sesión de septiembre 1/81 (Acta No. 7), se informa de un déficit de $23.000.000.00 y que se han cancelado los impuestos por los concursos 1, 2, 3, al Distrito de Bogotá.

Luego, se acentúan los problemas económicos, hasta el punto que en la sesión de septiembre 7/81 (Acta No. 8) el Dr. Puyo Vasco, solicita la disolución de la sociedad, petición inatendida. Posteriormente vienen todas las gestiones del Dr. Puyo Vasco para tratar de negociar la empresa y con su producido pagar los impuestos.

De todo esto, lo que se deduce es un desconocimiento oportuno del estado caótico de la sociedad, en que se hablaba de la existencia de dineros, pero no se hacían los pagos por quien pudo tener, en concesión dialéctica, la obligación legal inmediata y propia, y que la desorganización contable era la característica predominante. Con información tan deficiente y con apariencias interpretadas desfavorablemente, no es dable concluir en un juicio certero de responsabilidad, máxime cuando se apremiaba por noticias verídicas y exactas. Cuando se presentó de cuerpo entero la realidad, se solicitó la liquidación de la sociedad, no aceptada para evitar mayores daños y procurar más viables soluciones que permitieran terminar correctamente la empresa y cancelar los impuestos. Esto se apreció como conocimiento exacto de todo, como manejo integral y doloso de todo ese proceso administrativo, y en fin, como apropiación de recursos económicos sobre los cuales tenía derecho el Estado

No creemos que con bases tales, con interpretaciones de la señalada índole y con circunstancias tan especiales, se pueda deducir un reproche como el que se ha hecho y en virtud del cual se ha dispensado una sentencia de condena.

Atenta y respetuosamente,

Carlos Upegui Zapata, Conjuez; *Gustavo Gómez Velásquez*, Magistrado.

1. Jurisdicción de orden público / Sentencia – Cargos

En aplicación del Estatuto para la Defensa de la Democracia, salvo la práctica posterior de pruebas que permiten establecer una imputación diferente, para dictar la sentencia el juez ha de ceñirse a los cargos plasmados en el auto que define la situación jurídica

2. Extorsión / Tentativa

La extorsión es un delito de resultado, pero eso no significa que el perfeccionamiento de la figura quede supeditado a la obtención de la cantidad en la cual el delincuente fija su aspiración económica

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Enrique Valencia M.*
Aprobada Acta número 25, abril de 1991.
Bogotá, D.E., junio siete (7) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Vistos

El dieciséis (16) de febrero de mil novecientos noventa (1990), el Tribunal Superior de Orden Público, modificó, en lo referente al *quantum* punitivo, la sentencia proferida por el Juzgado de Orden Público radicado en Ocaña (Norte de Santander), en octubre seis (6) de mil novecientos ochenta y nueve (1989), para condenar a Leonardo Alfonso Pedrozo Suárez, Holguer Rincón Martínez y Teodoro Arrieta Suárez, a la pena principal de ciento cincuenta y seis (156) meses de prisión, cada uno, como autores penalmente responsables de los delitos de concierto para delinquir, extorsión y tráfico de armas de uso privativo de las Fuerzas Militares o de Policía Nacional (Decreto 180 de 1988, artículo 13).

Contra aquel fallo interpuso el recurso extraordinario de casación el defensor de Holguer Rincón Martínez, quien presentó en tiempo la respectiva demanda. El

señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal impetra a la Corte casar la sentencia impugnada.

Hechos

El cuatro (4) de abril de mil novecientos ochenta y nueve (1989) se presentaron a la residencia de Víctor Manuel Cárdenas Pérez, ubicada en el barrio Llano Echávez del municipio de Ocaña, tres individuos armados, que procedieron a exigir la entrega de tres millones de pesos ($3.000.000.00) bajo amenazas de causarle la muerte a algún miembro de la familia. Ante la imposibilidad de los Cárdenas de obtener en aquel momento el dinero requerido, se convino en dar a los delincuentes un millón quinientos mil pesos ($1.500.000.00) el 5 de abril, cantidad que en efecto pasó a poder de éstos en los días siguientes, quedando pendiente por cancelar suma similar, a los cuarenta o sesenta días después.

El tres (3) de junio del citado año, cuando acudieron a la misma residencia, Leonardo Alfonso Pedrozo Suárez y Holguer Rincón Martínez, a fin de recibir el dinero restante, fueron capturados, en razón del operativo policial que para el efecto se había montado; no sin antes Pedrozo Suárez lanzar una granada a la patrulla con el fin de evitar ser aprehendido.

Instantes después fueron retenidos Esaú Trillos Alvernia y Jairo Santiago Portillo, quienes se encontraban cerca del lugar de los hechos y aceptaron haber conducido en un Reanult doce a quienes inicialmente fueron capturados. Teodoro Arrieta Suárez, quien se hallaba con éstos, logró huir.

Actuación procesal

En los siguientes términos la sintetizó la Delegada:

"Una vez avocó el conocimiento de la investigación, el Juzgado Primero de Orden Público de Ocaña (Norte de Santander), vinculó legalmente al proceso a Leonardo Alfonso Pedrozo Suárez, Holguer Rincón Martínez, Jairo Humberto Santiago Portillo y Esaú Trillos Alvernia.

"Mediante providencia de veinte (20) de junio de mil novecientos ochenta y nueve (1989), dicho juzgado definió la situación jurídica de los sindicados profiriendo auto de detención en contra de Leonardo Alfonso Pedrozo Suárez y Holguer Rincón Martínez por los delitos de extorsión y fabricación y tráfico de armas y municiones de uso privativo de las Fuerzas Militares o de Policía Nacional. En el mismo auto se abstuvo de dictar medida de aseguramiento en contra de los demás indagados y, a su vez, ordenó vincular como persona ausente a Teodoro Arrieta Suárez. El veinticuatro (24) de julio del mismo año, se profirió medida de aseguramiento de detención en contra de Teodoro Arrieta Suárez, en calidad de persona ausente, por el delito de extorsión.

El Tribunal Superior de Orden Público, a través de auto de agosto diez (10) de mil novecientos ochenta y nueve (1989), resolvió el recurso de apelación interpuesto por el defensor del sindicado Holguer Rincón Martínez, confirmando en todas sus partes el auto recurrido.

"Adelantado el trámite que corresponde a esta clase de proceso, el seis (6) de octubre de mil novecientos ochenta y nueve (1989), el Juzgado condenó a Leonardo Alfonso Pedrozo Suárez y a Holguer Rincón Martínez por los delitos de extorsión y porte de armas de uso privativo de las Fuerzas Militares y de Policía Nacional. Igualmente, condenó a Teodoro Arrieta Suárez por el delito de extorsión y absolvió a los restantes sindicados.

"El Tribunal Superior de Orden Público conoció del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primer grado por el Fiscal del Juzgado y uno de los defensores; mediante providencia de febrero dieciséis (16) de mil novecientos noventa (1990) modificó el fallo impugnado en el sentido de imputar a los condenados el delito de concierto para delinquir, y a Teodoro Arrieta Suárez, además, el de tráfico de armas de uso privativo de las Fuerzas Militares."

LA DEMANDA

Con fundamento en las causales primera –primer cuerpo– y segunda de casación, el recurrente propone los siguientes cargos:

Primero

Se sitúa en los terrenos de la causal segunda al adversar que "la sentencia reprochada no está en consonancia con los cargos imputados en la actuación...", puesto que ni en la injurada, ni en el auto de detención que en el procedimiento del Decreto 180 de 1988, equivale al pliego de cargos, se mencionó un posible concierto para delinquir. Apenas, la medida que privó de la libertad a los inculpados versó sobre la extorsión y el tráfico de armas.

Y si algún comentario hubo respecto de la asociación delictiva –continúa el censor– fue como "hipótesis de investigación", sin que se practicara diligencia alguna que permitiera comprobar su existencia, ni ampliación de indagatoria que inquiriera sobre el tema, ni mucho menos providencia alguna que variara la calificación provisional, incluyéndose la sentencia de primera instancia.

"Al procederse así, se rompió la congruencia o armonía lógico-jurídica que debe existir entre los cargos imputados y la sentencia..." al tiempo que "... se sorprendió al acusado y se violó su derecho a la defensa, y de manera particular los artículos 26 de la Constitución Nacional y el 1° del Código de Procedimiento Penal... 11 *ibidem*... y, así mismo, se violó por aplicación indebida el artículo 186 del Código Penal... en concordancia con los artículos 26, 27, 28 y 61...".

Segundo

Esta vez el reproche lo sustenta en la violación directa de la ley sustancial, específicamente por interpretación errónea del artículo 355 del Código Penal y falta de aplicación del artículo 22 del mismo ordenamiento, puesto que se consideró en las instancias al delito de extorsión como tipo de mera conducta, pensamiento que contradice la interpretación mayoritaria de esta Sala, que califica el punible como de resultado.

A continuación señala cómo, "en el caso de autos, el procesado Rincón, junto con Pedrozo, con el fin de obtener la entrega del dinero dieron principio a la ejecución del hecho y para el efecto llegaron hasta la casa de la víctima, y desarrollaron otras actividades, pero no lo consumaron, es decir, no lograron la entrega de la suma exigida, por circunstancias ajenas a su voluntad...", por lo que se está en presencia de una simple tentativa.

Tercero

También lo eleva en el ámbito de la causal primera, cuerpo inicial, "... por interpretación errónea de los artículos 23 (autoría) y 25 (comunicabilidad de circunstancias) del Código Penal, y falta de aplicación del artículo 70... lo que condujo a la aplicación indebida del artículo 13 del Decreto 180/88, en concordancia con los artículos 26, 27, 28 y 61 del Código Penal...".

Luego de analizar el *animus concurrendi* que debe acompañar al coautor del hecho criminoso, advierte que "... esa intención de cooperar en el porte de la granada, sólo existió entre Arrieta y Pedrozo, pero no con respecto a Rincón, pues en autos aparece, y así lo reconoce la sentencia reprochada, que el artefacto se lo entregó Arrieta a Pedrozo en la puerta de la casa de la víctima y que éste lo guardó en el bolsillo, de manera que Holguer apenas tuvo conocimiento del hecho; y prever o conocer no es lo mismo que tener el ánimo de concurrir...".

Opinión del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal.

Luego de un interesante planteamiento, el Colaborador Fiscal prohíja las censuras esgrimidas por el casacionista, solicitando con él la casación de la sentencia. En su oportunidad, la Sala se referirá a los argumentos del Ministerio Público.

La Corte

Primer cargo

I. El Gobierno Nacional, a través de la declaratoria del Estado de sitio en todo el territorio de la República, promulgó el Decreto 180 de 1988, destinado a conjurar las actividades de grupos dedicados al terrorismo y al narcotráfico. Su violento ataque a las instituciones implicaba una respuesta de igual magnitud. Simplificar las formas jurídicas, tipificar o gravar las conductas desestabilizadoras de orden democrático e instaurar un procedimiento ágil que neutralizara el peligro con prontitud, fueron las razones primordiales para la expedición del estatuto, llamado con razón de Defensa de la Democracia, o simplemente, Antiterrorista.

II. Sin embargo, ello no podía significar el desquiciamiento del orden jurídico que sostiene el estado de derecho. Sus principios, si bien fueron adaptados a las especiales circunstancias en las que se desarrollaba el desafío criminal, debían ser preservados. Por ello, aunque se eliminaron etapas probatorias del procedimiento ordinario y se redujeron términos y oportunidades para ejercitar la defensa del acriminado, la brevedad no podía sustraerse a los principios constitucionales que salvaguardan la protección de quienes resulten sometidos a un proceso penal.

III. Uno de tales mandamientos es el debido proceso, formulado en el artículo 26 de la Carta y desarrollado tanto en los ordenamientos punitivos como en los procedimentales. Merced a él se han edificado un conjunto de garantías que le permiten un tránsito justo y equitativo, durante la investigación penal y su juzgamiento, a los implicados en el proceso. El derecho a la defensa es una de ellas, entendiéndose por tal, la oportunidad plena y permanente de responder a los cargos esgrimidos por el Estado, con miras a lograr un resultado acorde con la realidad procesal.

IV. Resulta claro, entonces, que para no hacer nugatorio este derecho, el acriminado ha de conocer con la suficiente anticipación los reproches elevados en su contra. Sólo así los podrá responder en debida forma, planear la estrategia defensiva adecuada a sus intereses, y ejercitar los diferentes mecanismos previstos por la ley para tal fin; los recursos, la petición de pruebas, la controversia de las practicadas, ampliaciones a su injurada, etc., son algunos de ellos. Estas, las razones para que el procedimiento ordinario instaurara lo que en el pasado se conoció como pliego de cargos o auto de proceder y que en la actual sistemática se le denomina como resolución de acusación. En dicho pronunciamiento de fondo se precisan, aunque de manera genérica, los delitos por los cuales ha de responder en el juicio que se avecina.

V. La agilidad perseguida por el Decreto 180 en comento implicó la desaparición de este interlocutorio acusador. Aquí la finalización del término investigativo implicaba el inmediato pronunciamiento de la sentencia, luego del traslado a las Partes para los alegatos respectivos. Podría pensarse en la orfandad del derecho de defensa, pues, vistas así las cosas, no cabría la posibilidad de prever el reproche sobre el cual se basaría el fallo del juez. No obstante, la existencia anterior del auto definitorio de la situación jurídica llenaba la carencia. En efecto, tratándose de un interlocutorio, sujeto a los recursos de ley, en donde se hace una calificación provisional de los hechos materia de investigación, su presencia le daba la posibilidad al indagado de establecer el alcance de las imputaciones y defenderse en consecuencia. Tal, la razón para asimilarlo con largueza a una resolución de acusación.

Así las cosas, adviene indiscutible que, salvo la práctica posterior de pruebas que permitan establecer una imputación diferente, el juez ha de ceñirse a los cargos plasmados en el auto en comento, para dictar la sentencia de rigor. Ignorar esta preceptiva con la formulación de reproches desconocidos, sin respaldo alguno, implica sorprender al reo, quien se ve impedido para ejercitar su derecho a la réplica. De otra parte, es abrirle el paso franco al absolutismo legal, distante de nuestra tradición democrática. La ley es el instrumento para edificar la justicia, no el mazo totalitario que impone la estrechez de su ejecutor ocasional.

VII. El Tribunal de Orden Público se apartó de este sendero en el fallo materia de la impugnación extraordinaria. Como lo demuestran el casacionista y el prolijo análisis de la delegada, excepto una afirmación tangencial al concierto para delinquir, el silencio argumental y probatorio impidió su demostración. Calificado apenas como una posibilidad, sólo una petición apresurada del Fiscal Primero de la Corporación permitió darle vida al ilícito. Su acogida por el ad quem *le dio paso a la estructuración de la incongruencia que lesionó los derechos del procesado.*

Así, mientras en el auto que definió la situación jurídica de Holguer Rincón Martínez se le sindicaba de extorsión y porte de armas de uso privativo de las Fuerzas

Militares y de Policía Nacional, la sentencia de segunda instancia reformaba el fallo de primer grado, adicionándole, de manera sorpresiva, una tercera imputación basada en la presunta existencia de un concierto para delinquir. La razón se encuentra de parte del impugnante y así ha de reconocerlo la Sala, dejando sin efecto la sentencia en lo relacionado con este punible, lo que de por sí demandará la disminución punitiva correspondiente.

VIII. Para estos efectos, el colaborador Fiscal sugiere que el fallo de reemplazo a dictarse no contemple la expedición de copias para consolidar una nueva investigación penal, esta vez por el presunto delito dejado de investigar.

Razona así la delegada:

"... los postulados punitivos del Estado surten sus efectos, propias del ius puniendi, *en la medida en que interfieren y cualifican las conductas de los coasociados que han desbordado los límites de la ley penal. La consecuencia es la conminación punitiva que, bajo su propio ámbito de validez, fundamento y eficacia, 'protege' los bienes jurídicos afectados por la infracción.*

"Ahora bien, los límites de esa intervención estatal dependen exclusivamente de la eficacia de los propios mecanismos de instrumentación jurídica que regulan tal aplicación; si dicha operatividad, desligada de la amenaza directa de la pena e independiente del destinatario mismo, fracasa, esa ineptitud institucional no puede convertirse en una carga en contra del procesado, que lo obligaría a permanecer sub judice *en forma indefinida.*

"El despliegue de la coerción estatal no puede ser el apremio absoluto y autoritario del aparato represor penal; su límite material coincide con un límite temporal razonable de su facultad de intervención.

"La incapacidad para ello no es endosable al procesado, pues se crearía una situación de inseguridad jurídica, y se rompería la armonía de los postulados del estado de derecho y su dinámica del poder..."

IX. Interesante resulta el planteamiento del señor representante del Ministerio Público, dadas las implicaciones del fallo que ha de dictarse como consecuencia de la prosperidad de la impugnación.

Sin embargo, la Corte considera que si bien es cierto que el Estado, en desarrollo de su potestad, tiene la facultad de investigar y fallar de acuerdo con la legislación penal vigente, conductas que vulneren los bienes jurídicos tutelados en ella, y que para ello precisa de una juiciosa y responsable investigación, en donde los jueces que intervienen exploren las varias posibilidades que se presenten, a fin de establecer la verdad de los hechos investigados y sus posibles implicaciones penales, no puede ante el incumplimiento de los deberes propios de los administradores de justicia, engendrado en la desidia, ignorancia, ilicitud o simple pasividad o falta de acuciosidad de éstos, verse impedido para iniciar una averiguación, cuando existe un informe serio y responsable acerca de la posible presencia de un comportamiento censurable a la luz de la legislación penal, porque es el mismo Estado quien a través de sus legisladores ha impuesto a los empleados oficiales la obligación de investigar, si tuvieren competencia para ello, los hechos punibles de los que tenga conocimiento; y en caso contrario

hacérselos saber a la autoridad correspondiente, para el mismo efecto (artículo 19 del Código de Procedimiento Penal).

Como única excepción, en cuanto al factor de tiempo se refiere, ha establecido que la acción no pueda iniciarse ante la presencia del fenómeno prescriptivo de la acción.

Impera entonces el ordenar la expedición de copias para investigar la posible comisión del delito en referencia.

Segundo cargo

Resulta inaceptable la interpretación que el señor defensor hace del artículo 355 del Código Penal, pues considera que el ilícito no se perfecciona hasta que el autor obtenga la totalidad de la suma que pretendía lograr.

En el caso de autos, los delincuentes exigieron la entrega de tres millones de pesos ($3.000.000.00), pero sólo obtuvieron un millón quinientos mil ($1.500.000.00), por cuanto la captura se efectuó un tiempo después cuando regresaron por el saldo, circunstancia que le permite al demandante afirmar que se trata de una tentativa de extorsión, porque por circunstancias ajenas a su voluntad no lograron la totalidad de la suma exigida.

Es cierto que el criterio sostenido mayoritariamente por la Corte es el de que la extorsión es un delito de resultado, en cuanto se debe lograr que la víctima haga, tolere u omita con algo connotación patrimonial, pero eso no significa que el perfeccionamiento de la figura quede supeditado a la obtención de la cantidad en la cual el delincuente fija su aspiración económica.

Cuando los constreñidos hicieron entrega de los primeros quinientos cincuenta mil pesos ($550.000.00), la extorsión se perfeccionó, porque se produjo el resultado de obligar a hacer lo previsto en la norma. Lo entregado al día siguiente y lo que pretendían recibir dos meses después no da lugar a otros ilícitos porque eran fruto de la misma acción, pero tampoco puede sostenerse válidamente que las cuotas pendientes hagan que el delito sea imperfecto.

Con ese erróneo criterio tendríamos que aceptar que el que mediante engaño consigue que le entreguen una cantidad menor de la que en total quería despojar a su víctima, sería igualmente responsable de tentativa de estafa, conclusión francamente equivocada.

La suma obtenida en los atentados contra el patrimonio económico nada tiene que ver con el perfeccionamiento del delito, pues lo importante es que se realice la acción típica y se obtenga el resultado previsto, así éste sea por un valor inferior al que el delincuente buscaba obtener.

El cargo será desestimado

Tercer cargo

Su formulación adolece de una grave contradicción que desquicia su estructura, motivando su rechazo. En efecto, al advertir que se interpretaron erróneamente los artículos 23 y 25 del Código Penal, el censor ha de dar por sentada su aplicación

correcta, limitándose el yerro del fallador a un deficiente desentrañamiento de su espíritu. Así las cosas, si miramos la formulación del cargo, en verdad su defendido debió haber sido considerado como coautor en el fallo impugnado y a él se le debieron haber comunicado las circunstancias personales de su autor, o, quizás, las materiales del hecho; el desacuerdo radica, entonces, en que se le endilgaron de manera diferente de lo preceptuado por la ley.

Sin embargo, esta tajante afirmación no responde al contenido de la impugnación, cuyo objetivo es totalmente diferente. En él, la argumentación se dirige a demostrar que al procesado recurrente no se le puede considerar como copartícipe del porte de armas "... porque no portaba el explosivo, ni hubo ánimo de concurrir a cooperar en tal reato, ni tuvo ningún control sobre el suceso...", rechazando a continuación la posibilidad de una coautoría impropia "... pues la sentencia se basa en que 'conoció' el hecho, mas no se afirma que con relación a él haya habido comunidad de designio criminoso".

La violación al principio de contradicción es evidente, pues se cae en el común error de formularse una censura en un sentido y desarrollarla en otro, creándose una dilogía que impide desentrañar el verdadero pensamiento del demandante. En este caso, la formulación se hace como interpretación errónea de la ley, pero su exposición se dirige a demostrar su aplicación indebida.

Así, al propio tiempo que afirma como correctas las normas atribuidas al caso pero mal interpretadas, a continuación echa pie atrás, asegurando que éstas no se debieron asignar al suceso, pues el comportamiento imputado a su cliente no encuadra en ellas. Esta ambigüedad argumental indica la incomprensión acerca de la naturaleza de cada uno de los diferentes sentidos de la violación directa de la ley sustancial.

Al respecto, vale la pena recordar lo que desde antaño ha predicado la Corte:

"La violación directa de la ley admite tres formas legalmente precisadas, a saber: la infracción directa, la aplicación indebida, y la interpretación errónea; se da la primera cuando el juzgador ha ignorado la existencia de una norma jurídica inequívocamente aplicable al caso *sub judice*; preséntase la segunda cuando el juez yerra en el proceso mental de adecuación típica, pues ha decidido que la conducta del procesado se subsume en un tipo legal dentro del cual aquélla realmente no entra; la tercera, en cambio, evidencia equivocación del juzgador al desentrañar el verdadero significado de la norma dentro de la cual objetivamente cabe la conducta incriminada. Las indicadas diferencias entre estos fenómenos impiden su coetánea alegación."

No prospera la censura.

Conclusión:

En vista de la prosperidad del primer cargo, la Sala ha de dictar el fallo sustitutivo que corresponda en derecho, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 242 del ordenamiento procesal, en cuanto a su extensión a los inculpados no recurrentes.

Así las cosas, considerándose que no se estructura el ilícito de concierto para delinquir, los coacusados habrán de ser sancionados con las siguientes penas:

Holguer Rincón Martínez, Leonardo Alfonso Pedrozo Suárez y Teodoro Arrieta Suárez, responderán de los delitos de "fabricación y tráfico de armas y municiones de uso privativo de las Fuerzas Militares o de Policía Nacional" (Decreto 180 de 1985, artículo 13), en su modalidad de porte, y de extorsión, cometidos en concurso material, imponiéndoseles como pena principal de la de doce (12) años de prisión, teniendo en cuenta que el delito más grave por el que se procede es el primero, que fija una sanción mínima de diez (10) años de prisión, la que se aumentará en dos (2) años por su concurrencia con el delito de extorsión.

Como pena accesoria se les impondrá la de interdicción de derechos y funciones públicas por diez (10) años (artículo 44 del C.P.).

Como quiera que en el fallo impugnado se absolvió a Jairo Humberto Santiago Portillo y a Esaú Trillos Alvernia, lo cual no fue cuestionado a través de este recurso extraordinario, la casación de la sentencia se hará en forma parcial, quedando incólume lo referente a esta decisión.

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

RESUELVE:

CASAR PARCIALMENTE el fallo proferido por el Tribunal Superior de Orden Público, en febrero dieciséis (16) de mil novecientos noventa (1990), materia de la impugnación, en lo relacionado con la condena de que fueron objeto los sentenciados Teodoro Arrieta Suárez, Holguer Rincón Martínez y Leonardo Alfonso Pedrozo Suárez, cuya situación quedará de la siguiente manera:

CONDÉNASE a Teodoro Arrieta Suárez, a Holguer Rincón Martínez y a Leonardo Alfonso Pedrozo Suárez, como autores de los ilícitos de "fabricación y tráfico de armas y municiones de uso privativo de las Fuerzas Militares o de Policía Nacional", en su modalidad de porte (artículo 13, Decreto 180 de 1988), y de "extorsión", a la pena principal de doce (12) años de prisión a cada uno. Como sanción accesoria se les impone a todos los condenados la de interdicción de derechos y funciones públicas, por un lapso de diez (10) años, según lo dicho y explicado en la parte motiva del fallo.

Devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase.

Dídimo Páez Velandia, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M. (salvamento de voto).

Rafael I. Cortés Garnica
Secretario

* * *

Extorsión (Salvamento de voto) / Tentativa (Salvamento de voto)

El carácter pluriofensivo de la extorsión, reclama de una progresión de momentos para su consumación, en los cuales se requiere la realización de la exigencia que busque la obtención del provecho ilícito –siendo indiferente su consecución–

Salvamento parcial de voto

La Sala Penal no estuvo de acuerdo con los siguientes párrafos que originalmente aparecían en el proyecto inicial en cuya dialéctica me reafirmo para disentir parcialmente del criterio dominante:

"... Conocida es la doctrina mayoritaria de la Corte sobre el momento consumativo en el punible de extorsión. Como esta segunda censura se basa en ella, la Sala recuerda la argumentación que expuso sobre el particular, acorde con un interesante estudio del Ministerio Público que le complementó en su momento.

"1. La extorsión, dijose en el pasado, exige la realización de un determinado resultado; el hacer, omitir o tolerar algo atribuible al sujeto pasivo o a una persona cercana a sus afectos o intereses, sin que se requiera la obtención del provecho ilícito. Por tanto, si las maniobras delictivas se limitan a perturbar la libertad de determinación mediante las consabidas intimaciones y no se logra el hacer, omitir o tolerar, la conducta no ha tenido una real culminación. Huelga aclarar que nos encontramos en el terreno de la tentativa.

"La explicación es clara. La extorsión posee una compleja estructura, provista de diversas formas, cada cual distinguible de las demás por poseer una entidad propia. Pero todas ellas íntimamente relacionadas con la manera de vasos comunicantes. Veamos lo relativo a los actos ejecutivos del punible.

"2. Cuando el extorsionador se pone en contacto con su víctima y la hace objeto de sus amenazas, se realiza la primera fase del ilícito. La natural perturbación causada en el sujeto pasivo, su reflexión sobre la seriedad y posibles alcances de la intimación, se constituyen en la segunda etapa. Tomada la decisión, comienza el tercer período que, según el caso, puede transitar por dos caminos diferentes y opuestos, ora porque la víctima se doblegó ante los requerimientos, bien porque

rechazó las exigencias. La satisfacción del delincuente, a través de la realización de sus demandas, da origen al cuarto paso, con el cual culmina el ciclo.

"3. De lo hasta aquí expresado se observa que, en lo fundamental, la extorsión acomoda su existencia a dos cadenas finalísticas, cada cual dotada de su propia dinámica, diferenciable de la otra por sus resultados. La primera se completa en la medida que sigue tras el objetivo querido por el criminal. La segunda, aunque comparte con la primera el origen, escoge otro rumbo que marcha en pos de una meta que se contrapone, ante el rechazo de la víctima, a la del sujeto activo. Aparece, entonces, una *mise en scene* que supuestamente acoge los deseos del delincuente, pero que en verdad se dirige a frustrarlos. Piénsese en los procedimientos poco ortodoxos utilizados por los agentes provocadores.

"Excepcionalmente puede presentarse una tercera cadena, que es muy probable, desemboque en la comisión de otro ilícito. Se presenta cuando el extorsionado rehúsa pasivamente las exigencias, quedándole al delincuente dos posibilidades: el cumplimiento de las amenazas o el desistimiento de las mismas.

"4. Precisemos ahora lo relativo al constreñimiento. La Corte siguiendo el concepto usual, ha dicho que es 'el compeler por fuerza a que se haga o ejecute alguna cosa'. El estatuto punitivo establece tres verbos rectores que amplían su naturaleza: 'hacer, tolerar u omitir alguna cosa' (artículo 355), dicendo además tenerse 'el propósito de obtener provecho ilícito para sí o para un tercero'. Finalmente, cuando el propósito sea el de 'facilitar actos terroristas', la imposición será para 'hacer, suministrar, tolerar u omitir alguna cosa mediante amenazas' (Decreto 180 de 1988, artículo 25).

"5. Ahora bien, el constreñimiento no es tan amplio en su naturaleza y alcances como para abarcar el punible de extorsión en toda su magnitud; tampoco puede quedar reducido a una conminación. Como atrás se demostró, el carácter plurisubsistente de la extorsión reclama una progresión de momentos para su consumación, en los cuales se requieren, además, de los mencionados, la realización de la exigencia que busque la obtención del provecho ilícito –siendo indiferente su consecución–, es decir, aquel cuarto momento de que se hablara en precedencia, con el cual habrá de culminarse el hecho punible. Lógica consecuencia de lo anterior es que el constreñimiento sólo puede cumplirse en la primera cadena finalística, cuyo resultado es el buscado por el agente.

"6. En el proceso que nos ocupa, la operación extorsiva planeada por los acriminados se subdividió en dos etapas ante la imposibilidad económica de la víctima para acceder a sus pretensiones. Recibida la mitad de la suma exigida ($1.500.000.00), los delincuentes accedieron a recoger el 'saldo', sesenta días después. Sin embargo, gracias a la intervención de las autoridades, tal propósito se frustró al ser aprehendidos los hoy procesados cuando se preparaban para recoger la suma acordada.

No se necesita acudir a lucubraciones de ninguna especie para determinar la incompletitud del ilícito. Por tanto, erraron los falladores de instancia al predicar su culminación, por lo que el cargo ha de ser atendido al conseguir la demostración del deficiente desentrañamiento del artículo 355 del Código Penal, lo que determinó la

falta de aplicación del artículo 22, *ibidem*, que consagra el dispositivo amplificador del tipo..."

Con todo respeto,

Jorge Enrique Valencia M.

Fecha, *ut supra*.

* * *

VIOLACIÓN DIRECTA

Al aducir la violación directa se precisa de un total acuerdo con la situación fáctica, para disentir únicamente en la selección de la norma sustancial que estaba llamada a regular el caso.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Enrique Valencia M.*
Aprobada Acta No 0037.
Bogotá, D.E., junio doce (12) de mil novecientos noventa y uno (1991).

VISTOS

El veintiocho (28) de junio de mil novecientos noventa (1990), el Juzgado Noveno (9º) Penal del Circuito de Medellín condenó a José Fernando Cardona Cañas y a Jimmy Galvis Osorio a la pena principal de treinta y siete (37) meses y diez (10) días y cuarenta (40) meses y catorce (14) días de prisión, respectivamente, y a las accesorias de ley, por el delito de hurto calificado y agravado; y a la vez determinó que los procesados no son acreedores al subrogado de la condena de ejecución condicional.

Tal decisión fue confirmada por el Tribunal Superior de Medellín con la modificación del *quantum* de la pena privativa de la libertad, la cual elevó a cincuenta y tres (53) meses para Galvis Osorio y a cuarenta y siete (47) meses para Cardona Cañas, incrementando también la duración de la sanción accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas impuesta; además, adicionó la sentencia de primera instancia en el sentido de condenar a los acusados al pago, en forma solidaria, de un equivalente a cuarenta (40) gramos de oro a favor de la empresa Purina Colombiana S.A. por concepto de los daños materiales causados con la infracción, y de treinta (30) gramos de oro a favor del ofendido Roberto Rueda Quijano como indemización por los perjuicios morales.

Contra la sentencia de segunda instancia la defensora de los procesados José Fernando Cardona Cañas y Jimmy Galvis Osorio interpuso recurso de casación. Dispuesto el traslado del libelo a las partes no recurrentes, el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal impetra denegar las pretensiones de la demandante.

Hechos

La situación fáctica, origen del proceso, fue sintetizada en la providencia impugnada así:

"A las tres de la tarde del sábado 21 de abril de 1990, cuando el señor Roberto Rueda Quijano, residente en la calle 45F No. 76-90, barrio La América de esta ciudad, estacionó junto a su casa el vehículo marca Toyota, modelo 1982, de placas PV-3677, de propiedad de la empresa Purina Colombiana S.A., de la cual él era el Gerente de Producción, de repente fue abordado por los individuos que intimidándolo con un revólver se subieron al campero mientras uno lo amenazaba con el arma el otro tomó el mando del vehículo y lo condujo por la Autopista Sur hasta cercanías de la Plaza Mayorista, donde hicieron descender a Rueda Quijano para ellos continuar en la posesión del carro ajeno, logrando así la consumación del apoderamiento de ese bien mueble, junto con la tarjeta de propiedad y el seguro obligatorio del mismo, más treinta y cinco mil pesos y un reloj de pulso marca Orient valorado en veinte mil pesos, que le quitaron al señor Rueda Quijano. Este, de inmediato, comunicó el hecho a las autoridades policivas, quienes internamente difundieron la noticia, y fue así como una hora después, a las cuatro de la tarde del mismo día, la Policía del municipio de Santa Bárbara interceptó el Toyota cuando se dirigía por la vía troncal hacia el departamento de Caldas, y capturó a su conductor y al acompañante, quienes en su orden se identificaron como José Fernando Cardona Cañas y Jimmy Galvis Osorio.

Actuación procesal

Ceñido a la realidad del diligenciamiento, el Procurador Tercero Delegado en lo Penal se refiere a él en los siguientes términos:

"Le correspondió iniciar la investigación al Juzgado 84 de Instrucción Criminal radicado en santa Bárbara. Allí rindieron indagatoria los capturados, pero por el factor territorial el conocimiento de lo actuado hasta allí lo asumió el Juzgado 29 de Instrucción Criminal de Medellín, al cual le había sido repartida la respectiva denuncia (fls. 15 fte. y vto.).

"Entendió el funcionario de instrucción que los hechos delatados ameritaban un concurso de hechos punibles de hurto calificado y agravado y encubrimiento por recepción (arts. 349, 350.1 y 351.6 y 177 del C.P.), por lo cual en el auto que resuelve la situación jurídica (abril 26 de 1990) decretó la medida de aseguramiento de la detención preventiva contra los indagados y con arreglo a lo previsto por los artículos 393, 474 y 476 del C. de P.P. (arts. 26 y 27 del Decreto 1861 de 1989) determinó que el procedimiento aplicable era *el abreviado*.

"Por auto calendado el 9 de mayo de 1990, el Juzgado 9º Penal del Circuito de Medellín avocó el conocimiento del sumario y dispuso la práctica de varias pruebas en un término de 5 días (art. 477, inciso 2º, C. de P.P.).

"La audiencia pública se realizó el 20 de junio de 1990. La Fiscal interviniente criticó la deducción del concurso de hechos punibles, teniendo en cuenta que los delitos se excluyen entre sí. Arguyó que 'en el proceso no está plenamente demostra-

do que los procesados hubiesen participado directamente en el despojo del vehículo' y que por lo mismo sólo puede ser imputado a los acusados 'el de encubrimiento en su modalidad de receptación' por el cual solicita sentencia condenatoria en su contra. En este mismo sentido discurrió la defensa, alegando, además, que el acervo probatorio recogido carece de fuerza de convicción acerca de la participación de los procesados en el apoderamiento del automotor, a fuerza de que uno de ellos, Fernando Cardona presenta una particularidad morfológica de alguna notoriedad: Al inicio de la nariz, lado izquierdo, resalta un lunar que bien pudo el denunciante describirlo como rasgo tipológico de uno de los asaltantes y sin embargo no lo hizo, lo que en su criterio funcionaría como elemento negativo de la coparticipación (fl. 93 vto.). Solicita así la absolución 'de todo cargo' y que en el hipotético caso de ser condenados, ello proceda únicamente por el delito de receptación (f. 94), pero con otorgamiento del subrogado penal de la condena de ejecución condicional (art. 68 C.P.).

"El 28 de junio siguiente sobrevino el fallo del Juzgado 9º Penal del Circuito, de carácter condenatorio respecto del delito de hurto calificado y agravado, y absolutorio por el encubrimiento, modalidad de receptación. La pena impuesta fue de 37 meses y 10 días y 40 meses y 14 días para José Fernando Cardona Cañas y Jimmy Galvis Osorio, en su orden.

"Apelado el anterior proveído por la apoderada de los procesados como por el reo José Fernando Cardona Cañas y concedido en legal forma, el Tribunal Superior –Sala de Decisión Penal– de Medellín, en sentencia del 22 de agosto de 1990 lo confirmó con reformas y adiciones: la pena principal privativa de la libertad se fijó en definitiva en 53 meses de prisión para Jimmy Galvis Osorio y de 47 meses para José Fernando Cardona Cañas, límites hasta los cuales se elevó la pena accesoria de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas. Fueron condenados en concreto y en forma solidaria al pago del equivalente de 10 gramos de oro a la empresa ofendida por perjuicios materiales y de 30 gramos de oro en favor del ofendido Roberto Rueda Quijano como perjuicios morales."

La demanda

La defensora de los procesados José Fernando Cardona Cañas y Jimmy Galvis Osorio formula un cargo contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, a través de la causal primera que consagra el artículo 226 del C. de P.P., por cuanto considera que es violatoria de la ley sustancial, por infracción directa, ante la indebida aplicación de preceptos de tal índole, tipificantes del delito de hurto calificado agravado.

Expresa que los argumentos que sirvieron de base para desechar en el fallo impugnado el supuesto de que el delito atribuible a los enjuiciados es el de encubrimiento por receptación y que en su sentir fue el realmente consumado por sus defendidos, se originaron en la errada conclusión a que se llegó acerca de que las personas que fueron aprehendidas cuando viajaban en el automotor eran las mismas que momentos antes se habían apoderado de aquél y de otros bienes. Lo anterior, sin tener en cuenta que como consta en el informe suscrito por unidades de la Policía, en

el momento de la captura de los enjuiciados no se les encontró el reloj y el dinero que se dice fueron hurtados al conductor del vehículo, ni el revólver que exhibieron los delincuentes durante el desarrollo de los hechos, a pesar de no haber transcurrido para ese momento más de una hora desde que se perpetró el ilícito. Además, la descripción física que suministrara el denunciante no concuerda con la de los acriminados.

Afirma que la simple captura en flagrancia no conlleva a inferir que sus defendidos sean responsables del delito que fuera objeto de investigación; y menos aún a suponer que sean copartícipes, pues en el plenario no obra prueba de cargo en la que se deduzca que éstos sean los autores de la infracción.

Agregã que los antecedentes que registra Jimmy Galvis Osorio no son motivo para agravar su situación, mediante el aumento de la sanción privativa de la libertad, como lo hizo el sentenciador.

Y concluye solicitando, entre otras cosas, "que se prescinda aplicar sanción a mis prohijados".

Considera infringidos los artículos 350.1, 351 numerales 6º y 10 y 372 del Código Penal.

Concepto del señor Procurador Tercero (30.) Delegado en lo Penal

Luego de realizar una crítica acerca de los yerros de carácter técnico que ostenta la demanda, el señor agente del Ministerio Público solicita no casar la sentencia recurrida.

La corte

1. Adolece el libelo de los requisitos básicos para la viabilidad de la impugnación, por cuanto a pesar de que la recurrente enuncia una violación directa de la ley sustancial, porque en su sentir las normas de tal índole que fueron aplicadas por el sentenciador –no eran las que estaban llamadas a regular el caso– para sustentar el reparo recurre a debatir aspectos de carácter probatorio, que lo tornan carente de la técnica exigida en sede de casación, y por ende impiden que aquél pueda prosperar.

2. No a otra conclusión se arriba, cuando se observa que la casacionista orienta algunos de sus argumentos a demostrar su inconformidad con la conclusión de responsabilidad de los procesados, José Fernando Cardona Cañas y Jimmy Galvis Osorio, a que llegó el Tribunal, según ella ante la falta de apreciación por parte de éste, de pruebas tales como el informe de las autoridades de policía, en el cual, dice, nada se expresó acerca de que en poder de los enjuiciados se hubiesen hallado los otros bienes que también fueron objeto de hurto, como tampoco el arma que portaban los autores materiales del hecho punible cuando lo ejecutaron, a pesar de que no había transcurrido más de una hora desde la comisión de la infracción; y del testimonio de Roberto Rueda Quijano con relación a la descripción física de quienes lo despojaron de sus pertenencias, la cual, afirma la impugnante, no concuerda con

do que los procesados hubiesen participado directamente en el despojo del vehículo' y que por lo mismo sólo puede ser imputado a los acusados 'el de encubrimiento en su modalidad de receptación' por el cual solicita sentencia condenatoria en su contra. En este mismo sentido discurrió la defensa, alegando, además, que el acervo probatorio recogido carece de fuerza de convicción acerca de la participación de los procesados en el apoderamiento del automotor, a fuerza de que uno de ellos, Fernando Cardona presenta una particularidad morfológica de alguna notoriedad: Al inicio de la nariz, lado izquierdo, resalta un lunar que bien pudo el denunciante describirlo como rasgo tipológico de uno de los asaltantes y sin embargo no lo hizo, lo que en su criterio funcionaría como elemento negativo de la coparticipación (fl. 93 vto.). Solicita así la absolución 'de todo cargo' y que en el hipotético caso de ser condenados, ello proceda únicamente por el delito de receptación (f. 94), pero con otorgamiento del subrogado penal de la condena de ejecución condicional (art. 68 C.P.).

"El 28 de junio siguiente sobrevino el fallo del Juzgado 9º Penal del Circuito, de carácter condenatorio respecto del delito de hurto calificado y agravado, y absolutorio por el encubrimiento, modalidad de receptación. La pena impuesta fue de 37 meses y 10 días y 40 meses y 14 días para José Fernando Cardona Cañas y Jimmy Galvis Osorio, en su orden.

"Apelado el anterior proveído por la apoderada de los procesados como por el reo José Fernando Cardona Cañas y concedido en legal forma, el Tribunal Superior –Sala de Decisión Penal) de Medellín, en sentencia del 22 de agosto de 1990 lo confirmó con reformas y adiciones: la pena principal privativa de la libertad se fijó en definitiva en 53 meses de prisión para Jymmy Galvis Osorio y de 47 meses para José Fernando Cardona Cañas, límites hasta los cuales se elevó la pena accesoria de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas. Fueron condenados en concreto y en forma solidaria al pago del equivalente de 40 gramos de oro a la empresa ofendida por perjuicios materiales y de 30 gramos de oro en favor del ofendido Roberto Rueda Quijano como perjuicios morales."

LA DEMANDA

La defensora de los procesados José Fernando Cardona Cañas y Jimmy Galvis Osorio formula un cargo contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, a través de la causal primera que consagra el artículo 226 del C. de P.P., por cuanto considera que es violatoria de la ley sustancial, por infracción directa, ante la indebida aplicación de preceptos de tal índole, tipificantes del delito de hurto calificado agravado.

Expresa que los argumentos que sirvieron de base para desechar en el fallo impugnado el supuesto de que el delito atribuible a los enjuiciados es el de encubrimiento por receptación y que en su sentir fue el realmente consumado por sus defendidos, se originaron en la errada conclusión a que se llegó acerca de que las personas que fueron aprehendidas cuando viajaban en el automotor eran las mismas que momentos antes se habían apoderado de aquél y de otros bienes. Lo anterior, sin tener en cuenta que como consta en el informe suscrito por unidades de la Policía, en

el momento de la captura de los enjuiciados no se les encontró el reloj y el dinero que se dice fueron hurtados al conductor del vehículo, ni el revólver que exhibieron los delincuentes durante el desarrollo de los hechos, a pesar de no haber transcurrido para ese momento más de una hora desde que se perpetró el ilícito. Además, la descripción física que suministrara el denunciante no concuerda con la de los acriminados.

Afirma que la simple captura en flagrancia no conlleva a inferir que sus defendidos sean responsables del delito que fuera objeto de investigación; y menos aún a suponer que sean copartícipes, pues en el plenario no obra prueba de cargo en la que se deduzca que éstos sean los autores de la infracción.

Agregá que los antecedentes que registra Jimmy Calvis Osorio no son motivo para agravar su situación, mediante el aumento de la sanción privativa de la libertad, como lo hizo el sentenciador.

Y concluye solicitando, entre otras cosas, "que se prescinda aplicar sanción a mis prohijados".

Considera infringidos los artículos 350.1, 351 numerales 6° y 10 y 372 del Código Penal.

Concepto del señor Procurador Tercero (30.) Delegado en lo Penal

Luego de realizar una crítica acerca de los yerros de carácter técnico que ostenta la demanda, el señor agente del Ministerio Público solicita no casar la sentencia recurrida.

La Corte

1. Adolece el libelo de los requisitos básicos para la viabilidad de la impugnación, por cuanto a pesar de que la recurrente enuncia una violación directa de la ley sustancial, porque en su sentir las normas de tal índole que fueron aplicadas por el sentenciador –no eran las que estaban llamadas a regular el caso– para sustentar el reparo recurre a debatir aspectos de carácter probatorio, que lo tornan carente de la técnica exigida en sede de casación, y por ende impiden que aquél pueda prosperar.

2. No a otra conclusión se arriba, cuando se observa que la casacionista orienta algunos de sus argumentos a demostrar su inconformidad con la conclusión de responsabilidad de los procesados, José Fernando Cardona Cañas y Jimmy Calvis Osorio, a que llegó el Tribunal, según ella ante la falta de apreciación por parte de éste, de pruebas tales como el informe de las autoridades de policía, en el cual, dice, nada se expresó acerca de que en poder de los enjuiciados se hubiesen hallado los otros bienes que también fueron objeto de hurto, como tampoco el arma que portaban los autores materiales del hecho punible cuando lo ejecutaron, a pesar de que no había transcurrido más de una hora desde la comisión de la infracción; y del testimonio de Roberto Rueda Quijano con relación a la descripción física de quienes lo despojaron de sus pertenencias, la cual, afirma la impugnante, no concuerda con

la de los procesados. Lo anterior a pesar de que todo ello conduce a demostrar que Cardona Cañas y Galvis Osorio no fueron las personas que ejecutaron el hurto.

Así mismo, cuando agrega la recurrente que el Tribunal supuso pruebas respecto a la autoría material del delito por el que se condenó a sus defendidos, pues no obra en los autos alguna que de certeza en cuanto a que aquéllos sean los sujetos que llevaron a cabo tal ilícito.

3. Inadvierte la censora que, al aducir la violación directa para buscar el quebrantamiento del fallo, se precisa de un total acuerdo con la situación fáctica en él considerada para entrar a disentir únicamente de la selección que de la norma sustancial que estaba llamada a regular el caso, efectuó el sentenciador, por haberla ignorado, aplicado indebidamente, o dado un alcance y significado del que carece.

4. De plantear una errada escogencia del precepto, necesario resulta, además, que se exprese con claridad cuál es el que en criterio del impugnante está llamado a regular la situación, y entrar a efectuar la correspondiente demostración del reparo propuesto, sin acudir a razonamientos distanciados de él, y carentes de la subordinación y congruencia que debe existir entre aquél y los fundamentos que acogen para su sustentación.

5. Le está entonces vedado al casacionista exponer tesis y efectuar enunciaciones extrañas al desarrollo mismo de la censura, como ocurre en la demanda objeto de análisis, en donde además de incursionarse por campos propios de la violación indirecta de la ley, engendrados en errores de hecho, se involucran también aspectos que vuelven contradictorios los argumentos, que al ser excluyentes entre sí los anulan, como ocurre, cuando:

a) La recurrente expresa que erradamente se elevó la sanción imponible al procesado Jimmy Osorio, ante los antecedentes que éste registra, con lo cual en el fondo plantea una indebida aplicación de las normas que llevaron al sentenciador a la imposición de una pena mayor, pues al efectuarse tal reparo se admite que la que correspondía aplicar era la dispuesta por la ley para el delito que el sentenciador consideró se tipificaba con el comportamiento atribuible al procesado pero sin el aumento efectuado en el fallo, y

b) Se solicita por la impugnante que se prescinda de imponer sanción a los procesados, a pesar de que sus aspiraciones se centraban en el hecho de demostrar que el comportamiento atribuible a sus defendidos es el que tipifica y sanciona el artículo 177 del Código Penal –encubrimiento por receptación– para el cual la ley ha previsto una sanción de seis meses a cinco años de prisión y multa de un mil a cien mil pesos.

6. Las contradicciones que derrumban el esquema lógico de la demanda, las imprecisiones de ésta, la no demostración de la causal en la cual delimitó el yerro, y la errada estrategia adoptada por la censora, carente de toda técnica, al entremezclar disímiles situaciones con la aspiración de sacar avante la pretensión, son suficientes para la desestimación del cargo.

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.

Dídimo Páez Velandia, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael I. Cortés Garnica
Secretario

* * *

Celebración indebida de contratos

Este tipo penal demanda que se fije cabalmente el contenido del ingrediente normativo, comprendido en la expresión "los requisitos legales esenciales".

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Edgar Saavedra Rojas*
Aprobada Acta No. 037 del 12 de junio de 1991.
Bogotá, D.E., junio trece (13) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Vistos

Clausurada de nuevo la investigación corresponde a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, actuando en sede de instancia, calificar el mérito probatorio dentro de la presente actuación, a lo cual se procederá, previa síntesis de los siguientes

Hechos

Los que dieron origen al presente proceso están relacionados con el contrato de suministro de bienes muebles marcado con el número 072 del 17 de junio de 1986, celebrado al parecer sin el lleno de los requisitos exigidos por las normas establecidas para la contratación administrativa, entre el doctor Heraclio Vega Goyeneche, en representación de la Comisaría Especial del Vaupés, y el señor Luis Alberto Pérez Castillo, mediante el cual el segundo se obligó a entregar un sofá, cuatro poltronas, cuatro papeleras de dos plantas, dos archivadores metálicos de cuatro gavetas, un vidrio para mesa auxiliar, dos bibliotecas de madera, dos bibliotecas verticales dobles con vidrio, dos sillas tipo secretaria Contry, una mesa para conferencia de doce puestos y doce sillas fijas con brazos, un escritorio ejecutivo y una silla giratoria ejecutiva, todo por un valor de $983.700.00.

Actuación procesal

Con base en las copias de la investigación que la oficina de la Procuraduría Delegada para la contratación administrativa ordenó para establecer las posibles

irregularidades en la celebración de algunos contratos entre la Comisaría Especial del Vaupés y varios particulares, primeramente el Juzgado Promiscuo Territorial de Mitú inició un período de indagación preliminar.

Establecido que por razón del fuero que amparaba al doctor Heraclio Vega Goyeneche, por haber actuado éste en representación de la entidad territorial en condición de Comisario Especial cuando celebró los aludidos contratos, su juzgamiento correspondía a la Corte, el Magistrado Sustanciador a quien le correspondió en reparto, por auto del 20 de mayo de 1988, inició la correspondiente investigación penal.

En esta etapa, acreditada la calidad de empleado oficial y el ejercicio del cargo en la contratación que efectuó el doctor Heraclio Vega Goyeneche, se le vinculó al proceso a través de su declaración de indagatoria y se adelantaron las diligencias que se consideraron necesarias al cabal esclarecimiento de los hechos.

Precluida la investigación, mediante providencia del veintiocho (28) de febrero de mil novecientos noventa (1990) se calificó por primera ocasión el mérito probatorio de las sumarias, resolviéndose ordenar la reapertura de la indagación por el término legal, al considerarse que la prueba allegada al informativo no ameritaba la determinación judicial de una Resolución de Acusación en disfavor del sindicado, como tampoco el reconocimiento de su inocencia por medio de la disposición de la cesación de todo procedimiento conforme a las voces del artículo 34 del Código Procesal Penal.

A pesar de que se reconoció que de la visita de la Procuraduría se desprendía que en la contratación de la entidad territorial con el señor Luis Alberto Pérez, el suministro de los bienes pudo haberse hecho por interpuesta persona (la cuenta respectiva la presentó y cobró Guillermo Otero Zambrano), con sobrefacturación de los precios y sin la aprobación de la Junta de Licitaciones y Contratos, sin embargo, estimó la Sala en aquella oportunidad, como expresamente lo dejó consignado en las motivaciones, que contra el doctor Heraclio Vega Goyeneche no era posible formular Resolución de Acusación "al no obrar prueba suficiente de la materialidad del delito y la responsabilidad penal del mismo" (folio 153).

La plena demostración de la tipicidad de los hechos atribuidos al procesado, la consideró ausente en el expediente la Corte, porque la investigación no estuvo dirigida y menos permitió establecer que:

a) El contrato en comento por hallarse comprendido el precio de su objeto entre las cantidades de quinientas y tres mil unidades de poder adquisitivo constante (UPAC), fue precedido de la correspondiente Licitación privada a que estaba supeditado conforme a lo previsto en el artículo 5° del Decreto 468 de 1986, y

b) La revisión del mismo por parte del Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, de acuerdo con el mandato estipulado en el artículo 3°, literal f) del precitado Decreto.

En cuanto a la prueba para dar por comprobados los presupuestos de la responsabilidad, ésta no se encontró suficiente en razón de que se hacía indispensable, en vista de la no existencia de un registro de proveedores en la Comisaría del

Vaupés, establecer si se acudió por parte de la Administración en atención a lo reglado por el artículo 13 del Decreto 468, a las oficinas correspondientes del Ministerio de Obras Públicas y Transporte, del Fondo Nacional de Proyectos de Desarrollo y al Departamento Administrativo de Intendencias y Comisarías, Dainco, en solicitud del registro de proveedores de esas entidades tal y como lo autorizaba dicho Decreto; como también porque de lo actuado en el sumario no surgían claras cuáles fueron las condiciones específicas que pudieron dar origen al hecho investigado.

En punto a despejar las dudas y arrojar luz sobre la forma y condiciones que llevaron a la Administración Comisarial a contratar en la forma en que lo hizo, se dispuso la práctica de las diligencias que resultaran pertinentes para establecer con exactitud la existencia previa del registro presupuestal para el contrato No. 072 de 1986 y su correspondencia con el objeto del mismo, la entrega real de los bienes muebles objeto del contrato de suministro a la Administración Comisarial, así como también el lugar y demás circunstancias relativas a ella y a la persona que la hizo; y por último, el avalúo simbólico de los enseres.

Se insistió en la recepción de las declaraciones juradas de Luis Alberto Pérez Castillo y de Miguel Angel Martínez Caicedo, Asesor Jurídico de la Comisaría, para que informaran a la justicia todo lo que supieran con relación al asunto que se investiga, particularmente en lo atinente al cobro de la cuenta por una tercera persona, y si el contrato se hizo con el ánimo de favorecer a algún particular.

Igualmente se dispuso la ampliación de la indagatoria del procesado para que se le preguntara sobre las razones por las cuales no conformó el registro de proveedores en la Comisaría si al entrar a desempeñar el cargo de Comisario Especial éste no existía, y en el caso concreto del contrato, por qué no convocó a licitación, no acudió a los registros de proveedores de otras entidades y no ordenó su revisión ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca.

Y por último se solicitó al Departamento Administrativo de Intendencias y Comisarías información amplia y detallada acerca de la existencia de directivas o disposiciones que autorizaran a las Administraciones Comisariales apartarse en algunos casos de las prescripciones contenidas en los Decretos 222 de 1983 y 468 de 1986 sobre contratación.

Evacuadas las probanzas ordenadas, a través de la diligencia de inspección judicial practicada en la oficina del Archivo General Comisarial, y la copia fotostática de los respectivos documentos, se estableció la existencia de las Resoluciones No. 038 de mayo 21 de 1986 y 063 de junio 20 del mismo año, por medio de las cuales se ordenó la apertura de licitación privada y la adjudicación de un contrato, a efecto de la adquisición por la Comisaría Especial del Vaupés de unos muebles y enseres del señor Luis Alberto Pérez Castillo por valor de $983.700.00, así como la imputación presupuestal de la partida, al capítulo IV subprograma 342 proyecto 5°, y financiada por "fondos comunes".

De las diligencias de inspección judicial practicadas a las instalaciones donde funcionan el almacén general comisarial y la Comisaría Especial del Vaupés, se estableció, igualmente, la existencia mucho tiempo después de la fecha de la

celebración del contrato, de los muebles y enseres detallados en él, de donde se infiere la entrega real y recibo de los mismos.

Se practicó diligencia para determinar el "avalúo simbólico" de los bienes objeto del contrato estableciendo el perito designado unos precios por encima de los fijados entre los contratantes, según se aprecia al cotejar el dictamen con el contrato.

Se estableció también que "sólo del año de 1989 se organizó el registro de proveedores y suministro en la Comisaría Especial del Vaupés", según el informe que en tal sentido suministró la Jefatura de la Oficina Jurídica del Departamento Administrativo de Intendencias y Comisarías, "Dainco".

En ampliación de indagatoria al procesado acerca de la actitud de no utilizar los registros de proponentes del Ministerio de Obras Públicas y Transporte del Departamento Administrativo de Intendencias y Comisarías o del Fondo Nacional de Proyectos de Desarrollo, Fonade, y el no envío del contrato para su revisión al Tribunal, explica:

"... lo que debo decir es que la contratación realizada en aquel momento por la administración comisarial era de valores que escasamente superaban por cada contrato los tres millones de pesos, recuerdo que en forma telefónica me puse en contacto con algunas de las personas inscritas en estos registros, y ninguna manifestó interés en contratar con la comisaría, debido al bajo monto de los contratos y a los sobrecostos de los bienes y servicios que se suministran en Mitú, debido, como ya lo había explicado, a las condiciones geográficas de la Comisaría, que implican que el único medio de transporte sea el avión, lo que encarece sensiblemente la composición de costos de los productos, llevados a Mitú, desde Bogotá o desde Villavicencio, de manera que estas personas me manifestaron que su margen de utilidad era muy escaso y por lo tanto no tenían interés de prestarle este servicio a la comisaría."

Más adelante agrega:

"No fue revisado (el contrato por el Tribunal) porque de acuerdo con el criterio de la Oficina Jurídica de la Comisaría, esta revisión debía llevarse a cabo en contratos cuya cuantía fuese igual o superior a cincuenta millones de pesos."

Y termina diciendo:

"Quiero referible (sic) al hecho de que si se presentaron imperfecciones en desarrollo a la contratación administrativa, durante mi gestión como Comisario Especial del Vaupés, éstas se debieron a las especiales dificultades geográficas y socioeconómicas de la comisaría, y nunca al deseo de la administración Comisarial de perjudicar o dañar la administración pública..."

Por prueba testimonial y documental se acreditó el parentesco de Milciades Borrero Wanuna, a la sazón Secretario Administrativo de la Comisaría del Vaupés, con Ramón Borrero Zambrano y Guillermo Otero Sambrano, el primero una de las personas a quien se hizo la solicitud de propuestas en la licitación privada para la adquisición de los muebles y enseres, y el segundo quien hizo efectiva la cuenta de cobro respectiva.

El apoderado judicial del procesado, única parte que alegó, sostiene que evacuada totalmente "la prueba practicable" se demostró plenamente que el doctor Heraclio Vega Goyeneche, economista de profesión, no cometió delito alguno, pues las pruebas y las explicaciones de éste resolvieron los interrogantes del proceso y colmaron los vacíos que se ordenaron llenar al reabrirse la investigación por el término de un año.

Consideraciones de la Corte

El contratar sin el cumplimiento de requisitos legales es comportamiento punible que realiza, de acuerdo con la descripción típica del artículo 146 del Código Penal, "El empleado oficial que por razón del ejercicio de sus funciones y con el propósito de obtener un provecho ilícito para sí, para el contratista o para un tercero, tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos".

El anterior tipo penal, por ser de aquellos que la doctrina y la jurisprudencia denominan en blanco, demanda para que se complete la determinación exhaustiva de la conducta prohibida, que se fije cabalmente el contenido del ingrediente normativo comprendido en la expresión "los requisitos legales esenciales", para lo cual se precisa acudir a las disposiciones jurídicas extrapenales que establecen el régimen de la contratación de las entidades administrativas.

Particularmente, en el caso concreto de las administraciones intendenciales y comisariales, a efectos de predicar la celebración indebida de contrato con carácter de delito se requiere constatar si en el trámite del acto contractual se cumplió o no con los requisitos establecidos por el Decreto 468 del 11 de febrero de 1986.

En el presente caso, si bien los participantes en la celebración del contrato de suministro que dio origen a la investigación penal, aducen razones de muy diversa índole para justificar la omisión en el cumplimiento de algunos de ellos, lo cierto es que en su trámite no se observó el cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos legales esenciales exigidos por la normatividad vigente para la contratación administrativa.

Pero como no basta la simple y mera inobservancia de cualquiera de los requisitos de obligatorio cumplimiento establecidos por la ley, para que el hecho sea delito, pues el tipo penal contiene además el elemento subjetivo consistente en el "propósito de obtener un provecho ilícito para sí, para el contratista o para un tercero" si no se demostrare esta específica finalidad del Agente, no podrá darse por establecida la adecuación típica.

Los nuevos elementos de convicción allegados al sumario, lejos de acreditar siquiera por la vía indiciaria la obtención un provecho ilícito por parte del Comisario Especial del Vaupés, doctor Heraclio Vega Goyeneche, al celebrar el contrato de suministro No. 072 para dotar a la Comisaría de muebles apropiados para su funcionamiento, o para el particular con quien contrató, ellos tienden a demostrar que no existió sobrefacturación de los precios de los bienes objeto del contrato, como también a establecer que los mismos fueron realmente entregados a la Administración Comisarial.

Mucho menos a través de ellas se comprobó que el procesado, con conocimiento pleno del sentido antijurídico del acto de contratación que realizó, voluntariamente se determinó por su celebración en la forma en que lo hizo; en otras palabras, no se demostró que hubiera obrado con culpabilidad dolosa, la cual en ningún caso se presume.

Bien es cierto que el contrato aparece adjudicado y celebrado con Luis Alberto Pérez Castillo, y cancelado su valor a Guillermo Otero Zambrano, quien presentó las cuentas de cobro a la Administración, y cuyo parentesco con Milciades Borrero Wanana, Secretario Administrativo de la Comisaría, quedó plenamente establecido, pero en el expediente no existe medio probatorio alguno que desvirtúe la versión obrante en el proceso de la venta de la respectiva cuenta por el primero como era práctica muy usual en la región, y de otro extremo, esa sola circunstancia no permite afirmar la violación del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades por parte del procesado, quien sostiene no conocía del vínculo de hermandad que unía a dicho empleado de la administración con uno o varios de los proponentes.

Concluyentemente afírmase que la prueba que viene de relacionarse en modo alguno ha modificado los fundamentos del primer calificatorio, pues las dudas planteadas por la Sala en la providencia antedicha y referidas a la adecuación típica y a la responsabilidad aún subsisten, ya que las probanzas allegadas al informativo durante el período de la reapertura de la investigación en nada agravan la situación del procesado.

Contempla el artículo 473, inciso 2º, que vencido el término probatorio de la reapertura y cerrada de nuevo la investigación, en la oportunidad jurídicoprocesal de la calificación se "decretará cesación de procedimiento, si no hubiere mérito para formular resolución de acusación".

La anterior situación se presenta a cabalidad con respecto del sindicado Heraclio Vega Goyeneche, a quien la prueba no demostró con la suficiencia requerida haber realizado alguno de los tipos penales que prohiben la indebida celebración de contratos, y en tales condiciones, se deberá ordenar por la Sala la improseguibilidad del procedimiento, pues como lo ha venido reconociendo esta Corte:

"Se debe reconocer que el artículo 473, inciso 2º, consagra una verdadera nueva causal de cesación de procedimiento, cuando en la reapertura de la investigación no se han logrado obtener nuevas pruebas, encaminadas a la resolución de acusación. Hay allí una *sui generis* exclusión de la punibilidad en abstracto, como quiera que el Estado renuncia a su potestad punitiva y de juzgamiento y averiguación para quienes se encuentran en esas específicas circunstancias, aun cuando la inocencia no aparezca de manera inconcusa" (Sala de Casación Penal, Sentencia del 28 de junio de 1988, Magistrado Ponente: Gustavo Gómez Velásquez).

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

RESUELVE:

CESAR el procedimiento adelantado contra Heraclio Vega Goyeneche con relación a los hechos que le fueron imputados y por los cuales rindió indagatoria en

este proceso, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Ejecutoriado este proveído, archívese el expediente.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Didimo Páez Velandia, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael Cortés Garnica
Secretario

* * *

Nulidad / Debido proceso / Derecho de Defensa

Por la naturaleza de las nulidades constitucionales es innecesaria su formulación cuando ellas han sido previstas en una disposición legal, como ahora ocurre con la exigencia del debido proceso y el respeto al derecho de defensa.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel*
Aprobada Acta No. 037 del 12 de junio de 1991.
Bogotá, D.E., junio trece (13) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Vistos

Surtido el trámite legal correspondiente, procede la Sala a resolver la demanda de casación presentada por el defensor del procesado Pedro Antonio Velandia Hernández contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá confirmatoria de la emitida por el Juzgado Noveno Superior con una leve modificación en cuanto a la condena en perjuicios en la que se impuso al imputado pena de diez (10) años de prisión por el delito de homicidio.

I. Hechos y actuación procesal

El 15 de julio de 1989, aproximadamente a las 8:30 p.m., se presentó un joven preguntando por María Leonor Moreno Roa, al inmueble ubicado en la calle 37 sur No. 51A-11 de esta ciudad. Al obtener respuesta negativa de las personas que lo atendieron, intentó entrar pero le cerraron la puerta, motivo por el cual introdujo el cañón del arma de fuego que portaba por un orificio de dicha puerta de acceso y disparó, causando lesiones que en forma rápida produjeron la muerte de la señora Rosa Helena Casas de Martínez.

Por estos hechos fue vinculado mediante indagatoria el ahora recurrente Pedro Antonio Velandia Hernández. El Juzgado Treinta y Cuatro de Instrucción Criminal tuvo a su cargo el trámite del sumario, que culminó con el llamamiento a juicio por

el delito de homicidio doloso. Luego de agotada la etapa del juicio, el Juzgado Noveno Superior dictó sentencia condenatoria, imponiendo al acusado pena de diez años de prisión e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término. Además la obligación de pagar por los perjuicios ocasionados la suma de siete millones de pesos ($7.000.000.00).

El Tribunal Superior al resolver la apelación interpuesta por el defensor, confirmó la sentencia de condena aumentando el valor de los perjuicios a ocho millones ciento ochenta y cuatro mil ciento sesenta pesos ($8.184.160.00).

II. La demanda

Invocando la causal tercera de casación prevista en el artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, el defensor presenta dos cargos contra la sentencia, por considerar que fue dictada en un proceso viciado de nulidad.

El primer ataque se refiere a la "comprobada existencia de irregularidades que afectan el debido proceso", motivo de nulidad consagrado en el numeral 2° del artículo 305 del estatuto procesal penal. La fundamentación se basa en que en el concepto médico legal No. 5242-89-ps, de octubre 6 de 1989, se afirmó que no presentaba antecedentes de enfermedad mental, y que exhibe ciertos "rasgos esquizoides", sin determinar a qué clase de enfermedad mental se refiere, y si era de carácter permanente o transitorio.

De otra parte, afirma el censor que en las conclusiones del dictamen de Medicina Legal se solicitó una mayor claridad en la formulación del cuestionario, pero esto nunca se hizo siendo indispensable para establecer si el procesado era imputable o inimputable, generándose por esa razón la nulidad que debe declararse a partir del auto de cierre de investigación inclusive.

Asegura que se desconocieron los artículos 358 y 360 numeral 5°, que se refieren en su orden, a que el funcionario de instrucción debe investigar con igual celo las circunstancias que agravan la responsabilidad y las que la extinguen o atenúan; y que se deben practicar pruebas sobre las condiciones sociales, familiares o individuales que caracterizan la personalidad del procesado, sus antecedentes y sus condiciones de vida. También cita como infringidos los artículos 31 y 33 del Código Penal.

Concluye la fundamentación de este reproche diciendo: "Para la validez del juicio de imputabilidad era necesario haber dejado establecido previamente, si dicho procesado era normal o estaba encasillado dentro de los presupuestos del artículo 31 del C.P. Al proferirse resolución acusatoria con semejante vacío tanto en el sumario como en la causa, se generó una nulidad supralegal de la que se hablará más adelante".

El segundo cargo lo formula así: "Al haberse incurrido en la causal 2ª del artículo 305 del C. de P. P. de 'comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso' tal cual se demostró anteriormente, obviamente también se incurrió en la nulidad supralegal o constitucional, por no haberse observado las formas propias del juicio, contemplada en el artículo 26 de la Constitución Nacional...".

Y luego de transcribir la disposición Constitucional y el artículo 1° del C. de P.P. dice: "Así, pues, se generó automáticamente una nulidad constitucional que afectó la validez del juicio posterior a la ocurrencia de la misma y consiguientemente las dos sentencias, resoluciones que tienen como necesario punto de referencia la Resolución acusatoria, que desconoció abiertamente la respetuosa y clamorosa solicitud de Medicina Legal para que se ampliara y aclarara el cuestionario que se había propuesto".

La petición es que se case la sentencia y se decrete la nulidad del proceso a partir del auto que cerró la investigación.

III. Concepto del Ministerio Público

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal solicita que no se case la sentencia, con fundamento en los siguientes argumentos:

Sobre los aspectos técnicos de la demanda, afirma que el libelista confunde las nulidades de origen legal con las de orden Constitucional, para proponer la misma situación fáctica como generadora de las dos clases de nulidad, introduciendo confusión en la demostración de los cargos, que lleva al desconocimiento de la verdadera pretensión del censor.

Estima que la nulidad Constitucional no puede concurrir si el vicio está establecido como causal de invalidez en el ordenamiento procesal penal, pues en ese caso prima su aplicación, ya que las nulidades supralegales las establece la jurisprudencia para cuando no hay regulación legal.

La omisión en la práctica de la ampliación o aclaración del dictamen psiquiátrico ha debido presentarse como violación del derecho de defensa y no del debido proceso, pues si bien es cierto, la Corte ha admitido que tratándose del examen médico del procesado la censura debe formularse como violación del debido proceso, esa posición era razonable con la anterior legislación procesal, y no ahora que el juzgamiento de un inimputable no difiere en nada de quien no está en esas condiciones, pues la diferencia subsiste únicamente en cuanto a la consecuencia imponible, que obviamente no afecta el esquema del proceso, sencillamente releva que debe respetarse la garantía de que al implicado se le irroguen las medidas que la ley ha fijado, y de no procederse así se estará violando el derecho de defensa.

En cuanto al problema de fondo, el colaborador Fiscal sostiene que los cargos resultan totalmente apartados de la realidad y por lo tanto no deben prosperar.

Del dictamen médico se desprende que el inculpado no presentaba ningún tipo de trastorno mental al momento de la comisión del hecho, pues su anormalía psíquica no alcanza a tener entidad suficiente para ser catalogada como tal. Además, la sola comprobación de ese fenómeno no sería suficiente para declarar la inimputabilidad, pues claramente se lee que el examinado no presenta alteraciones mentales que le hubieran impedido comprender la ilicitud del acto o determinarse de acuerdo con esa comprensión. En estas condiciones la pretendida inimputabilidad está perfectamente desvirtuada.

La solicitud de Medicina Legal para que se aclarara el cuestionario propuesto se refiere "al dolo específico y sistema vetagónico", por lo cual se le interroga en la pregunta del literal A del cuestionario. Es decir, no se pidió aclaración sobre nada que tuviera que ver con la imputabilidad del actor, lo que resulta comprobada a satisfacción, sin que esa inquietud sea obstáculo para ello.

IV. Consideraciones de la Sala

1ª En realidad, como lo sostiene el Ministerio Público, el demandante desconoce la naturaleza de las nulidades Constitucionales y su innecesaria formulación cuando ellas han sido previstas en una disposición legal, tal como ahora ocurre con la exigencia del debido proceso y el respeto al derecho de defensa.

Pero esa irregular presentación no crea en este caso confusión sobre la pretensión del censor, que no es otra que la declaratoria de nulidad a partir del cierre de la investigación. Tampoco es cierto que los cargos son contradictorios, pues no puede olvidarse que las causales de nulidad ahora previstas en el Código de Procedimiento Penal constituyen el desarrollo legal de unas garantías constitucionales consagradas en el artículo 26, luego su mención simultánea no puede ser excluyente, simplemente innecesaria.

En el caso concreto que nos ocupa, sobre el segundo cargo, porque consiste en tratar de demostrar que la misma irregularidad del primer ataque genera nulidad constitucional al tenor de antigua jurisprudencia sobre el tema.

En lo atinente a si la omisión de pruebas es atacable por violación al derecho de defensa o al debido proceso, se advierte que resulta imposible hacer una división tajante, porque bien sabemos que en muchas oportunidades la falla afecta simultáneamente ambas garantías. Precisamente, una de las características fundamentales del debido proceso es el derecho a la defensa, por esa razón es evidente que al violarse este último se afecta el primero. Lo que sí puede presentarse de manera independiente, y de ahí la validez de la separación hecha por el artículo 305 del C. de P.P. en los numerales segundo y tercero, es que se cometa una irregularidad que rompa la estructura formal del proceso sin afectar el derecho a la defensa como podría ser en una acción que haya terminado con sentencia absolutoria.

El debido proceso no puede entenderse únicamente como los pasos que la ley señala para llegar hasta la sentencia, sino también el contenido de los actos procesales y las determinaciones que el Juez debe tomar para asegurar una pronta, recta y cumplida administración de justicia. En este contexto, aunque el trámite procesal sea el mismo para imputables e inimputables, el no ordenar el examen psiquiátrico del procesado existiendo razón para hacerlo, constituye una omisión que afecta el debido proceso.

La sentencia de la Corte que cita el Procurador Delegado, de fecha 11 de agosto de 1989, con ponencia del doctor Guillermo Duque Ruiz, es muy clara en este punto. Dice: "En el nuevo Código de Procedimiento, a pesar de que no se hubiera consagrado de manera expresa en ninguna de sus normas la obligación de la pericia médica, cuando existieren indicios suficientes que permitieren inferir que el procesa-

do al momento de ejecutar el hecho típico se encontraba en situación de inimputabilidad, éste sigue siendo una ineludible obligación del Juez, que aunque no tiene anclaje en una norma que de manera específica la consagra, surge con claridad de la estructura misma del hecho punible, de sus consecuencias y de la naturaleza y fines del proceso. Por estas razones no era necesaria que el nuevo Código de Procedimiento Penal reiterara el contenido del artículo 411, que dentro de esta perspectiva resultaba absolutamente superfluo y por ello también la omisión de la experticia médica en las condiciones ya indicadas sigue implicando una violación del debido proceso y por lo tanto da lugar a la nulidad de la actuación".

2ª Sobre la improsperidad de los cargos le asiste razón al Ministerio Público, pues como lo expone en el concepto, el demandante parte de una base ajena a la realidad procesal.

El examen psiquiátrico arrojó, entre otras, las siguientes conclusiones:

"1. El examinado presenta una personalidad con rasgos esquizoides, pero no presenta alteraciones comportamentales para ser calificadas como un trastorno de personalidad. No nos quedó claro el objetivo de la segunda parte de la pregunta formulada en el literal A en cuanto a 'dolo de ímpetu' y 'sistema vagotónico', por lo cual le pido una mayor claridad en la formulación del cuestionario."

"3. La muerte del padre del sindicado originó en él una reacción de duelo normal y no se evidencian alteraciones mentales graves como consecuencia de esta vivencia, que le hayan impedido tener la capacidad de comprender y determinarse de acuerdo con esa comprensión."

"5. El sindicado, para la época de los hechos, no presentaba alteraciones mentales que le impidieran tener la capacidad de comprender y de determinarse de acuerdo con esa comprensión."

Ante estos elementos de juicio, es completamente infundado plantear que no hay claridad sobre si existía o no enfermedad mental, y si el procesado era imputable o inimputable, pues el dictamen descarta de manera expresa las alteraciones mentales que le impidieran comprender la ilicitud de sus actos y determinarse de acuerdo con esa comprensión.

Los rasgos esquizoides se refieren concretamente a su "timidez y ansiedad durante la entrevista", pero el médico sobre esto anota que "no tiene alteraciones en su comportamiento para ser calificado como trastorno de personalidad". Así las cosas, es decir, no existiendo enfermedad mental, mal podía esperarse que se calificara como permanente o transitoria.

La pregunta del cuestionario cuya aclaración solicitó Medicina Legal se refiere a su sistema de reacción, esto es, si es impulsivo, si actuó con dolo de ímpetu o, por el contrario, es de efecto retardado, cuestionamiento que, además de haberse formulado en términos inadecuados, en nada modifica el dictamen sobre la sanidad mental del encausado.

La prueba que el proceso recomendaba practicar fue ordenada oportunamente por el Juez, su resultado es claro, y no deja ninguna duda sobre la condición de

imputable de Pedro Antonio Velandia. La aclaración al cuestionario no se hizo, pero es evidente que era absolutamente innecesaria. En estos términos, la acusación del libelista sobre supuesta infracción al debido proceso no puede ser aceptada y así lo declarará la Sala.

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

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia recurrida.

Dídimo Páez Velandia, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael Cortés Garnica
Secretario

Condena de ejecución condicional / Pena – Ejecución

Al otorgar la condena de ejecución condicional, el Juez tiene la potestad de ejecutar las penas principales o accesorias, diversas de la privativa de la libertad.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Enrique Valencia M.*
Aprobada Acta No. 0036 del 5 de junio de 1991.
Bogotá, D.E., junio diecisiete (17) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Vistos

El abogado Patricio Antonio Quiñones Alegría, en su propio nombre, presentó demanda de revisión del proceso penal seguido en su contra y que culminó con fallo condenatorio proferido por parte del Juzgado Veintiuno (21) Penal del Circuito de Bogotá y confirmado por el Tribunal Superior de este Distrito Judicial, con una adición y otra reforma.

Admitida la demanda, esta Sala dispuso solicitar el envío del proceso respectivo y una vez recibido, el Magistrado Sustanciador, por auto de febrero dieciocho (18) postrero, dispuso la apertura a pruebas por el término de treinta (30) días para que las partes solicitaran las que consideraran pertinentes.

El señor Procurador Segundo (2º) Delegado en lo Penal, notificado del referido proveído, demanda la nulidad de lo actuado por la Sala desde el auto admisorio del recurso y se ordene compulsar copias contra el citado profesional para que se le investigue disciplinaria y penalmente por ejercicio ilegal de la profesión y fraude a resolución judicial, por haber propuesto el recurso extraordinario, en su propio nombre, no obstante hallarse suspendido en el ejercicio de la profesión como consecuencia del fallo condenatorio proferido en su contra y que ahora es motivo de impugnación.

Se pronuncia la Delegada en los siguientes términos:

"1. El Tribunal Superior de Bogotá en sentencia de segunda instancia proferida el 13 de marzo de 1989, adicionó la de primer grado "en el sentido de imponer como pena accesoria al procesado Patricio Antonio Quiñones Alegría, la de prohibición del ejercicio de su profesión de abogado, por el tiempo de duración de la pena principal impuesta", es decir, por 4 meses, que es el lapso que como prisión impuso al procesado el Juzgado Veintiuno Penal del Circuito de esta ciudad.

"2. Recurrido en casación el fallo de segundo grado, la Corte rechazó la impugnación porque 'la cantidad de la pena impuesta no daba para el trámite del mencionado recurso' quedando ejecutoriado este proveído de fecha 16 de febrero de 1990, el 26 del mismo mes y año.

"3. Esto significa que los 4 meses de prohibición del ejercicio de la profesión de abogado impuesta al Dr. Quiñones Alegría, empezaron a contarse desde el 27 de febrero de 1990 hasta el 26 de junio de igual año, es decir, que para el 4 de abril de 1990, fecha en que presentó este abogado la demanda de revisión, estaba inhabilitado para ejercer su profesión, al igual que para el 11 de junio de 1990, cuando le fue admitida.

"4. Ahora, es cierto, que la Corte en proveído de 16 de noviembre de 1990, del que fue Ponente quien ahora cumple la misma función en esta actuación, reconoció que a pesar de que conforme a lo dispuesto por el artículo 232 del C. de P.P. la demanda de revisión debe ser interpuesta por medio de apoderado, tal literalidad no podía llevarse al extremo de imposibilitar que en los casos en que el procesado fuera abogado pudiese éste mismo proponer dicha acción extraordinaria; pero en esta oportunidad, el fenómeno que se presenta es diverso, porque no se cuestiona que haya sido el mismo Dr. Quiñones Alegría quien presentó en su propio nombre la demanda revisorial, sino que por efecto de la condena proferida en su contra estaba suspendido para ejercer la profesión de abogado, bien en representación de terceros o en causa propia, como sucedió en este caso.

"5. Siendo, entonces, que esta suspensión como pena accesoria implica la imposibilidad legal de postulación para ejercer en todo caso la abogacía por parte del afectado con la sanción, es evidente que el Dr. Quiñones Alegría no podía presentar en su propio nombre y como abogado, la demanda de revisión que ahora nos ocupa y por ende, la Corte tampoco podía admitirla, resultando afectado de invalidez todo lo actuado a partir de dicha decisión por concurrir la causal segunda del artículo 305 del C. de P.P.

"6. En aras de evitar esta declaración de nulidad, podría pensarse en aplicar el inciso segundo del artículo 25 del Decreto 196 de 1971, debido a que de conformidad con lo dispuesto en esta norma, todas aquellas actuaciones en que intervenga una persona que no sea 'abogado inscrito' a pesar de que la Ley exija que tenga tal calidad, no resultan afectados de nulidad. No obstante, en criterio de esta Delegada, esta disposición no es aplicable a casos como el presente, porque en tal hipótesis legal se trata de una taxativa y expresa excepción para cuando la persona que actúa no es abogado o siéndolo no ha sido reconocido en ese carácter por el Tribunal respectivo y debidamente autorizado para ejercer la profesión y no para aquellos casos en que el

profesional del derecho ha sido suspendido, pues aquí el abogado sí tiene esta profesión y ha sido reconocido legalmente para desempeñarse como tal sino que por actuar contrariando la ley el mismo Estado le ha suspendido el ejercicio. Trátase en consecuencia, de situaciones bien diversas en su naturaleza y efectos.

"7. De otra parte, y si bien, de conformidad con el artículo 41.2 del Decreto 196 de 1971, la actuación de un abogado suspendido constituye *ejercicio ilegal de la abogacía*, lo cual tipificaría la contravención de que trata el Decreto 522 de 1971 en el artículo 30, entiende esta Representación del Ministerio Público, que por existir la posibilidad de que el abogado Quiñones Alegría haya cometido el delito de Fraude a Resolución Judicial descrito y punido por el artículo 184 del C. P., el cual subsumiría a la referida contravención para no violar el *non bis idem*; por tanto y para que el Juez competente, si lo tiene a bien, inicie la consiguiente investigación penal, sería lo pertinente que la Corte disponga compulsar las respectivas copias, como comedidamente lo impetra esta Delegada."

Consideraciones de la Corte

El Juzgado 21 Penal del Circuito de Bogotá, en sentencia de fecha 12 de septiembre de 1988, condenó a Patricio Antonio Quiñones Alegría, a la pena principal de cuatro (4) meses de prisión y trescientos cuarenta pesos ($340.00) de multa, como autor del delito de abuso de confianza, al retener indebidamente los dineros en juicio civil como indemnización por la muerte del señor Hipólito Pérez y en favor de los herederos y cónyuge señora Mariela Gallo Viuda de Pérez, cancelados por la Empresa EDIS con base en el fallo proferido por el Juzgado 18 Civil del Circuito de esta ciudad.

Como pena accesoria se le impuso la de interdicción de derechos y funciones públicas por un período igual al de la pena privativa de la libertad y se le concedió el subrogado de la condena de ejecución condicional, es decir, se le suspendió la sentencia por el término de dos (2) años, para lo cual el procesado prestó caución y suscribió diligencia de compromiso.

Recurrido el fallo por el defensor de Quiñones Alegría, el Tribunal Superior de Bogotá en providencia de fecha 13 de marzo de 1989, confirmó la sentencia recurrida, adicionándola en el sentido de imponerle, además, como pena accesoria, la prohibición del ejercicio de su profesión de abogado, por el tiempo de duración de la pena principal y dispuso que la multa impuesta, como pena principal, lo era en favor del Tesoro Nacional y no del Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia, como lo decretó el fallo de primera instancia.

Recurrida la sentencia en casación, la Corte en providencia de fecha 14 de febrero de 1990, declaró inadmisible el recurso, por cuanto la pena máxima posible a imponer al procesado, dada la naturaleza del delito y las circunstancias de agravación y atenuación concurrentes, era la de tres (3) años y nueve (9) meses, razón por la cual el requisito de la pena para su procedibilidad, se hallaba ausente.

Regresado el proceso al Juzgado del conocimiento, por auto de fecha 22 de marzo de 1990, se dispuso dar cumplimiento a la sentencia del Tribunal, es decir,

compulsar las copias a las autoridades respectivas, recibir la caución y asentar la diligencia de compromiso, lo cual se verificó el día dos (2) de abril siguiente.

A folio 386 del cuaderno original No. 1 aparece escrito del procesado en el que solicitó:

"a) Abstenerse por ahora dar ejecución a la sentencia proferida por su Despacho en el proceso de la referencia, dado que he interpuesto ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia el recurso extraordinario de Revisión de la mencionada sentencia, y para demostrarlo adjunto fotocopia debidamente sellada por la secretaría de la mencionada Corporación;"

"b) Ordenar que se me haga entrega del título No. 0486696 y por la suma de $102.545, Mcol. consignados por mí dentro de la etapa procesal, dado que ya consigné la caución ordenada en la sentencia y por la suma de $10.000.00 Mcol."

En efecto, el 4 de abril de 1990, es decir, dos días después de presentada la caución y suscrita la diligencia de compromiso, el doctor Quiñones Alegría presentó su escrito acompañado de copia al carbón de la demanda de revisión y, el Juzgado 21 Penal del Circuito se pronunció dos (2) días después en los siguientes términos:

"El Despacho se abstiene de considerar la petición del doctor Patricio Antonio Quiñones Alegría, sobre el aplazamiento de la ejecución de la pena, conforme a lo estipulado en los artículos 55 y 68 del Código Penal, por habérsele concedido el subrogado de la condena de ejecución condicional."

Así mismo, dispuso la entrega del título judicial a que hizo referencia el memorialista.

En la diligencia de compromiso se consignó expresamente por el Juzgado:

"... En tal virtud se le hace saber al citado profesional, que al habérsele suspendido la ejecución de la sentencia, por un período de prueba de dos (2) años, deberá cumplir las siguientes exigencias: 1)... 3), ejercer profesión u ocupación lícitos..."

Como ya se ha dejado consignado, al doctor Quiñones Alegría se le concedió el subrogado penal previsto en el artículo 68 del Código Penal, es decir, se le suspendió la sentencia por un período de dos (2) años, con las obligaciones a que se refiere el artículo 69 ibidem. Es así como el procesado además de prestar la caución, consignó el valor de la multa impuesta en la sentencia y, por haber indemnizado los perjuicios causados, en el fallo el Juzgado del conocimiento se abstuvo de pronunciarse sobre este punto, decisión que fuera confirmada por el Tribunal en su providencia.

Dice el artículo 69 del Código Penal que "al otorgar la condena de ejecución condicional, el juez podrá exigir el cumplimiento de las penas no privativas de la libertad que considere conveniente...", o sea que, es potestativo del Juez, ejecutar las penas principales o accesorias, diversas de la privativa de la libertad, cuando así lo considere conveniente, como por ejemplo, la suspensión en el ejercicio profesional, la restricción domiciliaria, la pérdida de empleo público u oficial, la interdicción de derechos y funciones públicas, la expulsión del territorio para extranjeros, prohibición

de consumir bebidas alcohólicas, la suspensión de la patria potestad, pero en todo caso, debe expresamente determinar cuál o cuáles deben ser ejecutadas una vez ejecutoriado el fallo definitivo.

En el presente caso, el Juzgado al responder a la petición expresa elevada por el procesado de abstención de ejecución de la sentencia, se abstuvo de atenderla, por cuanto se le había otorgado el subrogado penal previsto en el artículo 68 del Código Penal y en atención a lo normado en el artículo 55 ibidem.

Pero es más. Para la Delegada, el término de suspensión en el ejercicio profesional que afecta al procesado en razón a la adición de la sentencia de primer grado decretada por el Tribunal Superior de Bogotá, debe tomarse desde el mismo momento de la ejecutoria del fallo condenatorio, es decir, desde la ejecutoria del auto de fecha 16 de febrero de 1990, dictado por esta Sala y mediante el cual declaró la inadmisibilidad del recurso extraordinario de casación. Por ello asegura que el procesado quedó suspendido en el ejercicio profesional durante el lapso comprendido entre el 27 de febrero y el 26 de junio de 1990, razón por la cual, al presentar demanda de revisión en su propio nombre, como abogado titulado, el día 4 de abril del mismo año, lo hace incurso en la conducta prevista y sancionada en el artículo 184 del Código Penal, por lo que demanda la expedición de copias con destino al Juez competente para que se inicie la correspondiente investigación.

Como quiera que este proceso culminó bajo los ritos del Código de Procedimiento Penal anterior (decreto 409 de 1971), la sentencia de segundo grado proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, según lo declaró la Corte, no era susceptible del recurso extraordinario de casación, por lo cual, causó ejecutoria, una vez notificada por edicto y transcurrido el término previsto para que las partes solicitaran cualquier aclaración, adición o corrección, al tenor de lo preceptuado en el artículo 309 y ss. del Código de Procedimiento Civil, según remisión que hace el artículo 207 del Código de Procedimiento Penal anterior.

Y si ello es así, el término para la ejecución de la sentencia en cuanto hace referencia a las penas accesorias, atendiendo el criterio de la Delegada comenzó a correr el 12 de abril de 1989, fecha en la cual causó ejecutoria el fallo de segunda instancia, hasta el 11 de agosto del mismo año, lapso en el cual el doctor Quiñones Alegría actuó en su condición de procesado ya que el recurso de casación fue interpuesto igualmente por su apoderado y sustentado por éste, y no en las fechas indicadas por aquéllas.

Contrariamente a lo que se dejó expuesto, considera la Corte que la sentencia no puede ser ejecutada inmediatamente cause ejecutoria. Bastaría a las partes que han resultado afectadas con el fallo, interponer toda clase de incidentes, aún aquellos que por ministerio de la ley resultan improcedentes, para luego aducir, como podría ser en el presente caso, que el procesado ya satisfizo las penas accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas y prohibición del ejercicio profesional, en atención al tiempo transcurrido desde la ejecutoria del fallo.

El artículo 665 del Código de Procedimiento Penal aplicable a este caso, establece que "la ejecución de la sentencia definitiva y ejecutoriada corresponde al juez que

conoció del proceso en primera o única instancia, mediante orden comunicada a los funcionarios administrativos encargados del cumplimiento de la sanción."

Si por el mandato legal corresponde al juez de primera o única instancia la ejecución del fallo definitivo y ejecutoriado, se tiene entonces que en el presente caso, la sentencia solo podía ser ejecutada, con posterioridad al recibo del expediente por el Juez 21 Penal del Circuito y mediante las comunicaciones pertinentes a la Registraduría Nacional del Estado Civil y a la Oficina de Registro de Abogados del Ministerio de Justicia, con indicación precisa de la sanción impuesta y la fecha del inicio de la ejecución de la misma. Y como en el presente caso, con fecha 9 de mayo de 1990 se libraron oficios al Registrador Nacional del Estado Civil, Director General de Prisiones, Departamento Administrativo de Seguridad y Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia, comunicando el fallo del Juzgado, modificado y adicionado por el Tribunal, para los registros pertinentes, más no se hizo lo mismo respecto de la División de Registro de Abogados del Ministerio de Justicia, ni al Tribunal Disciplinario, así como tampoco a los Tribunales de Distrito Judicial, la sanción de prohibición del ejercicio profesional aún no se ha ejecutado.

Quiere decir lo anterior que si el Juez al suspender la ejecución de la sentencia e imponerle como período de prueba el de dos (2) años, solamente en caso de incumplimiento de las obligaciones contraídas, puede revocarse al procesado el beneficio otorgado y ejecutar la sentencia, es decir, hacer efectiva la pena privativa de la libertad y, al tenor del artículo 55 del Código Penal, una vez satisfecha ésta, disponer el cumplimiento de las penas accesorias de suspensión del ejercicio de la profesión e interdicción de derechos y funciones públicas, que fueron las que se le impusieron en el fallo condenatorio. Ello, por cuanto no se determinó expresamente que la suspensión de la sentencia se decretaba exclusivamente en cuanto a la pena principal de privación de la libertad.

En tales condiciones, el procesado no se hallaba efectivamente suspendido en el ejercicio de su profesión para la fecha en que presentó la demanda de revisión, razón por la cual, ninguna irregularidad se halla presente y mucho menos de la entidad que predica la Delegada como para invalidar la actuación surtida.

Si ello es así, tampoco se ha infringido por parte del procesado el Decreto 522 de 1971, ni el artículo 184 del Código Penal a que se refiere el Ministerio Público, máxime que esta última disposición se refiere a quien por cualquier medio se sustraiga al cumplimiento de obligación impuesta en resolución judicial y, como ya se dejó consignado, el doctor Quiñones Alegría, no solamente prestó la caución fijada, sino que suscribió la diligencia de compromiso mediante la cual se le impuso el ejercicio de profesión u oficio lícitos. Y si la pena accesoria de suspensión en el ejercicio profesional no fue exigida por el Juez en ejercicio de su facultad potestativa que le otorga el artículo 69 del Código Penal, las actuaciones cumplidas por el profesional del derecho en este proceso, no son constitutivas de infracción penal o contravencional, por lo que la Sala se abstendrá de ordenar compulsar las copias que demanda la Delegada con destino al Juez de Instrucción para adelantar la correspondiente investigación penal.

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

RESUELVE:

1. NEGAR LA NULIDAD demandada por el señor Procurador Segundo Delegado en lo penal.

2. ABSTENERSE de ordenar copias con destino a los Juzgados de Instrucción Criminal para el adelantamiento de investigación penal en contra del doctor Patricio A. Quiñones Alegría.

3. Dése cumplimiento al auto de fecha 18 de febrero del presente año.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres F., Jorge Enrique Valencia M., Edgar Lombana Trujillo, Conjuez.

Conexidad / Acumulación

En la acumulación jurídica se reúnen en uno solo diferentes procesos penales que se están juzgando separadamente, mientras que la conexidad procesal conduce, en cambio, a la formación de un solo proceso.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Carreño Luengas*
Aprobada Acta No. 37 del 12 de junio de 1991.
Bogotá, D.E., junio dieciocho (18) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Vistos

Debe la Corte decidir de plano, la colisión negativa de competencias que se ha suscitado entre el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Bogotá y el Segundo Penal del Circuito del Espinal (Tolima) en cuanto los dos se niegan a conocer del proceso que se adelanta contra Jaime Felipe Lozano Reveiz y José Marino Patiño Monsalve, por los delitos de hurto, estafa y abuso de confianza.

Actuación procesal

En la ciudad de Espinal (Tolima) funcionaba la Empresa "Exportadora de Tabaco de Occidente" en la cual se desempeñaba como Coordinador Administrativo el señor Jaime Lozano Reveiz.

En el mes de diciembre de 1984, Lozano Reveiz se apropió de los dineros y máquinas de la empresa, giró indebidamente y en provecho propio cheques de la entidad por más de cinco millones de pesos y finalmente se apoderó de 19.000 kilos de sulfato de potasio, abono químico que vendió en Bogotá con la complicidad de José Marino Patiño.

Por estos hechos, el Juzgado del Circuito del Espinal abrió causa criminal contra Jaime Lozano Reveiz por los delitos de hurto, estafa y abuso de confianza y contra José Marino Patiño como responsable del delito de estafa.

Recurrida la anterior decisión, el Tribunal Superior de Ibagué en providencia del 7 de junio de 1990 le impartió aprobación, con la modificación de llamar a juicio a Jaime Lozano Reveiz por los delitos de hurto, falsedad y estafa y a José Marino Patiño como cómplice del delito de hurto.

Entre tanto, en la ciudad de Bogotá se había iniciado proceso penal contra José Marino Patiño por su participación en esta ciudad en venta de los bultos del sulfato de potasio y fue llamado a juicio por el Juzgado Quinto Penal del Circuito como responsable del delito de estafa, decisión adoptada en auto del 6 de octubre de 1988.

Al tener conocimiento el Juez de Bogotá de que en Espinal se adelantaba el proceso principal, resolvió enviar al Juez de dicha localidad el proceso por él adelantado, con la solicitud de acumulación, petición que no fue atendida por el Juzgado del Espinal con el argumento de que no obstante que en los dos procesos se estaba juzgando a Marino Patiño por los mismos hechos, en el Juzgado de Bogotá se había ejecutoriado primero el auto de proceder y que por esto, este funcionario debía conocer de los dos procesos acumulados.

A su vez, el señor Juez de Bogotá, insistió en que no se trataba de una acumulación jurídica de procesos, sino de mantener la unidad procesal por cuanto a Marino Patiño se le estaba juzgando al mismo tiempo en dos juzgados por el mismo hecho y devolvió los procesos al Juez del Espinal.

Este funcionario mantuvo su posición y envía la actuación a la Corte para dirimir el conflicto.

Se considera

Es indudable, que en los dos procesos se está juzgando a Marino Patiño por un mismo aspecto fáctico: haber prestado su colaboración al autor material del delito, consumado en el Espinal y previo acuerdo para vender en la ciudad de Bogotá el abono químico sustraído a la Empresa Exportadora de Tabaco con residencia en el Espinal.

En el proceso adelantado por el Juez del Espinal (proceso principal), se dictó auto de proceder a los implicados en los hechos entre ellos a Marino Patiño, éste, como responsable de hurto por complicidad.

Y por el mismo hecho, el Juzgado del Circuito de Bogotá llamó a juicio a Marino, pero consideró que su conducta se subsumía dentro del tipo penal de la estafa.

Acumulación procesal

Existe acumulación jurídica de procesos, cuando, apareciendo varios juicios por diversos delitos que deben investigarse y juzgarse separadamente, sin embargo, el funcionario resuelve unirlos para fallarlos en un mismo proceso, por figurar en aquellos un mismo acusado o cuando uno de los juicios no pueda decidirse sin que se haya fallado el otro u otros (art. 86 del C. de P.P.).

La acumulación de procesos consulta los intereses de la justicia, economía procesal, valoración conjunta de la prueba, conocimiento de la personalidad del acusado y procura para éste la acumulación jurídica de penas, en vez de la acumulación aritmética o material.

Se trata entonces, de reunir en uno solo, procesos penales diferentes por delitos distintos que se estén juzgando separadamente; y en ningún caso, de acumular procesos por un mismo delito y por un mismo hecho punible, situación que jurídicamente es inadmisible porque al presentarse se estaría quebrantando el principio del non bis in idem, *al juzgar dos veces al mismo individuo y por el mismo hecho.*

Conexidad procesal

La conexidad procesal, conduce en cambio a la formación de un solo proceso, cuando se trate de un delito cualquiera que sea el número de sus autores o partícipes, cuando sean varios los delitos (concurso de delitos), cometidos por una o diversas personas, etc., o cuando tratándose de varios delitos, estos guarden entre sí una íntima relación de conexidad.

En el caso que ha venido a estudio de la Corte, no se trata de una acumulación jurídica de procesos como equivocadamente lo entendió el Juez del Espinal, sino del mantenimiento de la unidad procesal, pues, para los delitos investigados y consumados en el Espinal debe adelantarse un solo proceso, sin que importe que uno de los cómplices del hurto, el señor Marino Patiño hubiese realizado su conducta en la ciudad de Bogotá.

Por ello, procedió con acierto el Juzgado y el Tribunal de Ibagué, al comprometer a todos los autores y partícipes del hecho punible en el auto calificatorio, entre ellos a Marino Patiño como cómplice del hurto consumado por Lozano Reveir.. *Por estos hechos, no puede existir sino un* solo proceso.

Pero como existe otra causa adelantada por el Juez de Bogotá contra Marino Patiño por el mismo hecho, ese proceso debe terminar, adjuntando la actuación al juicio principal, teniendo cuidado el Juez competente que lo es el del proceso principal, el señor Juez Segundo del Circuito del Espinal, de tomar las medidas del caso para no dejar vigente el auto de proceder proferido por el Juzgado del Circuito de Bogotá.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de casación Penal, *dirime* la colisión de competencias, señalando al señor Juez Segundo Penal del Circuito del Espinal (Tolima), como el competente para conocer de este proceso y a él se le remitirán las diligencias. Comuníquese lo resuelto, para los fines pertinentes al señor Juez Quinto del Circuito de Bogotá.

Notifíquese y devuélvase.

Dídimo Páez Velandia, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael Cortés Carrasco
Secretario

Impedimento / Parte civil

La calidad de sujeto procesal en el impedimento no atiende al hecho de ser o no reconocido sujeto procesal, sino a la circunstancia de que con quien tiene derecho a ser parte civil, existe una relación de enemistad grave o de amistad íntima.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Gustavo Gómez Velásquez*
Aprobada Acta No. 38
Bogotá, D.E., junio diecinueve (19) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Vistos

El Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó, Dr. Carlos Alberto Coutín Padilla, el 8 de abril del año en curso, emitió el siguiente auto:

"Para estudio del proyecto de ponencia pasó a despacho, el proceso adelantado por el delito de homicidio contra Luis Valencia Mosquera, en el cual manifiesto que me declaro impedido para conocer del mismo, en razón de haber existido entre el suscrito y occiso, señor David Loaiza Portillo, al igual que con sus familiares amistad íntima. Lo anterior lo hago con fundamento en el numeral 5º del artículo 103 del C. de P.P."

Y, el Magistrado Ely Gómez Ortega, a quien correspondía pronunciarse sobre la procedencia o no del impedimento de marras lo declaró infundado, por cuanto "... los sujetos procesales se encuentran clasificados en tres grupos, así:

1. Los encargados de intervenir para que la justicia penal se administre cumplidamente: la Corte Suprema de Justicia (S. de C.P.), Tribunales Superiores de Distrito Judicial (Sala Penal), el Tribunal Superior de Aduanas; los jueces superiores, los jueces del circuito, de instrucción criminal, municipales y territoriales, los de distrito penal aduanero.

2. Los encargados de perseguir los delitos: Procuraduría General de la Nación y Fiscales y Personeros Municipales, y

3. Los encargados de defender sus propios derechos e intereses: el procesado, los apoderados y defensores y la Parte Civil (Procedimiento Penal. Edición, Antonio Vicente Arenas, Pág. 11, Temis Bogotá, 1987 y Procedimiento Penal Colombiano, 4ª Edición, Gilberto Martínez Rave, pág. 77, Temis, Bogotá, 1985).

En este orden de ideas, resulta sin nexos de causalidad la manifestación de impedimento formulada por el señor Magistrado Dr. Coutin Padilla, con base en el numeral 5º del artículo 103 del C. de P.P....", por cuanto revisado el expediente "no se encuentra en parte alguna prueba o acto o decisión que signifique la constitución de Parte Civil, emanada de los dolientes o herederos o perjudicados con el hecho punible investigado, conforme lo previenen los artículos37 y siguientes del C. de P.P., para que pueda hablarse con propiedad de Sujeto Procesal...".

Muy breves consideraciones de la Sala

1ª La calidad de sujeto procesal, para el caso, no puede entenderse con la severidad o estrechez con que la conceptúa el magistrado que rechazó el declarado impedimento, pues éste no atiende al hecho en sí de ser o no reconocido sujeto procesal, sino a la circunstancia de que con quien tiene derecho a ser parte civil (esto es, llegar a ser o ser ese concreto sujeto procesal), existe una relación de enemistad grave o de amistad íntima. Es que lo que la ley busca es apartar del conocimiento del proceso al juez o magistrado que teniendo uno de tales sentimientos, difícilmente puede guardar la imprescindible imparcialidad en su labor de juzgamiento, y aquellos no desaparecen por la mera circunstancia de que quien tiene derecho a hacerse reconocer como parte civil en el proceso de que se trate, aún no haya hecho uso del mismo. No puede el intérprete ser tan exegético al punto de que niegue operatividad a la norma por simples formalidades, rindiéndole así criticable culto a la literalidad, con desmedro grave de lo sustancial que es cuanto verdaderamente importa. La Corte, atendiendo a lo que ciertamente vale, esto es aquello de que la justicia sea impartida por quienes son ajenos a cualquier impedimento, y siendo consecuente con lo que aquí predica, ha prohijado que el instituto que se comenta tenga plena operabilidad en la etapa de las diligencias preliminares.

2ª El impedimento declarado no prospera, pero no, como quedó visto, por lo aseverado por el magistrado que lo rechazó, sino por cuanto el magistrado que lo dio en él existente, fue exageradamente escueto, seco, sobradamente inmotivado en la 'fundamentación' del mismo. Y,

"En asuntos como el analizado, la Sala en una época, se mostró inclinada a aceptar la simple manifestación del impedimento, así éste no se fundamentara en debida forma. Se estimaba la excusa como la interpretación más justa y certera de situaciones de evidente subjetividad, de las cuales el mejor juzgador era el propio impedido. Pero, en los últimos tiempos, el criterio ha variado, y en forma sensible, pues se viene exigiendo una explícita y convincente fundamentación de la inhabilidad a efecto de poder valorarla más objetivamente y deducir si las circunstancias invocadas comportan un serio menoscabo de la libertad de juicio de quien pretende esta separación voluntaria. Es necesario, entonces, que tales elementos traduzcan un grave compromiso para la autonomía espiritual del funcionario y para el buen nombre de la

administración de justicia, consiguiéndose de paso el rechazo de alegaciones artificiosas o exageradas que dejan entrever apenas un pretexto para evitar el conocimiento de un proceso."

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

RESUELVE:

NO HAY LUGAR a la separación del conocimiento del presente proceso del Magistrado Carlos Alberto Coutín Padilla.

Notifíquese y cúmplase.

Dídimo Páez Velandia, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael Cortés Garnica
Secretario

* * *

Testimonio / Menor

El menor no está incapacitado para rendir testimonio.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Guillermo Duque Ruiz*
Aprobada Acta No. 38.
Bogotá, D.E., junio diecinueve (19) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Conoce la Sala del recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 6 de abril de 1990, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira condenó a José Augusto Morales Medina, y a otro procesado, a 8 años de prisión por el delito previsto en el artículo 33 de la Ley 30 de 1986.

Antecedentes

La policía del municipio risaraldense de Mistrató venía sospechando que el señor Diego de Jesús Morales Medina, allí residente, traficaba con estupefacientes, motivo por el cual, al regresar éste de los Llanos Orientales, en compañía de su primo José Augusto Morales Medina, se les sometió a requisa en el retén respectivo, sin hallárseles nada; no obstante, siguieron vigilando la residencia de Diego, ubicada precisamente en frente de la Estación de Policía, residencia de la que en la tarde del sábado 17 de junio de 1989 vieron salir a su hijo Juan Camilo, de 5 años de edad, portando una mochila o morral a la espalda y detrás de él a su padre y José Augusto. Requisada esa prenda, dentro de la misma encontraron 7 bolsas con una sustancia que resultó ser cocaína con un peso de 600 gramos.

Capturados los dos, fueron puestos a disposición del Juzgado Segundo Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría (Risaralda), que abrió investigación, escuchó en indagatoria a los sindicados y a los testigos en declaración, salvo al menor Juan Camilo, con quien se llevó a cabo una diligencia de "conversación", dada su corta edad (fls. 19 y ss.).

Luego de dictárseles auto de detención, la investigación fue clausurada y calificada con citación de los sindicados Morales Medina a audiencia pública por infracción al

artículo 33 de la Ley 30 de 1986, auto de citación que fue apelado, pero el Tribunal de Pereira (con salvamento de voto de uno de los componentes de la Sala de Decisión) se abstuvo de revisarlo por estimar que no era susceptible sino de recurso de reposición (fls. 158 y ss.).

En tales condiciones se rituó la causa y se produjo con fecha 15 de febrero de 1990 sentencia de primera instancia, mediante la cual se les impuso a los acusados la pena principal de 8 años de prisión y multa de 25 salarios mínimos legales, las accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas y suspensión de la patria potestad (fls. 206 y ss.), fallo que, apelado por el defensor, recibió confirmación integral del Tribunal por medio del suyo que recurrió aquél en casación, sustituyendo luego el poder en otro profesional, que sólo presentó demanda a nombre de José Augusto, razón por la cual la impugnación extraordinaria se declaró desierta con respecto al otro procesado (fl. 23).

La demanda

Se acusa el fallo de violar indirectamente la ley, por error de derecho "por falso juicio de legalidad, al otorgársele validez jurídica a un medio de convicción, a saber, la declaración del niño Juan Camilo Morales, ingresada irregularmente al proceso con violación de las formalidades que la ley exige para la adución de la prueba. Error que condujo a la aplicación indebida de los artículos 33 y 38 de la Ley 30 de 1986".

El actor hace consistir el dicho error, en que según los artículos 254 y 258 del Código de Procedimiento Penal, únicamente son medios de prueba la inspección, la peritación, los documentos, el testimonio, la confesión y los indicios, pero al menor le fue recibida una "conversación", que "no es ninguno de los medios probatorios previstos en la ley", y si se le quiere "asemejar" a alguno, sería al testimonio, en el cual es requisito de validez el juramento, según el artículo 285 del Código de Procedimiento Penal; pero como se trata de un menor, y teniendo en cuenta que el nuevo Código no reprodujo el artículo 237 del anterior (Decreto 409/71), que prohibía tomar juramento al declarante menor de 10 años, hay que concluir que, en la actualidad "los menores de cierta edad no pueden testimoniar"; y agrega el casacionista:

"Lo que sí es evidente es que a un infante que no llega a los cinco años no se le puede juramentar y, por ende, está absolutamente incapacitado para testimoniar, pues, reiteramos, el juramento es requisito esencial para la validez de este medio de prueba.

"Por lo demás, en general al impúber, y con mayor razón a quien ni siquiera tiene uso de razón, como es el caso del niño, no se le puede juramentar, pues no puede sentir la coacción moral y, especialmente, jurídica de tal acto, pues carece totalmente de capacidad para comprender que incurriría en ilícito si faltara a la verdad".

También se queja de que no se le haya enterado al niño Juan Camilo que no estaba obligado a declarar, según el artículo 25 de la Constitución Nacional y el 286 del Código de Procedimiento Penal.

Así las cosas, estima el actor que a tenor del artículo 310 del Código en mención, esa prueba es "inexistente", y, por tanto, no podía ser tenido en cuenta en el fallo.

Pasa en seguida a analizar la "incidencia" de esa "conversación" en la sentencia, y reitera que la misma fue "elemento básico, así existan otros medios de convicción, los

cuales, por sí solos, no son suficientes para proferir sentencia de condena. De todas maneras –dice–, omitido el dicho del infante, y con relación a José Augusto Morales Medina, sólo quedarían como indicios en su contra el haber viajado con Diego a los Llanos, sin que ninguna sustancia psicotrópica les hubieran encontrado en la minuciosa requisa efectuada a su regreso; y el haber salido de la casa de Diego, cuando el infante iba a media cuadra con la sustancia estupefaciente. Eso y nada más, pues él no vive en la casa de Diego, ni Camilo es su hijo, ni los rumores señalaron a su residencia como lugar donde se expendieran narcóticos, ni aquélla estaba sometida a vigilancia".

Pide, pues, la casación del fallo y la absolución de su representado.

La Procuraduría

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal hace, sustancialmente, las siguientes precisiones:

1. El sistema de "pruebas legales", en el cual se enumeran cuáles medios de prueba pueden ser utilizados, "es un rezago del sistema de tarifa legal de la prueba", pero modernamente, muchas legislaciones consagran tal enumeración, pero a la vez el principio de la sana crítica, como ocurre en nuestro Código de Procedimiento Penal (arts. 253 y 258); o también se prevé el sistema "mixto", en el que se conserva la relación de las pruebas que se aceptan, pero se permite emplear cualesquiera otros medios que sean útiles, como es el caso del procedimiento civil colombiano (art. 175).

2. La "conversación" del menor Juan Camilo en este proceso, no tiene "la formalidad legal de un testimonio", por carecer de juramento, pero sin que ello signifique que ese testimonio "no exista", ya que "allí aparece como declaración oral de un tercero, como acto procesal ordenado por el Juez y recibido por él, en orden a recoger hechos atinentes al proceso. Con ello se dan las condiciones de existencia del testimonio dentro de la actividad procesal de que se trata. Diverso es el problema relativo a su validez por carencia de un requisito formal como el del juramento, impuesto por el artículo 285 del C. de P.P.".

Sí debe tenerse como prueba ese testimonio del menor, pues aparte de que así lo autoriza "el concepto de la prueba libre y la libertad de apreciación racional que inspira al código procesal colombiano", debe operar el principio de "integración sistemática de las normas reguladoras de la prueba", según el artículo 12 del Código de Procedimiento Penal y el 175 del Código de Procedimiento Civil, de acuerdo con el cual, además de las pruebas enumeradas, caben "cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez"; de donde se debe aseverar la no taxatividad de la relación que al respecto trae el Código de Procedimiento Penal, y que "sea lógico atender toda fuente de prueba que pueda ser recogida en el proceso sometida a los análisis críticos-racionales que de ella pudiere hacerse. Es al menos el criterio científico más aceptado, y que tradicionalmente se asegura corresponde a la inspiración del Código de Procedimiento Penal Colombiano".

Piensa por otro lado la Delegada que resulta procedente afirmar que, aplicando de nuevo el principio de integración, "los impúberes quedan exonerados de juramento", según las voces del artículo 227 del Código de Procedimiento Civil, y hace énfasis en que, de todos modos, el juramento "no constituye sino una forma de hacer gravitar sobre el

declarante la amenaza penal por falso testimonio, puesto que la ley sustancial exige para su estructuración típica dicha formalidad", y que como los menores de edad no son "sujetos pasibles del derecho penal, carecerá de sentido el que se les sometu a juramento".

Concluye así la Delegada que no existe el error de derecho invocado, y que, de otra parte, leyendo los fallos de primera y segunda instancias mediante los cuales se condenó a José Augusto Morales Medina, se constata que el testimonio o "conversación" del menor, no fue "elemento definitivo", y que, por el contrario, "es evidente que la versión oral del niño no arroja dato probatorio testimonial propiamente tal, pues apenas se ha extraído de ello el dato de la apresuarada exculpación del padre para inferir que el procesado acomodó la exculpación para favorecerse él y su hermano...". Lo que se tuvo en cuenta, dice la Delegada (es decir que el menor iba para donde su abuela, que es hijo de uno de los procesados y sobrino del otro, y que portaba la cocaína), "no emana del testimonio ni constituyen su objeto".

Finalmente, señala que el actor no hizo el ataque "completo" que exige un yerro como el alegado, pues no impugnó la prueba indiciaria que tuvo en cuenta el fallador, por todo lo cual, dice, "el cargo único" no prospera y, por tanto, la sentencia debe mantenerse.

Se considera

1. El artículo 285 del Código de Procedimiento Penal dispone:

"Debe de rendir testimonio. Toda persona está en la obligación de rendir bajo juramento, el testimonio que se le solicite en el proceso, salvo las excepciones legales."

Por auto de junio 21 de 1989 (fl. 18) el Juzgado Segundo Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría decidió: "De conformidad con las citas que le aparecen en estas diligencias, recepciónense los testimonios de la señora Gladys, y del menor Camilo Morales, esposa e hijo, respectivamente, del sindicado Diego Morales Medina".

En cumplimiento a ese auto el Juez se trasladó al Municipio de Mistrató y en primer término escuchó al menor de cinco años Juan Camilo Morales Orrego, a quien le fue incautada en un morral o mochila la cocaína. En el encabezamiento de dicha diligencia se lee: "No obstante el Código de Procedimiento Penal en su artículo 285 establece que toda persona está obligada a rendir declaración bajo juramento, el que no se le toma al menor por su corta edad y consiguiente falta de discernimiento sobre su responsabilidad" (fl. 19).

Esa diligencia, que el Juez tituló "conversación con el menor Camilo Morales", es la que tilda de "inexistente" el casacionista, con el argumento de que no es testimonio (por no poderse recibir con juramento) ni ninguno de los otros medios de prueba que relaciona el artículo 258 del Código de Procedimiento Penal (inspección, peritación, documentos, confesión e indicios).

Si por testimonio cabe entender, jurídicamente hablando, los hechos, circunstancias o cosas que se ponen en conocimiento de la autoridad respectiva y que interesan a una investigación o a un proceso, no se ve por qué un menor esté incapacitado para testimoniar.

En cuanto al juramento que debe presidir el testimonio, hay que señalar, con la Delegada y la doctrina dominante, que su razón de ser no es otra que amenazar con una pena (la prevista para el falso testimonio) a quien mienta en la declaración: en tratándose, como en este caso, de un menor de cinco años, dicha función "motivante" que cumple el juramento se perdería, pues esa minoría de edad lo excluiría de cualquier medida de carácter penal. Tanto por virtud de los artículos 5°, 6° y 7° del Decreto-ley 1818 de 1964 (vigente para la época en que el menor rindió testimonio o "conversó"), como del Código del Menor (Decreto 2737 de noviembre 27 de 1989), los menores de 12 años que incurran en "infracciones penales", son objeto de medidas encaminadas a su "protección especial y a su formación integral", impuestas por el Defensor de Familia, según los artículos 57, 169 y 277-13 del citado Código.

Siendo ello así, resulta claro que la asunción del testimonio de Juan Camilo Morales al proceso, no adolece de vicio alguno, y entonces no se presenta el "error de derecho" en que se basa el cargo.

2. Ahora bien: como simple enunciado, el actor afirma que el menor no fue enterado de que no estaba obligado a declarar (o "conversar"), de conformidad con los artículos 25 de la Carta y 286 del Código de Procedimiento Penal.

Tiene razón el casacionista en cuanto a que dicha advertencia se le ha debido hacer al menor, explicándole, en los términos apropiados a tenor de su temprana edad, que el acusado era su padre y que nadie lo iba a obligar a testimoniar para causarle un mal o perjudicarlo. Pero por parte alguna se vislumbra que el menor Juan Camilo haya sido presionado para obtener su declaración. Además, lo que se pretende mediante los artículos arriba citados, es que el testigo no sea requerido, compelido a declarar contra sí mismo o contra alguna de las personas que esa normatividad nombra, y en este caso aconteció que el niño *compareció a testimoniar en favor de su padre*, manifestando incluso que "ahorita me van a dar doscientos pesos, un regalo me los van a dar por venir aquí, por decir lo que me dijeron"; así, el menor Juan Camilo aseveró que un desconocido le "echó" la droga al monral.

De ahí que por ese segundo aspecto tampoco esa prueba deviene inexistente, o afectada por el yerro de derecho que adujo el demandante.

Sin perjuicio de la conclusión precedente, no sobra acotar que, como bien lo destaca la Delegada, el testimonio cuestionado de ninguna manera fue pilar del fallo atacado. Basta para ello repetir con el fallo del juzgado de Belén de Umbría: "Encontra de los aquí procesados milita la prueba de carácter testimonial allegada proveniente principalmente de los Agentes de la Policía Nacional", y con la sentencia del Tribunal: "las declaraciones de los Agentes del orden constituyen el elemento probatorio en este proceso. Ellos son medio idóneo para responsabilizar a los procesados de la infracción"; y más adelante: "poca alusión se ha hecho en esta providencia a la versión recepcionada al menor Camilo Morales, porque, en verdad, no son muchas las conclusiones que se obtienen de su lectura. Sin embargo, las demás pruebas que aparecen en el expediente son suficientes para sustentar la sentencia condenatoria proferida en contra de los señores Morales" (fls. 209, 252 y 253)

No prospera entonces el cargo.

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

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia impugnada.

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

Dídimo Páez Velandia, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael Cortés Garnica
Secretario

APLICACIÓN DE LA LEY EN EL TIEMPO / JURADO DE CONCIENCIA

Para la audiencia que se convoca y celebra en vigencia del Decreto 1861 de 1989, como consecuencia de la contraevidencia del veredicto del jurado que intervino, no es posible aplicar ultractivamente las disposiciones que regían para la época de la celebración de la primera.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Edgar Saavedra Rojas*
Aprobada Acta No. 38 del 19 de junio de 1991
Bogotá, D.E., junio veinte (20) de mil novecientos noventa y uno (1991)

VISTOS

Mediante sentencia del veintiséis (26) de abril de mil novecientos noventa (1990), originaria del Tribunal Superior de Ibagué, se confirmó la del quince (15) de diciembre del año inmediatamente anterior por la cual el Juzgado Superior de Honda condenó a Jaime Sánchez Amazo a la pena principal de once años de prisión y a las accesorias de rigor, como autor responsable del delito de homicidio simplemente voluntario cometido en la persona de Henry Téllez Herrera.

Contra tal decisión el defensor del condenado en tiempo oportuno interpuso recurso extraordinario de casación.

Legalmente concedido por la instancia, por auto del nueve (9) de agosto del año retropróximo se admitió la impugnación y en proveído de fecha noviembre veintiuno (21) del mismo año, se declaró la demanda ajustada a los requisitos formales propios de la técnica de casación.

Agotado el trámite procesal correspondiente del traslado al Ministerio Público, y dentro del cual el Procurador Delegado en lo Penal solicita de la Corporación no casar la sentencia, procede la Sala de Casación Penal de la Corte, a resolver el recurso interpuesto, previa síntesis de los siguientes:

Hechos

Los que dieron origen al proceso ocurrieron hacia la hora de las diez de la noche del domingo veintidós (22) de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve (1989), en el barrio "Campoalegre" del municipio de Ambalema, Tolima, y están relacionados con la muerte violenta de Henry Téllez Herrera la cual sobrevino horas después de haber recibido una herida con arma cortopunzante del ahora condenado, con quien se había enfrentado en riña momentos antes en un establecimiento en el que ingerían bebidas embriagantes.

Actuación procesal

La investigación se inició por el Juzgado Promiscuo Municipal de Ambalema y continuada por el Juzgado Séptimo de Instrucción Criminal Ambulante se vinculó legalmente al proceso mediante declaración de indagatoria al autor de los hechos, Jaime Sánchez Amazo, contra quien por auto del trece (13) de enero de mil novecientos ochenta y ocho (1988) se profirió medida de aseguramiento de detención preventiva.

Mediante proveído de fecha marzo treinta (30) de mil novecientos ochenta (1980) se declara cerrada la investigación por el Juzgado Veintiocho de Instrucción Criminal de Guayabal y por interlocutorio calendado abril veintidós (22) del mismo año, se profiere resolución de acusación en disfavor del procesado, la que apelada, recibe confirmación del Tribunal Superior de Ibagué, Tolima.

El Juzgado Primero Superior de Honda inicia la etapa procesal del juicio, y el diez (10) de julio de 1989 se celebró el acto de la diligencia de audiencia pública con la intervención del jurado popular, cuyo veredicto absolutorio, fue declarado contrario a la evidencia procesal mediante auto del veintiuno (21) de julio del mismo año.

Se sortearon nuevos miembros integrantes del jurado, se señaló la fecha del 28 de noviembre del mismo año para la celebración de la segunda diligencia de audiencia pública, y un día antes de la señalada, por auto de sustanciación se dispuso que dicho acto ya decretado "se lleve a cabo sin la intervención del jurado de conciencia", invocándose como fundamento jurídico las previsiones del Decreto 1861 que entró a regir a partir del 18 de agosto de mil novecientos ochenta y nueve y abolía la institución del jurado.

Rituada la nueva diligencia de audiencia pública conforme se había dispuesto, como culminación del proceso en primera instancia, se dictó sentencia condenatoria, luego confirmada por el Tribunal Superior.

La demanda

Al amparo de la causal 3ª de casación el actor pretende de la Corte se case la sentencia recurrida anulándose parte de la actuación del proceso y se disponga: o bien se dicte sentencia conforme al veredicto absolutorio proferido por el jurado de conciencia en la primera audiencia, ora se realice "el segundo juzgamiento del

procesado, pero con jurado de conciencia, como ya se había programado, tal y como aparece en auto de 26 de octubre de 1989".

Presenta a ese propósito, según textualmente se copia, "como cargo único" la causal que expresamente aduce, "por haberse dictado la sentencia dentro de un proceso viciado de nulidad supralegal o de orden constitucional, derivada del artículo 26 de la Constitución Política de Colombia aún vigente".

En desarrollo de lo que pretende ser la demostración del cargo, comienza por transcribir el canon 26 de la Constitución que estima "el marco legal dentro del cual habrá de definirse el caso planteado", como también el artículo 11 del Código Penal "que consagra e institucionaliza el principio del juez natural", para luego predicar la violación de las garantías procesales de la legalidad del juicio y de la jurisdicción, del debido proceso, de la favorabilidad normativa y del juez natural, al haberse adelantado el juzgamiento del procesado Jaime Sánchez Amazo en forma definitiva sin jurado de conciencia, pese a que ya se había llevado a cabo una primera audiencia con la intervención de esa institución.

A su juicio, el juzgamiento en una nueva audiencia pública como consecuencia de la contraevidencia del veredicto emitido por el jurado en la primera, debió haber terminado con la intervención también del juri, por cuanto al disponer el artículo 26 de la Constitución Nacional que nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa y el 11 del Código Penal como principio rector, la prohibición del juzgamiento por juez o tribunal especiales instituidos con posterioridad a la comisión del hecho punible, las reglas de juzgamiento o de procedimiento de obligada observancia eran las preexistentes a la ejecutoria del auto de control de legalidad, toda vez que la imputación del hecho punible que se hacía al procesado en la resolución de acusación nacía legalmente a la vida jurídica con la firmeza del proveído que declara la legalidad de la investigación y calificación del sumario. Con base en lo anteriormente afirmado, concluye, que el Decreto-ley No. 1861 del 18 de agosto de 1989 que abolió en su artículo 17 la institución del jurado de conciencia, vigente ciertamente para la fecha de la celebración de la segunda audiencia, no era de forzosa aplicación por ser ley posterior que establecía unas nuevas reglas de juzgamiento, y por desfavorables al procesado, "bajo ningún pretexto" podrían preferirse a las que regían para la fecha de la ejecutoria de la imputación contenida en la resolución de acusación.

Continúa entonces diciendo que al no haberse "respetado las reglas de juzgamiento", las que establecían la intervención del jurado popular, y de estricto cumplimiento para el caso por ser las preexistentes al momento de la imputación del hecho punible en la resolución de acusación, "se varió gravemente y en desmedro del procesado el procedimiento para el juzgamiento y con ello las garantías antes señaladas".

Particularmente, refiriéndose a "la favorabilidad normativa", su vulneración la hace consistir en la circunstancia de ser más favorable exponer la situación del procesado ante un Jurado de Conciencia y no ante un Juez de Derecho que ya antes al pronunciarse por la contraevidencia del veredicto había tomado una determinación y por ese camino, un prejuzgamiento.

Finalmente, en lo que pareciera ser un segundo cargo que estima también hace nulo el proceso, afirma sin citar la norma que considera vulnerada, que la contraevidencia "es inconstitucional porque el texto completo de la Constitución Nacional en parte alguna autoriza dos o más juicios contra un mismo procesado por el mismo hecho", como también lo es el segundo "juicio" a que se sometió al procesado, por flagrante violación del principio general del proceso penal conocido como "*non bis in idem*".

Concepto del Procurador Delegado en lo Penal

El representante del Ministerio Público, luego de presentar los hechos, resumir la actuación procesal y formular un detenido examen de los argumentos de libelista, se opone a la casación del fallo, solicitando el rechazo de la demanda "por manifiestas razones de orden técnico y lógico en su sustentación".

Respecto de lo primero, con apoyo en decisiones de la Corte relacionadas con la técnica que se debe emplear en la demanda cuando la censura se fundamenta en la causal de nulidad, enfatiza:

"El censor, al invocar en sede de casación la causal de nulidad, desatendió las precisas condiciones técnicas de presentación y demostración del cargo, empezando porque llega al extremo de invocar como sustento de su petición de nulidad, agravio al mandato del artículo 26 de la Carta Fundamental, a sabiendas de que las cuatro series de garantías no pueden invocarse globalmente, pues cada una de ellas tiene un tratamiento específico en casación, dado que en su esencia difieren unas de otras. Por manera que resulta, al menos confuso, el presentar el cargo de nulidad afirmando que se violaron todas las garantías procesales establecidas en el artículo 26 de la Constitución Nacional, por el hecho de que no se hubiere verificado la segunda audiencia de juzgamiento con el jurado de conciencia, sin que el impugnante muestre el camino de razonamiento lógico que atinente a cada situación lleve a la Corporación a la conclusión de que el proceso tiene errores relativos a las garantías procesales específicas."

En lo que concierne a la réplica que hace a "los términos de la impugnación", se opone la Delegada a la prosperidad de la demanda destacando como equivocados los planteamientos en lo que tiene que ver con la no aplicación para el caso juzgado de las previsiones contenidas en el Decreto-ley 1861 de 1989, como predica el recurrente, pues sobradamente se sabe que las normas de carácter procesal se aplican inmediatamente comienzan a regir, y de otro lado, salvo se afecten, lesionen o menoscaben derechos sustanciales del procesado respecto de ellas no tiene cabida el principio de favorabilidad consagrado en el artículo 5° del Código de Procedimiento Penal y 40 de la Ley 153 de 1887, en cuyo apoyo cita extractos de jurisprudencia de la Corte con las cuales corrobora sus afirmaciones.

Señala que la impugnación se funda en una personalísima interpretación del actor en relación con los efectos de la vigencia del Decreto-ley 1861 de 1989, como también de un errado criterio del impugnante sobre el contenido del artículo 26 de la Carta Fundamental, pues la expresión "nadie podrá ser juzgado sino contrario a las leyes preexistentes al acto que se imputa... utilizada por el constituyente, no apunta a

reglas de procedimiento, como ha querido entenderlo el casacionista, sino sentar el principio de que el juzgamiento penal debe obedecer a la previa definición de la conducta punible en la ley (legalidad del delito y de la pena).

Tampoco acepta como de recibo el argumento que califica de forzado, de que la imputación de la cual se habla en forma genérica en la Constitución, sea la formulada en forma concreta en la providencia que califica el mérito probatorio del sumario denominada resolución de acusación, puesto que el texto de la Constitución mira es la formulación del principio ya comentado.

Finalmente concretándose a los argumentos en que se apoya el pedimento de nulidad, textualmente, dice:

"Se censura el juzgamiento sin jurado diciendo que el principio de juez natural impide que se juzgue por un juez instituido 'con posterioridad a la comisión del hecho', olvidándose que el juez de derecho que produjo el fallo está creado desde antes de la comisión del delito en mención por el que se condenó al procesado. Argumenta igualmente que la contraevidencia es inconstitucional, pues no está permitido un doble juzgamiento por el mismo hecho, pero se demanda el juzgamiento con un jurado de conciencia lo que envuelve una contradicción esencial en el argumento. De otra parte el juzgamiento incluye la sentencia, y cuando se declara la contraevidencia aún no se dicta el fallo lo que deshace el argumento."

Consideraciones de la Corte

De la lectura atenta de los argumentos contenidos en la demanda con claridad se advierte que el casacionista intenta demostrar aunque sin fortuna que se omitió por las instancias el procedimiento que por disposición constitucional correspondía aplicar en el caso concreto, lo cual llevó, de contera, a la aplicación de normas procesales posteriores a la imputación del hecho punible que hacían más gravosa la situación del procesado, por manera que resulta evidente la precisión de más de uno de los supuestos de nulidad constitucional, al menos el de la violación del principio de la favorabilidad.

La Corte estima, de acuerdo con la Delegada, que la demanda tiene deficiencias técnicas, pero habiéndose determinado el hecho y el fundamento de derecho en los cuales se apoya la petición de nulidad, no será rechazada por razones de técnica, sin que se contestaran los planteamientos de fondo.

Dos son en verdad los problemas que aborda el recurrente, y se concretan en el principio de la legalidad del proceso, según el cual en su concepción más pura, las normas procesales preexistentes al hecho punible son las que deben regir el juzgamiento, y en el de favorabilidad en materia de tránsito de leyes procesales penales en el tiempo.

Para la respuesta al primero de los asuntos esbozados, menester es señalar que no desconoce la Sala la opinión de algún sector de la doctrina que negándole cualquier alcance restrictivo al canon 26 del Estatuto Superior y predicando su obvia primacía, sostiene el postulado de la preexistencia de la ley procesal penal como principio que en ninguna circunstancia y en ningún caso posibilita la aplicación de la ley posterior a la

comisión del hecho punible, ni siquiera cuando está destinada a determinar la sustanciación y ritualidad del proceso y a fijar la competencia y la jurisdicción. Semejante planteamiento implica, desde luego, sostener que todos los textos que pugnan con el postulado constitucional de la preexistencia de la ley procesal penal son inaplicables en cada caso concreto por inexequibles.

De antiguo la jurisprudencia de la Corte ha mantenido la enseñanza, no abandonada hasta ahora, que el artículo 26 de la Constitución Nacional, consagra cuatro garantías, a saber:

1. Preexistencia de la ley de acto que imputa (legalidad de los delitos y de las penas.

2. La competencia del juzgado o tribunal (legalidad de la jurisdicción).

3. El juzgamiento conforme a las formas propias del juicio (observancia del debido proceso y el derecho a la defensa).

4. Aplicación de la ley más favorable aun cuando sea posterior.

Con fundamento en estas prescripciones, la Corte ha reconocido el principio del debido proceso, respecto del cual ha dicho "apunta a la reglamentación procesal que con base en leyes preexistentes hace el Estado para asegurar que los procedimientos tengan un curso determinado..." (C.S. de J. casación febrero 15 de 1990 Magistrado Ponente Edgar Saavedra Rojas), salvo, claro está, conforme lo disponen los artículos 40 de la Ley 153 de 1887 y 5° del Código de Procedimiento Penal, en cuanto a la determinación de la jurisdicción y competencia y en lo concerniente a la sustanciación y ritualidad del proceso.

Con arreglo a lo anterior se sostiene que las normas procesales, excepto cuando repercuten en pro de los derechos del procesado porque comportan recursos, grados de jurisdicción, situaciones de mayor beneficio como libertad provisional, terminación extraordinaria del procedimiento, etc., y en tal sentido tienen un carácter más sustancial que instrumental, son retroactivas y se aplican ipso facto *desde cuando entran a regir, aun a los procesos iniciados con anterioridad a su vigencia, si la misma ley no establezca limitación alguna a su aplicación.*

La solución adecuada al problema que se aprecia, está relacionada evidentemente con el tema del tránsito de legislación y con el principio denominado del efecto general inmediato, en particular.

El Código de Procedimiento Penal contenido en el Decreto-ley 050 de enero de 1987 bajo cuya vigencia reconoce el recurrente, fue iniciado y tramitado el presente proceso, consagra en su artículo 5° el postulado del efecto general inmediato de la ley procesal penal, que dicho sea de paso está también establecido en el artículo 4° de la Ley 153 de 1887, y por virtud del cual, la ley que fije la jurisdicción y la competencia y determine lo relacionado con la sustanciación y ritualidad del proceso, se aplicará desde que entre a regir. Las excepciones no son ajenas a este principio y en ocasiones el propio legislador niega su aplicación a los procesos iniciados con anterioridad.

El 18 de agosto de 1989, se expidió por el Gobierno Nacional, en ejercicio de las facultades conferidas por la Ley 30 de 1987, el Decreto No. 1861, el cual derogó expresamente las normas pertinentes que reglamentaban la institución del jurado de conciencia, las que sólo se seguirían aplicando ultractivamente en los procesos con intervención de jurado en los cuales se hubiera iniciado audiencia pública para la fecha de la entrada en vigencia de la nueva ley, como una excepción a la aplicación inmediata de ésta.

En el presente caso, la diligencia de audiencia que se convocó y celebró como consecuencia de la contraevidencia del veredicto del jurado que intervino en la primera, se realizó el día 28 de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve, vale decir, con posterioridad a la fecha de la entrada en vigencia del Decreto en comento, y en tales circunstancias no era del caso entonces aplicar ultractivamente las disposiciones que contemplaban la participación del jurado y que regían para la época de la celebración de la primera audiencia, por cuanto el legislador sólo consagró como excepción al principio por virtud del cual comenzaban inmediatamente a regir la de la no aplicación a los procesos en los cuales hubiere iniciado la audiencia pública, que no era precisamente la situación del caso que se juzgaba.

Atinado estuvo el fallador de instancia, cuando aplicó la ley procesal que regía para la fecha de la celebración de la nueva audiencia pública, pues prescindir del jurado para el juzgamiento así se lo imponía el mandato perentorio de la ley.

Pero también, la favorabilidad de la ley, que de antaño solo se consideraba aplicable en tratándose de la norma penal sustantiva, actualmente se admite como la más importante de las excepciones del aludido principio y como tal opera como ya antes se dijo con relación a los derechos o garantías individuales del procesado, tales como defensa, libertad, recursos, etc.

La jurisprudencia de esta Corte ha sostenido:

"... aun 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" (Corte Suprema de Justicia, Casación Penal de noviembre 30 de 1990, Magistrado Ponente, Juan Manuel Torres Fresneda).

La discusión se desplazaría entonces en determinar si el procesamiento con la intervención del juri constituye un derecho individual del procesado por representar una mayor garantía el juzgamiento en conciencia que el de derecho. Al respecto, el pensamiento de la Corte, expuesto en más de una ocasión relieva que:

"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 materia jurídica 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, M.P. Dr. Carreño).

La anterior reflexión no permite inferir, al menos, que una modalidad de juzgamiento sea más favorable que la otra, como con claridad manifiesta lo expuso la Sala Plena de la Corporación al declarar la exequibilidad del artículo 36 del precitado Decreto 1861 de 1989:

"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, aun 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 intervención 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 con 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 acto 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 intuición 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 al 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 M.P. Dr. Jaime Sanín G.).

Se desprende de lo anterior, que en teoría prevalece la fundada opinión de la favorabilidad del juzgamiento con la intervención del jurado frente al realizado únicamente por el juez de derecho y ello es suficiente para rechazar la censura del fallo por este aspecto, ya que tampoco, en lo concreto, el impugnante presenta argumentos de los cuales colegirse la afirmación en contrario.

Se argumentó también por el censor menoscabo al principio universal del juez natural, que es aquél constitutivo del juez competente mencionado en el artículo 26 del Estatuto Superior, pero el cargo se presenta infundado, puesto que, por el juez

previamente establecido no puede entenderse el Tribunal Popular sino el juez señalado por la ley para adelantar el juzgamiento porque debe recordarse que las leyes de competencia son de aplicación inmediata, pues se ha entendido que ellas, cuando modifican la competencia, ni agravan, ni favorecen la situación del procesado.

Finalmente la prohibición del non bis in idem, *que estima violado el recurrente, como es bien sabido se concreta en la garantía para la persona de no volver a ser procesada por el mismo hecho, aunque se le dé una denominación distinto, pero también lo es que conforme a nuestra legislación este principio está establecido como un efecto de la sentencia ejecutoriada o de auto que tenga la misma fuerza vinculante o la de no ser juzgado simultáneamente en varios procesos por el mismo delito, y si tales situaciones de culminación del proceso, o de doble procesamiento no fueron las que se presentaron en el juzgamiento del procesado, no alcanza a entender la Sala el cuestionamiento del censor, pues en momento alguno se repitió un proceso contra prohibición expresa de la ley.*

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.

Didimo Páez Velandia (salvó voto), *Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.* (salvo mi voto).

Rafael Cortés Garnica
Secretario

* * *

Aplicación de la ley en el tiempo (Salvamento de voto) / Jurado de conciencia (Salvamento de voto)

El juzgamiento en conciencia respecto a la contraevidencia ha sido siempre considerado por el legislador un acto procesal complejo, o sea, que la llamada "segunda audiencia" no es acto autónomo de juzgamiento.

Salvamento de voto

Con nuestra habitual consideración disentimos de la decisión mayoritaria en virtud de la cual la Corte se abstuvo de anular el fallo impugnado. Brevemente consignamos las razones de nuestra disensión:

1. El desconocimiento de la contraevidencia de un veredicto en el juzgamiento con intervención de jurado de conciencia, no es un problema de favorabilidad ciertamente, sino fundamentalmente de desconocimiento del debido proceso. En efecto:

a) El juzgamiento que se hizo al procesado estaba regido por el procedimiento señalado en el C. de P.P., esto es, con intervención del jurado de conciencia, significando ello que ese y no otro era el debido proceso al que debía sujetarse la justicia por mandato del artículo 26 de la Carta. Ese debido proceso señalaba la posibilidad de ser el pronunciamiento del Tribunal de conciencia contrario a la evidencia probatoria y facultaba, en consecuencia, al juez para declararlo contraevidente y convocar nuevo jurado para definir el juzgamiento que, por lo demás, es único puesto que a nadie se le puede juzgar más de una vez por los mismos hechos, según principio universalmente conocido.

En cumplimiento de ese mandato legal el juez declaró contraevidente el veredicto y convocó en la forma que el rito debido ordenaba el nuevo jurado en providencia que constituía ley del proceso;

b) Para nosotros, según lo precedentemente expuesto, significa que el juzgamiento en conciencia respecto a la contraevidencia ha sido siempre considerado por el legislador un acto procesal complejo, o sea, que la llamada "segunda audiencia" no es acto autónomo de juzgamiento, sino meramente complementario y definidor así se haga, por razones de voluntad legislativa, con personas diferentes para no forzar

conciencias, pues el legislador al hablar de jurado o de vocales lo hace como institución no como conjunto de personas determinadas;

c) El principio universal del "juez natural" consagrado implícitamente en el artículo 26 C.N. y expresamente como principio rector en el artículo 1º del C. de P.P., 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*" (destacado 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*" (destacado 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 de 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 nuestro 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.

Como para nosotros es clara la violación del debido proceso a partir del auto que dispuso realizar la audiencia definitoria sin intervención de jurado de conciencia, circunstancia que no aceptó la mayoría de la Sala, se explica nuestro salvamento de voto a tal decisión.

Dídimo Páez Velandia, Jorge Enrique Valencia M.

Fecha, *ut supra*, (junio 20 de 1991).

Demanda de casación -- Técnica / Violación indirecta

Si lo que se impugna en casación es la falta de requisitos con que una prueba ha sido aducida o incorporada al proceso, la causal que debe proponer el demandante es la primera, cuerpo segundo: violación indirecta de la ley

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Guillermo Duque Ruiz.*
Aprobada Acta número 39.
Bogotá, D.E., veinte (20) de junio de mil novecientos noventa y uno (1991).

Conoce la Sala del recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 9 de agosto de 1990, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta condenó a Tobías Rodolfo Páez Castro, a cuatro (4) años de prisión por el delito previsto en el artículo 33 de la Ley 30 de 1986.

Antecedentes

El 2 de enro de 1990, la Jefe del Grupo Antinarcóticos de la Sijín de Cúcuta, Cabo Primera Doris Ceida Carefa Caicedo, solicitó al Juez 15 de Instrucción Criminal Especializado, "la expedición de una boleta de allanamiento y registro al inmueble ubicado en la calle 18 con avenida 9ª números 8-36 y 8-38 del barrio Camilo Torres, ya que se tiene conocimiento que en dicho lugar almacenan drogas alucinógenas".

El juez oyó en declaración a la solicitante, y el mismo día ordenó la referida diligencia, la cual se llevó a cabo también en la misma fecha, encontrándose en la casa con nomenclatura 8-38 "once (11) porciones de basuco", en sendas puntas de dedos de guantes usados para cirugía, que arrojaron un peso neto de 102 gramos y que fueron halladas en el sifón del lavadero. Se dio captura en esa residencia a Carmen Alicia Castro, Jesús Alberto Castro, Tobías Rodolfo Páez Castro, Juan Carlos Reyes, Juan Ramón Andrade y Flor María Arangure Delgado, más Tobías Rodolfo (hijo de

Carmen Alicia y hermano de Jesús Alberto), admitió ser el dueño de la sustancia. El inmueble marcado con el No. 8-36 también fue registrado, pero allí no se encontró nada.

El 3 de enero, en las instalaciones de la Sijín, se llevó a término la diligencia de "pesaje, sustracción (sic) de muestra e identificación de material de una sustancia polvosa" (fl. 13), en la cual estuvieron presentes el Jefe de Policía Judicial, la ya citada jefe del operativo, un perito y los capturados.

El mencionado juzgado abrió investigación, escuchó a los aprehendidos en indagatoria, practicó otras pruebas y por auto de 9 de enero resolvió la situción jurídica de los acusados, con detención para Tobías Rodolfo y Juan Carlos Reyes, y absteniéndose de imponer medida de aseguramiento respecto de los demás sindicados. Contra Reyes existe el dicho de uno de los policías en el sentido de que, cuando se golpeó en la casa, aquél corrió hacia el baño a "descargarse".

El expediente pasó por competencia al Juzgado Sexto Penal del Circuito de Cúcuta, que el 17 de enero practicó "diligencia de inspección, pesaje, análisis, toma de muestra y destrucción de la sustancia" (fl. 74), y luego, al resolver el recurso de reposición interpuesto por el defensor de Tobías Rodolfo y Juan Carlos, revocó el auto de detención en cuanto a este último sindicado (fls. 85 y ss.).

Cerrada la investigación, se la calificó con citación a audiencia pública respecto de Tobías Rodolfo, y con sobreseimiento definitivo para los demás (fls. 97 y ss.); la conducta del acusado se encajó en el artículo 33 de la Ley 30 de 1986.

Abierto el juicio a pruebas, el defensor solicitó que se allegaran al proceso copia de la historia clínica del acusado; el juzgado ordenó esa prueba y además un "reconocimiento psiquiátrico al procesado Tobías Rodolfo Páez Castro (fls. 106 y ss.); el hospital remitió copia de dicha historia, precisando que Tobías Rodolfo tuvo allí "tratamiento médico psiquiátrico" entre el 14 y el 19 de mayo de 1976, y que "el paciente salió por fuga" (fl. 114).

El 23 de abril el juzgado ofició a la cárcel para que el justiciable fuera remitido al referido "Hospital Mental Rudesindo Soto", a fin de que se le practicara el examen respectivo (fl. 119), pero en el expediente no aparece nada más a ese respecto, observándose que el 7 de mayo se fijó fecha para audiencia, que se celebró el 22 de dicho mes, y que el juzgado dictó sentencia el 31 de mayo de 1990, por medio de la cual condenó a Tobías Rodolfo a la pena principal de 4 años de prisión y multa de 10 salarios mínimos, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas y negó la condena de ejecución condicional (fls. 131 y ss.).

Apelado el fallo por el defensor, el Fiscal Tercero del Tribunal de Cúcuta, conceptuó en el sentido de que aquél debía ser revocado y el acusado absuelto, pues estimó que por parte del grupo policivo que hizo el allanamiento se cometieron graves abusos, como hacer desvestir delante de todos a unas hermanas de Tobías Rodolfo, y obligarlas a "abrirse de piernas y pujar", para verificar si albergaban en sus cuerpos algún estupefaciente. "De manera pues –dice el Fiscal–, que si la prueba de cargo se resquebrajó respecto a los atropellos y vejámenes sufridos por la familia del

procesado y personas extrañas, no puede por lo mismo, servir entonces para descargar juicio de responsabilidad contra el justiciable" (fl. 5-2).

El Tribunal por medio del fallo que recurrió en casación y sustentó al defensor, le impartió entera aprobación a la sentencia del juzgado, respondiendo, en cuanto al allanamiento, que esa diligencia se practicó "con estricta sujeción a la ley", y en relación con la diligencia que la Dijin practicó a la sustancia incautada, que "si bien se omitieron algunas formalidades (alude a la no presencia del Ministerio Público), éstas no alcanzan a desvirtuar su validez" (fl. 15, paréntesis fuera de texto). En seguida le da plena credibilidad a la prueba de cargo:

"No es entonces la sola información de que en dicho inmueble se expenden estupefacientes y el hallazgo efectivo por la Policía en el allanamiento de 102 gramos netos de cocaína dentro de un sifón de la cañería, lo que constituye la prueba de cargo contra el procesado Páez Castro; es el reconocimiento que hizo ante propios y extraños en el momento mismo de la incautación, diciendo ser suyo el alcaloide y luego en forma tácita en su indagatoria y la manifestación de haber arrojado allí, en el mismo caño indeterminada cantidad de basuco o cocaína, aunque alegue que en distinto empaque, lo que lleva a la Sala a la certidumbre de su responsabilidad" (fls. 18 y 19-2).

En cuanto a "los posibles desafueros" que le endilga el Fiscal a la policía con ocasión de la diligencia de allanamiento, el Tribunal dispuso la expedición de copias para efectos disciplinarios.

La demanda

Tres cargos formula el actor al fallo, con amparo en la causal de nulidad prevista en el numeral 3º del artículo 226 del Código de Procedimiento Penal:

1. El artículo 78 de la Ley 30 de 1986 ordena la presencia del Ministerio Público en la diligencia que la Policía Judicial debe realizar cuando incaute estupefacientes; como esa exigencia no se cumplió en este proceso, existe "nulidad supralegal" por violación a las "formas propias del juicio", y también a la violación del debido proceso, a tenor del artículo 305-2 del Código de Procedimiento Penal.

2. Se violaron "las garantías constitucionales del debido proceso" de que habla el artículo 26 de la Carta, pues no se practicó reconocimiento psiquiátrico al procesado Tobías Rodolfo "tal como lo ordena el artículo 274 del C. de P.P., habida cuenta de que existían elementos de juicio que permitían suponer fundadamente que, cuando se realizó el hecho punible, se hallaba o podía hallar en situación de trastorno psicosomático", hasta el punto que el juez dispuso que fuere reconocido, y ello no se cumplió, lo cual "lleva a pensar que pudo haberse juzgado a una persona inimputable cuando el procedimiento a seguir es otro. .".

3. Violación a las garantías constitucionales del citado artículo 26, ya que "con una sola boleta se ordenó el allanamiento de dos residencias, lo cual viola el artículo 368 del C. de P.P.", norma según la cual "la boleta de allanamiento debe ser precisa hacia una residencia", y agrega el actor que si la policía tenía sospechas que en ambas

residencias se expendían estupefacientes, para el allanamiento "debieron solicitar boletas separadas".

La delegada

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal comienza por resaltar algunas fallas "técnicas" de la demanda, donde se plantean nulidades, pero no se esgrimen sus fundamentos "claros y precisos de orden normativo que permitan predicar su existencia, la relevancia que produzca en las decisiones adoptadas en el fallo impugnado y, desde luego, la actuación procesal que estaría viciada y el momento desde el cual la Corte debería declarar la presunta invalidez"; y a renglón seguido hace ver que los cargos 1º y 3º se refieren a "informalidades vinculadas a una prueba en particular", vicios que, por regla general, limitan los efectos de validez o valoración de la prueba en sí misma, pero sin afectar la estructura del proceso y que por lo tanto, sólo pueden esgrimirse en el recurso de casación errores *in judicando* a través de la causal primera, cuerpo segundo. Es evidente, entonces, que el impugnante confunde las irregularidades que afectan el debido proceso con los grados probatorios".

También censura el manejo del segundo cargo, pues estima el señor Procurador que ante la desaparición del jurado de conciencia, el aspecto de la inimputabilidad ya no es viable alegarlo como violación del debido proceso (cuando desconocer "la inimputabilidad implicaba desviar la estructura procesal establecida" –juzgamiento sin intervención del jurado–), sino como ataque al derecho de defensa, "pues, se sabe, subsiste la diferencia relativa a la índole de la consecuencia jurídica principal imponible, que, obviamente, no afecta el esquema del proceso, sencillamente relieva que debe respetarse la garantía de que al implicado se le irrogren las consecuencias que la ley le ha fijado para su conducta... Por tanto, la omisión del peritaje psiquiátrico del implicado, es un reproche que sólo puede formularse como nulidad por violación al derecho de defensa".

Empero, seguidamente pasa el delegado a examinar "la legalidad del fallo impugnado", y advierte que "aún en el caso de que se hubiera acertado técnicamente en la formulación de los cargos, la pretensión tampoco estaría llamada a obtener resultados positivos", porque la no presencia del representante del Ministerio Público no invalida de por sí la diligencia practicada por la policía judicial con la cocaína incautada, máxime que posteriormente el Juzgado Sexto Penal del Circuito llevó a cabo actuación análoga con intervención del perito y de la Fiscal Segunda de ese Circuito de Cúcuta.

En cuanto al allanamiento dice que ninguna importancia tiene la censura, pues, aparte de que "la autorización se hizo incluyendo las dos nomenclaturas, habiéndose realizado la diligencia en ambas, el artículo 368 del C. de P.P. no contiene las imposiciones que el impugnante le atribuye tan sólo por estar redactado en singular...".

Por último, respecto de la "condición de inimputable" alegada en el cargo segundo, advierte que únicamente interesa "al Derecho Penal en la medida en que se haya erigido un factor determinante de la realización del hecho punible (conducta

típica y antijurídica), por lo que la ausencia de este vínculo, convierte en inocua la inmadurez psicológica o el trastorno mental que pueda padecer el procesado...". Y en cuanto al procesado Tobías Rodolfo dice que "era consciente de la conducta que realizaba, no sólo porque ya había sido privado de la libertad por 'vicioso', sino porque reconoció el basuco en la sustancia supuestamente hallada por él, y estaba enterado de que es perjudicial para la salud. Y la simple manifestación de que había aceptado ser el propietario del material decomisado, para librar a sus familiares de los problemas que la tenencia de aquél producían, revelan sin lugar a dudas, que comprendía la ilicitud del comportamiento", por todo lo cual "no se justificaba practicarle reconocimiento médico psiquiátrico. Por tanto, no allegar el experticio no significa ataque alguno al derecho de defensa".

Pide entonces la no casación del fallo.

Se considera

Cargos primero y tercero

Dichos cargos de la demanda de casación atañen a la falta de "formalidades" en la práctica de dos diligencias: la que según el artículo 78 de la Ley 30 de 1986 debe adelantar la policía judicial con el estupefaciente decomisado, con presencia de un agente del Ministerio Público, si, como en este caso, se realiza en "zona urbana", formalidad no cumplida en este evento.

La segunda diligencia es la de allanamiento: *se queja el casacionista de que el Juzgado 15 de Instrucción Criminal Especializado haya ordenado, "conjuntamente" (él dice que "en una misma boleta") el allanamiento y registro de dos inmuebles, caso que en su sentir está prohibida por el artículo 368 del Código de Procedimiento Penal, que dice: "cuando haya serios motivos para presumir que en un bien inmueble o nave o aeronave..." (se destaca); de donde el actor pretende que era imprescindible dictar autos separados y/o "boletas" separadas respecto de cada una de las residencias en las que se llevó a término la referida diligencia.*

Esos cargos no pueden hacerse al abrigo de la causal de nulidad, como lo hace el demandante en el presente proceso: la jurisprudencia ha sido reiterativa y uniforme en cuanto a que si lo que se impugna en casación es la falta de requisitos o defectuosidad con que una prueba ha sido aducida o incorporada al proceso (y esa prueba, además, ha sido determinante del fallo), la causal que debe proponer el demandante es la primera, cuerpo segundo: violación indirecta de la ley, en este caso consistente en error de derecho por lo que se ha dado por llamar en la doctrina falso juicio de legalidad. ¿Esto por qué? Porque si se demuestra que la prueba en cuestión es inexistente o inválida, y reviste el carácter de "determinante" acabado de indicar, lo procedente sería que la Corte case el fallo y profiera el respectivo en reemplazo, según la naturaleza del que se ataca. Además, porque fallas como las que plantea el actor en este caso, no tienen por qué contaminar el resto o parte del decurso procesal, ni mucho menos desquiciar el esquema propio de cada procedimiento; de ahí que no quepa hablar de nulidades por "indebido proceso" ni por violación de las "formas propias del juicio", cuando –yerros semejantes sobre las pruebas se cometen–.

Siendo ello así la Sala está imposibilitada para examinar de fondo los señalados cargos del libelo, porque por disposición legal le está vedado contemplar causales o motivos distintos de los propuestos por el casacionista; y de verdad que hasta ahora a nadie se le ha ocurrido postular que sea dable el examen oficioso en tratándose, como aquí, de la causal primera de este recurso extraordinario.

De todos modos, cuando se enfrente una equivocación como la que se comenta, lo aconsejable es –como se ha tratado de hacer aquí–, que en los antecedentes del proveído, se deje bien claro que fue lo que realmente ocurrió en cuanto a las "formalidades" que requieren las pruebas y que indique el censor, para que se constate su trascendencia, y, de una u otra manera, se diluya la impresión o la sospecha de que, de golpe, se está dejando en pie una verdadera injusticia, con el argumento de que la técnica impide repararla. También cuando el concepto del Ministerio Público (que, de cierto modo, tiene en estos campos "más libertad" que la Corte) se adentra en esos puntos "oficiosos", debe la Sala hacer la reseña del caso con no otro objetivo que el que se acaba de mencionar.

No prosperan, pues, esos reproches.

Cargo segundo

El actor sostiene que en el proceso existen serias bases para suponer que el procesado Tobías Rodolfo Páez Castro es inimputable, lo cual obligaba al juez a ordenar a su respecto un examen médico, con fundamento en el artículo 274 del Código de Procedimiento Penal, que dice:

"Examen del procesado. Cuando se trate de exámenes en la persona del procesado, el juez puede ordenar que éste sea colocado, con las seguridades debidas, en un establecimiento que facilite las investigaciones del perito, por el tiempo que sea necesario."

Esa norma, como se ve claramente en su tenor, no está ordenando al juzgador someter a examen médico al procesado que probablemente haya cometido el hecho punible en situación de inimputabilidad, a diferencia del artículo 411 de la codificación anterior (Decreto 409/71) que sí lo contemplaba clara y expresamente.

Mas desde luego que la suspensión del citado artículo 411 no significa que la obligación allí prevista haya dejado de subsistir, pues ella forma parte de los "deberes generales" del juez frente al proceso que emanan de diversas normas del Código de Procedimiento Penal.

Ahora bien: un cargo semejante de omisión de dicha prueba, de verdad que encuentra marco debido en la causal de nulidad, no ya porque el carácter de inimputable llevaría a otro procedimiento, pues desde la entrada en vigencia del nuevo Código de Procedimiento Penal (no a partir de la "supresión" del jurado, como señala la delegada, quizás en referencia al Decreto 1861 de 1989, que acabó con la institución), imputables e inimputables eran juzgados con intervención del jurado de conciencia, en los delitos expresamente señalados allí (artículo 505), sino que la nulidad devendría de una violación al debido proceso, no en cuanto a su trámite, sino derivada de la vulneración de la "legalidad" de la pena, de la medida de seguridad, en fin, de la consecuencia respectiva que comporta por este aspecto el fallo de condena.

En cambio, no ve clara la Sala la tesis de la delegada en tal sentido, esto es, la violación al derecho de defensa, sencillamente porque no puede aseverarse, de forma absoluta y general, que la medida de seguridad sea más benigna que la pena. No más recuérdese al respecto la "indeterminación" que –se ha reconocido mayoritariamente en decisiones de exequibilidad de Sala Plena– es propia de ciertas medidas de seguridad, cosa nunca predicable de una pena *en sentido estricto*. De ahí que diga la Sala que en estos eventos se desconocería la legalidad de las penas o "sanciones" y no el "derecho de defensa".

En lo demás, se comparte, el criterio de la Procuraduría. En efecto: en este caso concreto, en el que se acusa al procesado de *traficar* con cocaína, resulta necio hablar de que ese comportamiento pudo estar determinado por alguna de las causas de inimputabilidad (artículo 31 C.P.).

"Por lo demás –indica la Delegada–, la comprobación de la inimputabilidad del procesado se convierte en imperativo para el investigador, en cuanto los elementos de juicio revelen con fundamento atendible y serio, la posibilidad de que el procesado se encuentra en esa condición. Por lo tanto únicamente ante antecedentes de esa índole, omitir el examen psiquiátrico del implicado eventualmente llegaría a configurar una lesión para el derecho de defensa."

Que el procesado haya estado 4 días en un hospital mental (del cual se evadió, por lo demás), y que haya confesado ser consumidor, o "gustarle", la marihuana, no reviste de por sí la probabilidad de que sea inimputable. Y si el juez ordenó su "examen mental", designó el perito y formuló a éste el cuestionario (fls. 107 y ss.), pero a la postre el examen no se llevó a cabo (o por lo menos no obra en el proceso), tal cosa no revela la inimputabilidad de Tobías Rodolfo: la Sala no lo ve así, y el casacionista tampoco lo hizo ver, limitándose a echar de menos ese peritaje.

Este otro cargo tampoco prospera.

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

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia impugnada.

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

Didimo Páez Velandia, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael Cortés Garnica
Secretario

* * *

PRESCRIPCIÓN — Circunstancias / RESOLUCIÓN DE ACUSACIÓN

La acusación definida en la sentencia, es la que debe servir para determinar si cuando se profirió la resolución acusatoria, el Estado todavía conservaba la competencia para hacerlo

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Guillermo Duque Ruiz.*
Aprobada Acta número 39.
Bogotá, D.E., veinte (20) de junio de mil novecientos noventa y uno (1991).

Procede la Sala a resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto por el apoderado del procesado José Miguel Tolosa Cañas, contra la sentencia fechada el 3 de mayo de 1990, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, lo condenó a la pena principal de veinticuatro (24) meses de prisión, al hallarlo penalmente responsable del delito de falsedad material de particular en documento público, agravado por el uso (artículos 220 y 222 del Código Penal).

I. HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Según el Procurador Tercero Delegado en lo Penal, los antecedentes de este proceso pueden sintetizarse así:

"Revisados algunos procesos laborales cursados en los Juzgados del Circuito de Bogotá, por parte de la Oficina de Investigaciones Fiscales de la Contraloría General de la Nación, se logró establecer que en el Juzgado Noveno, Rodrigo Ramírez Pescador, en representación de Javier Gómez García, Ruth Vanegas de Uribe, Joaquín María Rodríguez Jiménez, Serafín Bello y Leovigildo Bentancurt Escobar, inició proceso en el que obtuvo el pago de $4.618.035 por concepto de mesadas pensionales e intereses, actuación adelantada con base en resoluciones aparentemente expedidas por el Ministerio de Educación Nacional, en los cuales se reconocía derecho a pubilación a los poderdantes, pero que resultaron integralmente falsas. El

señor Rodrigo Ramírez Pescador, supuesto abogado, utilizó procedimiento similar en otros juzgados, hasta obtener fraudulentamente la suma de $17.408.222.93.

"Para hacer efectivos los títulos judiciales, fueron utilizadas las cuentas corrientes bancarias del Banco Popular, Sucursal Bogotá, una de las cuales se abrió a nombre del sindicado José Miguel Tolosa Cañas.

"Estos hechos ocurrieron entre los años de 1979 y 1980" (fl. 20).

Culminada la investigación que inicialmente adelantó el Juzgado 85 de Instrucción Criminal de Bogotá, el Juzgado Quince Superior de esta misma ciudad calificó su mérito llamando a responder en juicio por los delitos de falsedad en documento y estafa a José Miguel Tolosa Cañas, y tomando igual determinación respecto de Héctor Quiroga Herrera, Horacio Rojas Gómez, Samuel López Guzmán y Gilberto Uribe Acosta, pero únicamente por el delito de estafa, pues por el de falsedad fueron sobreseídos temporalmente, medida con la cual se amparó también a otros sujetos que habían sido vinculados al proceso en calidad de sindicados (fls. 406 a 452 del cuaderno No. 3).

El 13 de mayo de 1989 y después de cumplidas todas las ritualidades del juicio, el mismo Juzgado Superior ya citado dictó la sentencia de primera instancia, mediante la cual condenó a José Miguel Tolosa Cañas a la pena principal de cuarenta y dos (42) meses de prisión, más las accesorias de rigor, por el delito de estafa. En relación con el delito de falsedad en documentos dispuso la absolución de este procesado, decisión ésta que también se tomó respecto de los demás sindicados por los delitos que se les habían deducido en el auto de proceder.

Apelada la sentencia, el Tribunal Superior de Bogotá, decidió condenar a José Miguel Tolosa Cañas a la pena de veinticuatro (24) meses de prisión, como cómplice del delito de falsedad en documento público, agravado por el uso del mismo, y absolverlo por el delito de estafa. Se le concedió la condena de ejecución condicional. Los demás procesados fueron absueltos. Este fallo, fechado el 3 de mayo de 1990, es el objeto del recurso extraordinario de casación que mediante esta providencia se resuelve.

II. La demanda

Con fundamento en la causal tercera del artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, el actor lanza un solo cargo contra la sentencia impugnada: "haberse dictado en juicio viciado de nulidad", el cual estructura así:

"La sentencia de segundo grado se dictó en juicio viciado de nulidad, ya que para la fecha en la cual quedó en firme el auto de proceder dictado en contra de mi mandante, la *acción penal se hallaba prescrita*, es decir, no podía dictar fallo condenatorio ni absolutorio por el delito de falsedad documental, ya que su condición de cómplice, deducido en el proceso, haría imperioso que los juzgadores declararan la prescripción de la infracción y por tanto, la cesación de procedimiento en favor del señor José Miguel Tolosa Cañas."

Dice el censor que como quiera que el Tribunal se abstuvo de conocer de la apelación interpuesta contra el auto de proceder, por falta de debida sustentación del

mismo, esta providencia quedó ejecutoriada, teniendo en cuenta la fecha de su notificación, el 18 de marzo de 1987.

Afirma también que "como se dejó consignado en el auto de proceder y en el fallo de primera instancia (fls. 511 y 512 del cuaderno número 3 –fls. 9 y 10 del fallo de primera instancia) a José Miguel Tolosa Cañas se le acusa de haber consignado en su cuenta particular varios títulos judiciales provenientes de juicios ejecutivos laborales ante los Juzgados Tercero, Noveno y Décimo, en las fechas de 12 de julio, 20 y 21 de diciembre de 1979, es decir que, la presentación de las resoluciones ante los despachos judiciales tuvieron ocurrencia con mucha anterioridad a estas fechas y, en consecuencia, su presunta falsedad *debió en todo caso* ocurrir antes de este acto procesal de presentación del documento ante el funcionario judicial".

Continuando en la sustentación del cargo, agrega el recurrente, que "como los hechos tuvieron ocurrencia antes de la vigencia del actual Código Penal, la conducta atribuida a mi patrocinado se halla en los dos estatutos sancionados con un máximo de ocho (8) años de pena privativa de la libertad, es decir, cualquiera de ellos podía ser aplicado. Así mismo, y como mi representado fue condenado en su condición de cómplice en el punible de falsedad documental, al tenor de los artículos 20 y 24 de los estatutos punitivos, anterior y actualmente vigentes, respectivamente, la sanción se reduce, para los efectos prescriptivos, en una sexta parte, o sea que, el máximo de pena imponible por su conducta, sería la de ocho (8) años de prisión, disminuida en una sexta parte, para quedar en definitiva en seis (6) años y diez (10) meses, lapso ampliamente superado no solamente al proferirse el auto de proceder por parte del señor Juez Quince Superior de Bogotá, sino a la ejecutoria de la providencia del Tribunal Superior de Bogotá y mediante la cual causó ejecutoria el auto de proceder".

"Resulta manifiesta la falta de competencia de los juzgados de instancia para proferir decisión condenatoria o absolutoria respecto del delito de falsedad documental –concluye el memoralista–, ya que su *única competencia* estaba circunscrita a la *declaratoria de prescripción de la acción penal, sin que importara el concurso de delitos, como reiteradamente lo ha sostenido esa honorable Corporación.*"

"Resulta entonces, termina afirmando el actor *ostensible* la nulidad invocada ya que el no haberse declarado la cesación de procedimiento en su momento, la sentencia condenatoria proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, exclusivamente con relación a esta infracción, por la modalidad de participación del señor Tolosa Cañas, debe invalidarse por haberse dictado sin (sic) falta de competencia y con violación del numeral 1° del artículo 305 del Código de Procedimiento Penal."

Con apoyo en una providencia de esta Sala fechada el 25 de abril de 1977 y de la cual fuera Ponente del honorable Magistrado José María Velasco Guerrero, que cita extensamente, el casacionista sostiene que si bien es cierto que cuando se dictó el auto de proceder la acción penal todavía no estaba prescrita, según la calificación jurídica que a los hechos se dio en dicha providencia, si se tiene en cuenta la calificación definitiva dada a los mismos en la sentencia de segunda instancia el fenómeno sí se habría presentado para aquella oportunidad, pues como lo expresó la Corte en la precitada decisión, "la pluralidad de actos que unifican el proceso

culminan con la sentencia. Si sus motivaciones contienen circunstancias modificadoras de la responsabilidad del agente, que la atención dentro del mismo género delictivo de forma que determinen una modalidad distinta, sus conclusiones serán condenatorias solamente después de confrontar si para el tiempo en que dictó el auto de proceder (habida cuenta del fenómeno prescriptivo, artículo 105 del Código Penal), hubiera sido posible al juez de conocimiento comprometer en juicio al sindicado con la calificación final que a los hechos correspondería en la sentencia. Caso contrario, la decisión judicial deberá concluir con la declaratoria de prescripción y la consecuente cesación de procedimiento. Pues lo que prescribe en cada caso concreto –se repite– es la acción del Estado para perseguir un hecho delictuoso, en la modalidad específica determinada en la providencia que pone fina al proceso".

III. Concepto del Ministerio Público y consideraciones de la Corte

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal, principia por compartir los supuestos jurídicos de la demanda pero a pesar de ello considera que "no debe prosperar por cuanto la acción penal que se pretende prescrita, no lo estaba en la fecha de ejecutoria del auto de proceder".

En desarrollo del anterior enunciado general, afirma la Delegada que "comparte con el demandante el criterio de acuerdo con el cual, para calcular el término prescriptivo, debe tenerse en cuenta la pena máxima prevista en el tipo penal, junto con las modificaciones que implique la aplicación reconocida en la respectiva providencia, de circunstancias atenuantes o agravantes que tengan la virtud de modificar el máximo previsto en la norma que sirve de base al cálculo. Ciertamente, la prescripción supone la pérdida del poder punitivo del Estado por razón del transcurso del tiempo en relación con hechos, conductas y personas concretas, de manera que el término prescriptivo debe ser igualmente concreto, referido a la sanción máxima legalmente aplicable al caso particular y no exclusivamente relacionado con el tipo penal aplicable, despojado de las circunstancias que puedan hacer variar el máximo de pena previsto por aquél". Acorde con esta premisa, sostiene el Procurador que "la diminuente que por razón de la calidad de cómplice el Tribunal reconoció en la sentencia, debe ser tenida en cuenta en sus efectos punitivos para efectos del término prescriptivo".

Admite también el Ministerio Público que "la prescripción de la acción penal se da por el transcurso del tiempo en relación con el delito que finalmente se deduzca en la sentencia definitiva, independientemente de la tipificación que antes se hubiere realizado en las instancias, ya sea en la resolución acusatoria o en la sentencia de primera instancia", tal como lo sostuvo esta Corporación en la providencia expresamente transcrita por el recurrente.

No obstante lo anterior, la Delegada se opone a las pretensiones del demandante, con las siguientes argumentaciones:

"... La Delegada no puede compartir la propuesta que el demandante le hace a la Corte para que esta Corporación varíe, en sede de casación, la tipificación de la

conducta, ya sea quitándole a la falsedad la agravante por el uso o aplicando 'por favorabilidad', el artículo 234 del Código Penal anterior. Por su parte, todo el esfuerzo argumentativo hecho por el demandante, se dirigió hacia la demostración de que la prescripción debe calcularse con base en la tipificación de la sentencia definitiva, con lo que la delegada está de acuerdo, pero en la parte final de la demanda, en abierta contradicción con su propia tesis, pretende justamente una nueva modificación. Por otra parte, si el demandante estimó que la tipificación hecha en la sentencia no es la acertada, así ha debido alegarlo con base en la causal primera de casación, demostrando infracción directa o indirecta, según el caso, de la norma sustancial aplicada por el Tribunal; de otro modo, la Corte, por virtud del principio de limitación, no puede ocuparse del punto, porque de hacerlo, estaría asumiendo el papel de juzgador de instancia. No es válido entonces, aseverar, como lo hace el demandante, que como se trata de verificar una nulidad por incompetencia del Tribunal, dado que éste únicamente podía decretar la prescripción de la acción, entonces la Corte pueda variar caprichosamente las normas aplicadas en la instancia, so pretexto de aplicar las que regulan la prescripción. Además, la última parte de la demanda, contiene un abierto sofisma, en cuanto a la presunta favorabilidad que invoca para la aplicación exclusiva del artículo 234 del Código Penal de 1936. En efecto, el Tribunal optó por dar aplicación al Código Penal vigente, justamente por resultar más favorable al procesado, sobre el supuesto de que con arreglo al código anterior, existiría concurso efectivo de tipos entre el delito de falsedad documental y el de estafa, solución evidentemente desfavorable comparada con la adoptada en el fallo, en el que se aplicó el tipo penal correspondiente a la falsedad de particular en documento público (artículo 220 C.P.), agravada por el inciso segundo del artículo 222 del Código Penal, eliminado de esa manera la figura concursal. Sólo para efectos prescriptivos, se tendría que el delito de estafa prescribiría de acuerdo con el código anterior en 14 años, aplicando el tipo básico (uno a siete años de prisión), con la pena aumentada hasta en otro tanto por razón de la cuantía superior a $10.000.00 (artículo 410 Código Penal de 1936); aun con la disminución de la sexta parte prevista para la complicidad, da un lapso superior de prescripción al que resulta para el delito de falsedad agravada por el uso, tal como se verá más adelante.

"Como el Tribunal condenó al sindicado por complicidad en el concurso homogéneo de delitos de falsedad agravada por el uso, situación que como ya se dijo es inmodificable por la Corte, debe entonces confrontarse la pena máxima aplicable, con el lapso transcurrido entre el último acto consumativo de cada uno de los delitos atribuidos y la fecha en que causó ejecutoria el auto de proceder, para concluir si la acción por todos o algunos de ellos estaba prescrita.

"4. El tipo penal descrito por el artículo 220 del C.P. señala pena máxima de prisión de ocho años, la que disminuida en una sexta parte por razones de la complicidad, queda en seis años y ocho meses (aquí el demandante erró en dos meses); pero como la pena máxima aplicable se agrava en la mitad según el artículo 222 C.P., se tiene que la acción penal por el concreto delito que se atribuyó al sindicado, prescribe en diez años..." (fls. 25 a 27 del cuaderno de la Corte).

Con base en las anteriores consideraciones y teniendo en cuenta que "el último acto consumativo del primer delito de falsedad agravado por el uso, se realizó el día 12

de julio de 1979, fecha en la que aparece la primera consignación de títulos judiciales en la cuenta personal del procesado", y "que el auto de proceder quedó ejecutoriado el día 18 de marzo de 1987, como acertadamente lo afirma el demandante", concluye la delegada que la "acción penal no estaba prescrita en esta última fecha, con lo que el término quedó válidamente interrumpido".

Pide en consecuencia el Procurador, que no se case la sentencia recurrida.

Toda la razón le asiste a la delegada y es poco lo que esta Sala puede agregar a su concepto.

La Corte reiteradamente ha sostenido que para efectos de computar el tiempo atinente a la prescripción de la acción penal, se debe tener en cuenta el máximo de la pena imponible en el tipo penal que recoge la conducta del procesado, pero considerando también para este efecto todas las circunstancias que incrementan dicho máximo (específicas de agravación), al igual que aquellas que tengan por virtud disminuirlo (circunstancias específicas de atenuación). No se pueden tomar en consideración, en cambio, aquellas circunstancias genéricas que únicamente sirven para que el juez, al individualizar la sanción, oscile entre el máximo y el mínimo punitivo señalado en la norma violada, pero sin que le permitan rebasar dichos topes, como acontece con las enumeradas en los artículos 64 y 66 del Código Penal. También deben incluirse para determinar el cómputo de que se trata las formas de participación (complicidad) en el hecho punible, lo mismo que las atinentes al grado de desarrollo de la acción (tentativa), toda vez que todos estos aspectos afectan el máximo de la pena previsto en la ley para el comportamiento punible. Igualmente, también deben incluirse en la realización del cómputo punitivo que permita determinar si la acción ha prescrito, todos aquellos actos posteriores al delito, a los cuales el legislador expresamente les reconoce el poder de rebajar la pena señalada en el tipo penal básico, como sucede, por ejemplo, con la reparación en los delitos contra el patrimonio económico (artículo 374).

Conserva también vigencia para esta Sala, su doctrina plasmada en la providencia del 25 de abril de 1977, con ponencia del honorable Magistrado doctor Velasco Guerrero y que corre publicada en la Gaceta Judicial (Tomo XLV, segunda parte, No. 2393 bis, pp. 218 y ss.), pues que evidentemente es la sentencia el último y definitivo acto procesal en el cual el Estado concreta conclusivamente el cargo que a través de todo el proceso se imputó al sindicado. La acusación así definida y concretada, es entonces la que debe servir para determinar si cuando se profirió la resolución acusatoria, el Estado todavía conservaba la competencia para hacerlo.

Pero como lo destaca la delegada y lo considera la Corte, no obstante que el casacionista partió de premisas exactas, su conclusión fue desacertada, porque desconoció precisamente la concreción punitiva que se hizo en la sentencia, tal como ya se advirtió al hacer relación a la demanda y como lo explicitó el Procurador en la parte de su concepto extensamente transcrito en este fallo.

No se puede, con base en un cargo de nulidad, pretender que la Corte modifique los fundamentos y apreciaciones jurídicas de la sentencia impugnada. Si el libelista consideraba que en dicho fallo el Tribunal había incurrido en violación directa de la ley, por falta de aplicación, aplicación indebida o interpretación errónea

de la misma, ha debido, como premisa indispensable para que prosperara la nulidad alegada, formular este cargo al fallo recurrido y demostrarlo, y entonces, de salir avante en esta pretensión, plantear su tesis de la nulidad que afectaba el proceso. Mas no lo hizo así y en estas circunstancias la Corte no puede oficiosamente entrar a desconocer los fundamentos jurídicos que sirvieron de base a los juzgadores.

El error del libelista consistió en considerar que si incluía los dos cargos en su demanda, ésta sería violatoria del principio de no contradicción defendido por la Sala, tal como se desprende de lo escrito por él en la misma: "atendiendo a la ya reiterada jurisprudencia de la honorable Sala de Casación Penal, y con el fin de respetar el principio de no contradicción, me permito presentar a los honorables Magistrados que la integran, solamente un cargo, por la vía de la causal tercera...".

Con claridad, esta Sala ha concretado cuándo la formulación de varios cargos en la demanda implica violación al principio de contradicción:

"Para que las proposiciones resulten contradictorias (y, por tanto, excluyentes entre sí) se requiere primero que todo que versen sobre idéntico objeto y se tengan como formuladas, pues 'al mismo tiempo'; luego tienen que formularse desde el mismo punto de vista y dentro de iguales relaciones conceptuales.

"Un ejemplo de esa contradicción material o de fondo aparece en la primera consideración del presente proveído, porque –como se recuerda– el casacionista en el cargo de nulidad sostuvo que no existió motivación sobre las agravantes, y en el tercer cargo de la causal primera afirmó exactamente lo contrario, a saber, que esa motivación sí existió, pero que adolece de error. Aquí la unidad de objeto y el resto de exigencias arriba expuestas saltan a flote; mas no sucede lo propio con las alegaciones de error de hecho de los cargos primero y segundo de la causal primera, y la violación directa del último cargo, porque los dos primeros reproches de violación indirecta se refieren a que el sentenciador ignoró determinados elementos de convicción (testimonios, peritaje) y por ello se impone la absolución del procesado. Mas si la Corte no encuentra prosperidad en estos cargos, no se ve por qué el demandante a renglón seguido, no pueda plantear, ante el fracaso hipotético de los primeros ataques, un tercero (en este caso de violación directa) con miras a que se examine por el Tribunal de casación si al graduar la pena el sentenciador interpretó erróneamente la normación respectiva: desde luego que la formulación de este cargo lleva implícita la admisión de responsabilidad y sólo se pone en cuestión el *quantum* punitivo, pero a este objeto –por así decirlo– 'general' (la responsabilidad del procesado) no es al que en casación alude el principio de no contradicción o incompatibilidad, pues si así fuere prácticamente sólo se podría aducir un motivo de casación, así se tenga el convencimiento de que el fallo ostenta varios aspectos de ilegalidad, los cuales, en determinadas condiciones, tendrían que ser seleccionados por la Corte teniendo en cuenta el principio de prioridad.

"Por otro lado, si se piensa de manera diferente, no tendría justificación alguna lo dispuesto en el artículo 224 del Código de Procedimiento Penal (576 del Decreto 409/71) referente a que sí se pueden invocar *varias causales*, cuidándose sólo el actor de no entrar en contradicción o incompatibilidad sustancial o material" (Casación, 7 de febrero de 1990, M.P. doctor Duque Ruiz).

El caso *sub examine*, es un claro ejemplo en el cual es perfectamente dable, y necesario, que en la demanda se hubieran formulado dos cargos: uno por violación directa de la ley y otro por haberse proferido sentencia en un proceso viciado de nulidad.

Distinta sería la solución si el juzgador hubiera violado el principio de favorabilidad de la ley penal (violación que no se presentó en el caso en estudio), evento en el cual por tratarse de una causal de invalidez procesal, bien podría la Corte, aun oficiosamente si la violación fuere ostensible, proceder a decretar la nulidad (artículo 227-2 C. de P.P.).

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.

Dídimo Páez Velandia, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael Cortés Carrica
Secretario

VIOLACIÓN INDIRECTA

El falso juicio de legalidad se presenta cuando se tienen en cuenta pruebas ilegalmente allegadas al proceso y el falso juicio de convicción cuando el sentenciador le da a la prueba un valor mayor o menor del que la ley le asigna.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel*
Aprobada Acta No. 038 de junio 19 de 1991.
Bogotá, D.E., junio veinte (20) de mil novecientos noventa y uno (1991).

VISTOS

Procede la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia a resolver la demanda presentada por el defensor del procesado José Raúl Manzo, contra la sentencia del Tribunal Superior de Buga, mediante la cual confirmó la condena a dieciséis (16) años de prisión impuesta por el Juzgado Primero Superior de la misma ciudad por el delito de homicidio agravado.

I. HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

El fallo de segunda instancia relata lo sucedido así: "Informa el proceso que a eso de las 6:30 horas de la tarde del domingo 03 de septiembre de 1989, frente al establecimiento público denominado "Mi Barcito", ubicado en la carrera 10 (Avenida los Fundadores) No. 10-11 del casco urbano de la vecina población de Restrepo, Valle, de certero proyectil de arma de fuego en la "espalda a nivel del quinto espacio intercostal derecho con línea escapular interna", fue asesinado el motorista Omar Domínguez, cuando, desprevenidamente, con su compañero de oficio Luis Guerrero Rosero, escuchaba por radio el partido de fútbol entre las selecciones de Colombia y Ecuador. Los múltiples destrozos internos que causó el proyectil en el cuerpo de la víctima impidió prestarle algún auxilio en el hospital de esa localidad, en donde se llevó a cabo la diligencia de levantamiento del cadáver al día siguiente".

"Desde el primer momento de tan infausto suceso fue señalado como autor del mismo José Raúl Manzo, zapatero de profesión y ampliamente conocido en Restrepo, pues consumado el homicidio, no obstante haber huido rápidamente, personas que de inmediato supieron del hecho avisaron a la Policía dándole razón en dónde vivía, por lo cual, fácilmente, poco después fue capturado y decomisado dos escopetas hechizas, una ruana y un sombrero grises, varios cartuchos y vainillas y algunos elementos para recalzar munición, según el informe policivo (fls. 1 y 2). Una de las escopetas, la "calibre 28 recortada", "estaba recién disparada" y junto con la otra estaban escondidas "debajo de una cama dentro de una bolsa plástica", al decir del policía Anciízar Giraldo Gallego, quien tomó parte en la captura (fl. 56)".

La etapa investigativa correspondió al Juzgado Tercero de Instrucción Criminal de Buga, despacho que luego de oír en indagatoria al sindicado le dictó auto de detención. Una vez practicadas las pruebas conducentes y cerrada la investigación, mediante providencia de fecha diciembre 27 de 1989, le profirió resolución de acusación por el delito de homicidio agravado por el numeral 7° del artículo 324 del Código Penal.

El Juzgado Primero Superior de la misma ciudad tramitó el juicio, y agotada la audiencia pública pronunció sentencia condenatoria, imponiendo pena de dieciséis (16) años de prisión y las accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas y suspensión de la patria potestad por el mismo término, decisión esta última que valga la oportunidad de advertir, es errónea, porque supera el máximo de duración previsto en el artículo 42 del Código Penal.

El defensor interpuso el recurso de apelación, y el Tribunal Superior lo resolvió confirmando la condena.

III. La demanda

El impugnante ataca la sentencia al amparo de la causal primera de casación, cuerpo segundo, prevista en el artículo 226 del Código de Procedimiento Penal.

El reproche lo presenta así: "La Sala Penal del honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, apreció erróneamente la confesión calificada del procesado José Raúl Manzo, con clara violación de los artículos 297 y 300 del Código de Procedimiento Penal, e incurrió en error de derecho, pues también atribuyó un valor probatorio que no tienen los testimonios de los presenciales Jesús Martínez Ortega y Luis Eduardo Guerrero Rosero, ya que no tuvo en cuenta las reglas de la sana crítica probatoria, como son la lógica, la experiencia, la ponderación y la equidad, para analizar las pruebas comentadas, violando igualmente lo dispuesto por el artículo 253 de la obra antes citada, pues las pruebas deben ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica".

Respecto a la valoración de la confesión, dice que el Tribunal parte de una base falsa, consistente en creer que la víctima estaba de espaldas al procesado en el momento de los hechos, cuando en realidad estaba de lado, tal como se estableció en la diligencia de inspección judicial. Este error es tan grave que el testigo Jesús Martínez Ortega se vio obligado a cambiar su versión corroborando la del indagado.

Descartado el móvil de la venganza por el Juez Superior, queda únicamente la versión de José Raúl Manzo, la cual debe admitirse porque no hay prueba en contrario. La afirmación del Tribunal en el sentido de que la confesión es absurda y contraria a la lógica se apoya, según el censor, en especulaciones sin ningún respaldo probatorio.

Estima que la afirmación de que la víctima estaba desarmada es una especulación del Tribunal, porque no se sabe con certeza si portaba arma y de qué clase, ya que las autoridades sólo intervinieron en la diligencia de levantamiento del cadáver en el hospital. Además, si lo alegado es la causal de inculpabilidad denominada defensa putativa o subjetiva, no es de la esencia que tuviere o no arma.

Pasando a los testimonios de Jesús Martínez y Luis Eduardo Guerrero, sostiene que el Tribunal incurrió en error al darles un valor probatorio que no tenían, violando lo dispuesto por el artículo 295 del Código de Procedimiento Penal, pues no se tuvieron en cuenta las reglas de la sana crítica.

Estos declarantes tenían interés en el proceso, porque son amigos y compañeros de oficio de la víctima, además con Martínez Ortega eran cuñados. También cuestiona el defensor las condiciones de visibilidad y audibilidad de los testigos, para concluir que su credibilidad es muy precaria.

Finalmente, el libelista manifiesta su inconformidad porque el Tribunal no otorgó valor probatorio a la declaración de José James Bermúdez, ni a la diligencia de inspección judicial, por lo cual, en su opinión violó el artículo 253 del C. de P.P.

Impetra que se case la sentencia y en su lugar se dicte una de carácter absolutorio.

III. Concepto del Ministerio Público

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal sugiere que no se case la sentencia recurrida, porque el planteamiento de los cargos resulta defectuoso al haber escogido la modalidad del error de derecho, ya que el yerro atribuido al fallador se basa en la equivocada valoración jurídica de la confesión y de la prueba testimonial, y no en un falso juicio de legalidad, única forma de atacar la sentencia por esa vía.

Afirma que la crítica a la estimación probatoria otorgada por el sentenciador es inadmisible, ya que las pruebas no están sometidas a tarifa legal, y por lo tanto su apreciación se ha dejado a la razonada credibilidad que le merezcan al Juez.

Además de estas fallas técnicas que hacen inaceptable la demanda, destaca otras relacionadas con el desvío hacia el error de hecho por falso juicio de identidad, generando incongruencia entre el cargo y su desarrollo, razón de más para desestimar la demanda.

IV. Consideraciones de la Sala

1º Como tantas veces lo ha dicho la Corte, la violación indirecta de la ley sustancial puede presentarse por un falso juicio de legalidad o por un falso juicio de

convicción. El primero se presenta cuando se tienen en cuenta pruebas ilegalmente aducidas al proceso, y el segundo cuando el sentenciador le da a la prueba un valor mayor o menor del que la ley le asigna.

El falso juicio de convicción puede darse en dos eventos: el más común, cuando existiendo tarifa legal de pruebas, el Juez no le da el valor que la ley le reconoce; y el menos frecuente, pero posible, cuando una prueba que no tiene tarifa legal, es valorada por el Juzgador como si la tuviera, evento que el Ministerio Público no tiene en cuenta en su apreciación, y que lo lleva a decir que el error de derecho no existiendo tarifa legal sólo es posible por falso juicio de legalidad.

2º De las alternativas anteriores, el demandante invocó el error de derecho por falso juicio de convicción, consistente en lo siguiente: no haber aceptado como verdadera la confesión del imputado, y haberle dado un valor probatorio que no tienen los testimonios de Jesús Martínez y Luis Eduardo Guerrero.

El artículo 300 del Código de Procedimiento Penal, citado por el libelista, establece que "para apreciar la confesión y determinar su mérito probatorio, el Juez tendrá en cuenta los principios de la sana crítica sobre el testimonio", lo que equivale a decir que no está sometido a tarifa legal, por lo tanto no estar de acuerdo con el valor que el sentenciador le otorgó es una diferencia de criterio que no es demandable en casación, en la medida en que no significa que exista un error.

En la misma falla incurre al formular la censura con respecto a los testimonios, pues como no están sometidos a tarifa, pretende mediante un alegato propio de las instancias anteponer su criterio al del Juez, olvidando que este extraordinario recurso no es una instancia adicional, sino una oportunidad limitada y excepcional para cuestionar la legalidad de la sentencia.

3º Desde el punto de vista técnico, el cargo es formulado de manera incompleta, porque no indica las normas sustanciales supuestamente violadas, ni el sentido de la violación, que en este caso por haber elegido la vía indirecta, podría ser falta de aplicación o aplicación indebida.

Como insinúa la existencia de una causal de inculpabilidad, debía haber integrado la proposición jurídica completa, acusando la aplicación indebida de las normas utilizadas en la condena y la falta de aplicación de la disposición que consagra la causal de inculpabilidad cuyo reconocimiento se pretendía.

Estas fallas hacen que la Sala esté de acuerdo con el concepto del señor Procurador Delegado, por lo tanto la demanda se desestimará.

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.

Dídimo Páez Velandia, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael Cortés Garnica
Secretario

Casación – Técnica / Error de hecho

Si el fallador realiza una interpretación irracional, fuera de toda lógica, incurre en yerro de hecho, porque va en contravía con la objetividad que revela la prueba.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Guillermo Duque Ruiz*
Aprobada Acta No. 40
Bogotá, D.E., junio veinticinco (25) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Conoce la Sala del recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 13 de junio de 1990, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería condenó a Carlos Alberto Agudelo Suárez a 3 años de prisión por los delitos de homicidio y lesiones personales culposos.

Antecedentes

Alrededor de las 2 de la tarde del 15 de octubre de 1984, Rafael Mejía Sánchez, acompañado de su mujer Arminda Negrete y de su hijo Diego Armando, pilotaba su vehículo campero marca Daihatsu, por la carretera que de Montería conduce a Cereté. En sentido contrario transitaba una camioneta marca Dodge, cuyo conductor Carlos Alberto Agudelo Suárez ocupaba junto con su madre Luz Angela Suárez de Agudelo, su padre Abelardo Agudelo, y dos sobrinos, camioneta que, a gran velocidad, adelantó a un bus, perdiendo la estabilidad y empezando a "culebrear", ante lo cual Mejía Sánchez viró a su extremo derecho y detuvo su campero, contra el cual fue a estrellarse aquélla, sacándolo de la vía hacia una cuneta, mientras que la camioneta iba a parar más adelante, incendiada parcialmente.

Como resultado de dicha colisión murió la señora Luz Angela y se causaron lesiones a los ocupantes del campero. Al parecer Abelardo Agudelo también resultó herido, pero ello no pudo constatarse porque jamás compareció al proceso.

En el informe que rindió el Agente de tránsito Yezid Durán Martínez se lee: "Informa el señor Carlos Alberto Agudelo, conductor de la camioneta que él venía

con su familia en la camioneta cuando de pronto perdió la estabilidad y empezó a bamboleare para los lados y de ahí no sabe más nada" (fl. 1).

El Juzgado 6º de Instrucción Criminal de Montería abrió investigación, escuchó en indagatoria a Carlos Alberto Agudelo Suárez y en declaración jurada a los esposos Mejía Negrete y al Agente Durán Martínez, luego de lo cual dictó auto de detención respecto del primero de los nombrados, por homicidio y lesiones personales culposas, proveído que, apelado, recibió confirmación del Tribunal.

El Juzgado 2º Superior de la citada ciudad cerró investigación y la calificó el 28 de julio de 1986 (fls. 89 y ss. 1) con auto de proceder contra Carlos Alberto por el delito de homicidio, sobreseyéndolo temporalmente en cuanto a las lesiones, por estimar que las mismas "no se determinaron de manera precisa y definitiva en tiempo de las incapacidades y demás" (fl. 96).

En el mismo expediente se clausuró de nuevo la investigación respecto de las lesiones personales, por las cuales se dictó auto de llamamiento a juicio contra Carlos Alberto Agudelo, en proveído de 23 de octubre de 1987, ordenándose luego "tramitar conjuntamente el trámite de la causa" (fls. 139 y 157).

El 24 de noviembre de 1989 (después de haberse gastado considerable tiempo en la integración del jurado de conciencia, para entonces vigente para esta clase de procesos) se celebró la audiencia pública sin la intervención del jurado, dictándose sentencia el 30 de enero de 1990, mediante la cual se condenó a Carlos Alberto Agudelo a la pena principal de 3 años de prisión, a las accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas "y prohibición del oficio de conducción de vehículos automotores por un término igual al de la pena principal", al pago del equivalente a 1.800 gramos oro por concepto de perjuicios, y se concedió al procesado la condena de ejecución condicional.

El defensor del acusado apeló el fallo, y el Tribunal, mediante el suyo que se recurre en casación, lo confirmó, modificándolo solamente en el sentido de que la suspensión de la actividad de conducir automotores es la mínima, esto es, un año. En este fallo, compartiéndose el de primer grado, se otorgó "absoluta credibilidad" al Agente de tránsito y a los esposos Mejía Negrete (fls. 9 y ss.-3).

La demanda

Se acude a la violación indirecta de la ley, de conformidad con el numeral 1º, cuerpo segundo, del artículo 15 del Decreto 1861 de 1989. "En efecto –dice el actor– se han violado directamente los artículos 247 y 248 del C. de P. Penal vigente (Dto. 050/87), que son normas medio, e indirectamente los artículos 26, 329, 331, 333 y 340 del C. Penal (Dto. 100/80), normas aplicadas indebidamente". Agrega que "mediando error de hecho manifiesto por falso juicio de identidad en relación con la prueba", el sentenciador dio por sentado que existía certeza sobre la responsabilidad del procesado, "sin que existiera", pues en sentir del casacionista los testimonios de los cónyuges Rafael Mejía Sánchez y Arminda Negrete "son ostensiblemente interesados", al pretender evadir cualquier responsabilidad en los hechos.

Echa de menos el libelo de impugnación extraordinaria que el bus que se dice adelantó velozmente el procesado "no apareciera por parte alguna", y también repara en que ni "los componentes de la patrulla No. 074, que también llegaron hasta el lugar de los hechos", ni Urbano Naranjo Muñoz, acompañante del Agente Yezid Durán, han sido escuchados en el proceso, como tampoco los presuntos conductores y/o tripulantes del bus y de la buseta, según información suministrada por el lesionado Rafael Mejía. "El concurso de la prueba en torno a la presencia del bus era imprescindible para confirmar la versión de los dos bandos", dice el demandante, reiterando que el procesado ha negado enfáticamente que adelantara algún vehículo, aseverando, por el contrario, que viajaba a unos 50 kilómetros por hora, cuando "de repente se me apareció un campero en dirección contraria a la mía", que él trató de esquivar, mas no fue posible, porque el campero siguió "de frente y en movimiento".

En cuanto a la declaración del Agente de tránsito Yezid Durán, dice que es "de oídas", y que no es cierto lo afirmado por ese testigo, en el sentido de que el mismo día de los hechos, hacia las 6 de la tarde, el procesado se presentó a averiguar por la camioneta en las instalaciones de tránsito y le comentó que había perdido el control de dicho vehículo. Cuestiona, pues, también, "la imparcialidad" de ese testigo, y enseguida hace varias elucubraciones para "concluir" que no hay plena certeza de que los hechos ocurrieron como dicen los esposos Mejía Negrete, duda que campea en autos y que, por tanto, estaba obligado a reconocerla el fallador, a tenor del artículo 248 del Código de Procedimiento Penal, máxime que la inspección judicial que se practicó sobre los vehículos colisionantes, "no demuestra nada" (fl. 14), y precisa más adelante:

"Hay una antinomia clara entre lo que el acopio probatorio demuestra (una colisión por culpa no se sabe de quién específicamente) y lo que el sentenciador declara (la culpa de uno de los conductores).

"Se ha tergiversado el sentido de la prueba, o se ha distorsionado su legítima objetividad y materialidad, por la excluyente influencia *del interés* viciado de una sola de las partes" (fl. 15. Destacado el original).

Pide, en tales condiciones, la casación "integral" de la sentencia, y en su lugar se dicte fallo absolutorio en favor de Carlos Alberto Agudelo Suárez".

La Delegada

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, luego de señalar la falta de técnica del actor al dirigir su crítica "al mérito otorgado por el sentenciador" a determinadas pruebas, señala:

"Entonces, si el fallo impugnado, con fundamento en tales pruebas, como también en el croquis levantado por el agente de tránsito Yezid Durán Martínez y el testimonio del mismo, consideró que los hechos delictuosos se presentaron al tratar el conductor de la camioneta, o sea Agudelo Suárez de sobrepasar un bus que marchaba adelante de ella, en el mismo momento en que en sentido contrario se desplazaba el Daihatsu, y a consecuencia de ello, tal vehículo perdió estabilidad y colisionó con el campero, por lo cual éste fue lanzado hacia un lado de la vía, y de ello dedujo que la

responsabilidad por el trágico hecho, fue del procesado Carlos Arturo Agudelo Suárez, no distorsionó en forma alguna el contenido de la mencionada prueba, *sino por el contrario se ciñó a su material y real contenido, y extrajo la única conclusión que de ellas podía extraerse de la responsabilidad por tales hechos* (se destaca).

Indica que la inspección judicial sobre los vehículos "no fue considerada específicamente por el sentenciador, luego mal pudo distorsionar su contenido", y que si el actor se queja de que no se practicaron algunas pruebas (lesiones de los ocupantes de la camioneta y declaraciones de policiales de la patrulla 704 y de posibles tripulantes de bus y buseta, esto "es materia totalmente ajena a la causal de casación por él invocada, pues el reproche que pudiera realizarse por ese concepto, si es que las pruebas omitidas tenían la capacidad de repercutir sobre el desenlace de la acción sería a través de la causal tercera de casación, ante el conculcamiento del derecho de defensa, tales situaciones resultan extrañas a la causal por él invocada y toman también por este aspecto, la demanda carente de técnica"; no sin que deje de advertir la Procuraduría que, como se admite en el fallo atacado, "si se omitió la recepción de los testimonios de las personas que viajaban en compañía del procesado ello se originó no a la negligencia del funcionario instructor sino en la renuencia de tales personas en comparecer al Juzgado para el efecto"

Pide, entonces, mantener el fallo.

Se considera

Ni más ni menos y en este caso ello se exhibe muy claro el casacionista pretende que en esta sede casacional se le haga "otra instancia" al proceso. El libelo que él ha presentado como demanda de casación no reviste característica alguna de tal, sino que es la repetición de lo alegado principalmente en la etapa de la causa, a saber, que los testimonios rendidos por los esposos Mejía Negrete y por el agente de tránsito Yezid Durán, no son merecedores de credibilidad, o al menos de la que en calidad de "pleno" les tributó el fallador.

Desde punto de vista alguno un ataque de esa índole conforma un error de hecho, *que, como el mismo impugnante lo repite, debe recaer sobre el aspecto* objetivo o material *del respectivo medio probatorio. Aquí no ha ocurrido nada parecido, ya que el actor dista mucho de demostrar que a alguno de esos testimonios o al croquis que se levantó en el sitio de los hechos se les haya tergiversado en su corporeidad, haciéndoles decir lo que no dicen, u omitiéndose parte esencial suya, o imaginándose por el sentenciador una u otra. Por el contrario, el demandante se aplica de lleno (salvo al final, cuando se queja de la falta de algunas pruebas,* desplazándose de este modo a otro cargo, *el de nulidad, que apenas dejó en el mero enunciado, por lo demás) a contraponer su criterio al del Tribunal, en cuanto al valor que entraña la prueba de cargo, valor que no se encuentra tasado por la ley, razón por la cual ya no es dable impugnar por falso juicio de convicción (error de derecho); y si en determinado momento el fallador realiza una interpretación francamente irracional, fuera de toda lógica, incurriría en yerro de hecho, porque iría en contravía con la* objetividad *del hecho que revelu la prueba; mas aquí nada de ello ha acontecido, ni mucho menos lo ha precisado el actor, quien sin abandonar su propia subjetividad (es decir, sin apoyar*

su afirmación en la realidad probatoria), insiste en que la prueba de cargo es "interesada" y, en consecuencia, no puede constituir prueba completa de responsabilidad.

Hasta y recientemente ha sostenido la jurisprudencia que cuando fallas como las anotadas con la Delegada se presentan, la Corte no puede entrar a estudiar el contenido de la acusación, simplemente porque ella carece de sustento, o se afianza en una sustentación que no le corresponde, por ser privativa de otro motivo de impugnación. Por estar frente a situación análoga, dicho criterio debe ser reiterado, por lo cual es apenas obvio que el ataque no prospere.

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

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia impugnada.

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

Dídimo Páez Velandia, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael Cortés Garnica
Secretario

Jurado de conciencia / Favorabilidad / Aplicación de la ley en el tiempo

Ante la innovación introducida por el Decreto 1861 de 1989, la Sala determinó que era pertinente excluir al jurado de conciencia.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Gustavo Gómez Velásquez*
Aprobada Acta No. 39 junio 20/91
Bogotá, D.E., junio veinticuatro (24) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Vistos

Se resuelve el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 18 de julio de 1990, profenda por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, mediante la cual impuso a Luz Miryam Taborda Correa, por el delito de "homicidio agravado" en la persona de Fabio Ocampo, dieciséis (16) años, dos (2) meses de prisión, así como las accesorias de ley.

La impugnación fue admitida en auto de 6 de septiembre, y, la demanda reconocida como ajustada a las formalidades que al respecto se prescriben, en proveído de 13 de diciembre del citado año.

Hechos

La situación de extrema pobreza de los progenitores de Luz Myriam Taborda, llevaron a éstos a entregarla, cuando contaba escasa edad, a Fabio Ocampo. Después vino la muerte del padre de la procesada y el asedio sexual que culminó cuando aquélla contaba una edad próxima a los diez años, época en que "la hizo mujer". Luego, a los catorce años, tuvieron el primer hijo y años después el segundo. Durante este tiempo, la madre de la sentenciada también convivió con Ocampo, aunque se duda si esta vida en común llegó al extremo de la intimidad carnal. Los malos tratos, los celos, la intransigencia, etc. parece que abundaron, hasta crear un ambiente insufrible, que impuso temporales separaciones, superadas éstas no tanto por el afecto

entre la víctima y victimaria, como sí por la penuria económica de la segunda. Cuando contaba veinte años, conoció al joven Boris Cristhiam Noreña Alvarez (unos 17 años, y de allí que pasara a la jurisdicción de menores) y convinieron el homicidio de Ocampo, el cual se cumplió el 19 de mayo de 1988, horas de la noche, en su propia casa de habitación (calle 118 No. 46A-104, Barrio Popular número dos, Medellín), cuando aquél reposaba en su cama y padecía pasajera dolencia. A cuchillo terminaron con su vida.

De la actuación procedimental

Así la sintetiza el Procurador Primero Delegado en lo Penal:

"El Juzgado 50 de Instrucción Criminal de Medellín, con fundamento en los antecedentes procesales abrió la investigación y adelantada la etapa instructiva en la cual entre otras diligencias, se vinculó mediante indagatoria a Luz Miryam Taborda Correa y Boris Cristhian Noreña Alvarez, calificó el mérito del sumario con Resolución de Acusación, contra los procesados por los delitos de homicidio agravado y hurto calificado en la modalidad de Tentativa (fls. 92 a 102).

"El Juzgado Undécimo Superior de Medellín declaró ajustada a la ley, la citada providencia y ordenó proseguir el proceso, disponiendo posteriormente el sorteo e integración del jurado correspondiente, para efectuar el juzgamiento de conformidad con la legislación vigente.

"Con fundamento en el artículo 37 del Decreto 1861 de 1989, el Juzgado del conocimiento convocó a las partes para la diligencia de Audiencia Pública, sin intervención del jurado de conciencia, acto que se llevó a cabo el día 15 de marzo de 1990.

"Al entrar a decidir de fondo el asunto el Juzgado Undécimo Superior, advirtió que el procesado Noreña Alvarez para el momento de los hechos contaba con edad inferior a los 18 años, por lo cual dispuso remitir el duplicado del proceso a los Jueces de Menores (Reparto) de Medellín por competencia.

"Mediante providencia de mayo 10 de 1990, el Juzgado Undécimo Superior, condenó a Luz Miryam Taborda Correa a la pena principal de 16 años y 2 meses de prisión y a las sanciones accesorias de ley, como responsable de homicidio agravado, absolviéndola por el hurto calificado.

"Contra esta sentencia de primer grado, se interpuso recurso de apelación por la defensa y el Tribunal *ad quem*, el 18 de julio de 1990, confirmó el fallo impugnado adicionándolo respecto de la indemnización que debía pagar Taborda Correa a favor de su menores hijos, así como la suspensión de la patria potestad, según se dejara precisado en la sentencia condenatoria (fl. 231)."

La demanda

Con invocación del artículo 26 de la Constitución Nacional, se desconoce la validez del juzgamiento, radicándose el vicio en que no se celebró con intervención

del jurado de conciencia, no obstante haberse señalado varias fechas para su realización, hasta llegar el momento en que surgió la nueva normatividad del Decreto 1861/89, artículo 37, que eliminó la comentada forma de juzgamiento. Esta variación, oportunamente, fue impugnada, pero con efectos negativos.

Ahora, en sede de casación, se reedita esa alegación y concretamente se establece en el petitorio, lo siguiente:

La procesada tiene derecho:

"1. Ser juzgada conforme a las leyes vigentes al momento de la comisión del delito. Este principio de preexistencia de la ley, comprende las normas sustantivas y las adjetivas. La Constitución no sólo se refiere a unas leyes u otras.

"2. Observancia plena de las formas del juicio. Este principio, sin que pierda su autonomía, y analizado en armonía con el anterior, quiere decir, sin dudas, que las normas procesales vigentes al momento de la comisión del delito son las que gobernarán el juzgamiento; y

"3. Sólo se aplicarán normas sustantivas o adjetivas promulgadas con posterioridad a la comisión del delito, cuando sean favorables al sindicado. O, como lo ha explicado la Corte, en infinidad de providencias: "La Ley Penal, no puede tener efecto retroactivo, sino cuando es más favorable al procesado y éste solicita su aplicación".

"El señor Juez Superior no convocó al Jurado que se había integrado para el juzgamiento de la sindicada, porque le dio mayor valor jerárquico al artículo 40 de la Ley 153 de 1887 que a la Constitución. Es decir, que aplicó el artículo 37 del Decreto 1861 de 1989, por encima de los principios y garantías constitucionales.

"Y creo, que no sobra repetir lo que tantas veces ha dicho la Corporación que ustedes integran, que en extractos ha puntualizado:

"7. Sería contrario a la Constitución Nacional imponer a un procesado un régimen de excepción en materia de procedimiento, limitado y estrecho en cuanto a recursos y medios de defensa, si cuando ese acusado delinquió regía un sistema, una institución de procedimiento criminal más favorable en lo tocante al derecho inalienable de defensa.

"8. El alcance del artículo 26 de la Constitución Nacional y de los textos penales antes transcritos no permite dudar sobre las anteriores consideraciones. El juicio previo debe descansar en la ley anterior al hecho del proceso, y la aplicación de una ley posterior a ese evento está condicionada a su carácter permisivo o favorable para el acusado. (...)

"9. La Corte, Sala de Casación Penal, en distintos fallos ha reafirmado el criterio de aplicación de la ley procesal, en el tránsito de instituciones de juzgamiento, del principio consagrado en el artículo 26, doctrinas que aparecen citadas en sentencia proferida recientemente, que versa sobre un caso idéntico al que aquí ahora se resuelve, y en la cual esta misma Sala consideró válida la impugnación con fundamento en la causal cuarta. Se dice en dicha sentencia:

"Debe observarse, ante todo, que ni el texto constitucional, ni los textos legales citados, que en una forma categórica consagran y reiteran el canon de la retroactividad de la ley penal permisiva o favorable en materia penal, y por lo tanto, y a *contrario sensu* el canon de la no retroactividad de la ley restrictiva o desfavorable, no hacen distinción alguna entre las leyes sustantivas o adjetivas ni procesales. La observación es pertinente por cuanto existe una generalizada tendencia a suponer que el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, en cuanto dispone 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', restringe o limita el canon constitucional de la retroactividad de la ley penal más favorable, y por lo tanto, el de la no retroactividad de la restrictiva, únicamente al campo de las leyes penales sustantivas, y que por consiguiente las leyes procesales, aunque sean más desfavorables que la ley anterior, tienen efecto inmediato aun sobre hechos ilícitos cometidos con anterioridad a su vigencia.

"Pretender darle este alcance al citado artículo de la Ley 153, equivale, desde luego a darle una aplicación preferente a un texto legal sobre un precepto constitucional.

"Con frecuencia, sobre todo en los últimos tiempos, se han dictado leyes y principalmente decretos-ley de carácter procesal que restringen, y hasta suprimen casi completamente las garantías procesales de la defensa, consagradas por el C. de P.P., leyes a las que se da inmediata vigencia sobre las normas anteriores más benignas, suponiendo acaso que por tratarse de leyes sore la ritualidad de los juicios están excluidas por el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, del principio de la no retroactividad de la ley restrictiva.

"Por esto oportunamente recuerda el demandante la jurisprudencia siguiente:

"Es verdad que ante la vigencia de una nueva ley procedimental, el reo no puede invocar o alegar derechos adquiridos por leyes procesales anteriores, pero la aplicación inmediata de la nueva ley sólo debe llevarse a efecto cuando con ella no se agravan las condiciones del acusado; de no ser así, la ley procedimental, lejos de tutelar los intereses sociales y los del procesado, los restringirá en perjuicio de éste" (Sentencia, 13 de septiembre de 1945, LIX, 539).

"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 (Auto 22 de septiembre de 1950, LXVIII, 232; 29 de septiembre de 1950, LXVIII, 271).

"El canon de la retroactividad de la ley penal favorable o permisiva, y por lo tanto, el de la no retroactividad de la ley desfavorable al sindicado está erigido por nuestra Carta en un principio supralegal, en una garantía constitucional, como uno de los derechos supremos reconocidos a la persona humana frente al poder del Estado, es decir, como uno de aquellos derechos que integran la personalidad inviolable de todo ciudadano, que no puede ser desconocido por ninguna forma legislativa, cualquiera sea la naturaleza de ésta" (C.S. de J., Sala de Casación Penal,

sentencia de marzo 15/61)". Tomado del Régimen Penal Colombiano, Editorial Legis, página 555.

Consideraciones de la Sala y de la Delegada

Las referencias jurisprudenciales que el recurrente incluye en su alegación, ciertamente responden a planteamientos generales que la Corte ha mantenido en buena parte. A grandes rasgos constituyen esos pronunciamientos, derroteros que garantizan el debido procesamiento. Pero afirmar esto no es admitir, forzosamente, que la aplicación de esa tesis se avenga en un todo con la posición que el memorialista quiere imponer. El caso concreto, esto es, que señalada en una resolución acusatoria (auto de proceder), o en proveído posterior, la forma como debe rituarse la causa, específicamente establecida la intervención del jurado, no sea dable, por obra de una preceptiva jurídica ex novo *prescindir de su actuación, es cuestión que no se había clarificado nitidamente en la jurisprudencia. Pero, precisamente, por obra de la innovación introducida por el Decreto 1861/89, la Sala de Casación Penal afrontó este problema para señalar si procedía o no implantar de inmediato esta transformación fundamental del rito penal. En tres decisiones (octubre 25/89: una con Ponencia del M. Jaime Giraldo Angel, y otra, más concreta, del M. Jorge Carreño Luengas; y, octubre 30/90, con Ponencia del M. Juan Manuel Torres Fresneda), citadas en el concepto de la Procuraduría, la Sala determinó que era pertinente, aun en casos más complejos, como el de preexistir una contraevidencia excluir al jurado de conciencia. En esas mencionadas sentencias se enfatiza respecto del cumplimiento de lo ordenado por la Ley 153 de 1887, artículo 40, precepto que nadie ha negado su constitucionalidad, y que establece unas claras excepciones, dentro de las cuales no se cuenta la permanencia del jurado de conciencia, a no ser que con él se esté celebrando (es decir se haya iniciado) la correspondiente audiencia. Así mismo, se rechaza la favorabilidad de este sistema, pues, por contrario modo, se afirma la idoneidad del juez de derecho, constituido por su versación jurídica en "una mayor garantía de acierto en el juzgamiento, en la aplicación e interpretación de la ley, en la valoración y estimación de la prueba".*

De la decisión que tuvo por M. Ponente al Dr. Torres Fresneda, conviene transcribir lo siguiente:

"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 la vigencia precisan por lo general la aplicación inmediata, pero además la retroactividad, entendiendo por ésta su operancia sobre los procesos que ya 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 aquéllas 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 aquéllas que establecen los tribunales y determinan el procedimiento, las cuales se aplicarán con arreglo del artículo 40, disposición que recoge la segunda parte del artículo 5º del C. de P.P. ...".

"Refiriéndose al alcance del artículo 36 del antecitado Decreto 1861 de 1989, al declarar su exequibilidad dijo la Corte en reciente decisión de Sala Plena:

"Así las cosas no encuentra la Corte que la norma acusada vulnere el principio de la favorabilidad contenido en el artículo 26 de la Constitución Nacional, al establecer que los juicios con intervención del jurado en los que a la fecha de vigencia del Decreto 1861 de 1989 ya se hubiese iniciado audiencia pública continuarían 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 con 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 ése no es el caso que aquí se presenta. Ahora bien sobre el argumento del actor según el cual el juicio con la 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 unos 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".

La Delegada, por su parte y en el aspecto más pertinente de su concepto, anota: "... De otra parte, valga la pena decir que la consideración de la ley preexistente al acto que se imputa *del artículo 26 de la Constitución Nacional, se refiere, en opinión de esta Delegada,* prima facie, *a la ley sustancial que rige el acto imputado es decir el hecho punible, o el delito que se atribuye a la persona que es objeto de juzgamiento. Al menos así fue su origen, visto el criterio de inmediatez de la aplicación de la ley procedimental que se ha consagrado siempre en nuestro país. Ello es evidente puesto que la oración completa comprende el acto imputado, y sólo se puede imputar el delito no los actos procesales que en cuanto tales no pueden ser atribuidas en el sentido referido. Más aún, si se quiere entender la expresión de otra manera, como la simple consagración de la prohibición de aplicación de leyes* ex post facto *en forma general, incluyendo en ello las leyes procesales, será evidente que el trato debe ser el de estimar aplicables las leyes procesales preexistentes al acto procesal que se va a cumplir. Es decir, que el acto procesal que en la secuencia lógica del trámite ha de cumplirse debe estar reglado por una ley procesal anterior a su verificación, con lo que cada paso del proceso deberá amoldarse a las disposiciones vigentes en el momento de su producción. Lo que de otra parte resulta obvio visto que es un proceso dinámico, y una vez agotada una etapa –que obviamente debe ceñirse a una ley que la rija–, precluye la misma, y ya no será factible utilizar leyes nuevas para él. Ni aún en los casos de anulación del acto*

procesal o revocación del mismo, pues es evidente que los actos que los reemplacen o suplan deben amoldarse a la ley anterior que de manera inmediata los condiciona y regula, que será nueva ley respecto del acto anulado o revocado pero siempre ley anterior al acto procesal que se realiza. Finalmente no es factible llegar al extremo de considerar que la fecha de producción del hecho punible fija la ley de procedimiento para el juzgamiento, pues se llegaría a absurdos como el de, por ejemplo, mantener una categoría de jueces ya eliminada por una ley nueva, para el solo juzgamiento de las causas anteriores lo que parece un despropósito procedimental...".

Estas razones, en cierta forma, constituyen la adecuada aplicación de las citas anotadas por el casacionista. Este silencia toda mención a estas apreciaciones y no ofrece argumentos que susciten una revaloración de este criterio, el cual mantiene la Sala. No está por demás, recordar si que las normas de procedimiento, en determinadas previsiones, pueden envolver una clara hipótesis de favorabilidad y de ahí que el precepto constitucional que trata el punto, con sus consecuencias de retroactividad, tendría una manifiesta aplicación. El punto se relaciona, en líneas generales, con preceptos nuevos que puedan exponer a una condena, por afectar, v.gr., aspectos decisivos de la prueba (términos para producir la naturaleza y eficacia de los medios de convicción), o restringir la libertad personal, o modificar el tiempo de prescripción, o modificar la presunción de inocencia.

La demanda se orientó sobre tema que la casación penal, en los últimos tiempos, ha considerado en repetidas ocasiones, con criterio adverso. Al respecto se reitera, el memorialista no ofreció distintas reflexiones y de ahí que la Sala se haya limitado, con algunas breves adiciones, a reiterar su conocida posición. Tal vez había sido más pertinente explorar otro más sugestivo aspecto, que pudo incidir en la reducción de pena impuesta a la sentenciada, vale anotar, lo relacionado con la diminuente propia de la circunstancia señalada en el artículo 60 del Código Penal. Ante este vacío, la Sala no puede penetrar en este interesante tema.

El cargo no prospera.

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 impugnada, ya mencionada en su origen, fecha y contenido.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Didimo Páez Velandia, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael Cortés Garnica
Secretario

Defensor / Derecho de defensa

Si la sujeción al proceso se realiza únicamente al través de la injurada, o la declaratoria del sindicado ausente, a partir de estos momentos procesales está facultado el procesado para otorgar poder.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Enrique Valencia M.*
Aprobada Acta número 39, junio 20 de 1991.
Bogotá, D.E., junio veinticinco (25) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Vistos

Decide la Corte sobre el recurso de casación interpuesto y sustentado por el defensor de Guillermo Rafael Luna Arroyo, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, en junio veintiocho (28) de mil novecientos noventa (1990), por la cual confirmó el fallo condenatorio del Juzgado Tercero Superior de la misma ciudad, que impuso al procesado doce (12) años de prisión, por el delito de homicidio.

La Procuraduría Primera (1a.) Delegada en lo Penal solicita no casar la sentencia impugnada.

Hechos

El Tribunal Superior de Barranquilla se refirió a la situación fáctica, origen del proceso, en los siguientes términos:

"El día 23 de noviembre de 1988, a las once y media de la noche aproximadamente, Christian Orejarena Oquendo se hallaba en compañía de varios amigos a la entrada del garaje de la residencia número 73C-05, ubicada en la carrera 26 B2 de esta ciudad, practicando el deporte de alzar pesas, cuando se presentaron los hermanos Guillermo y Alvaro Luna Arroyo con un cuñado suyo que responde al nombre de Miguel Madarriaga Barrios.

"El joven Orejarena recibió de Guillermo Luna el reclamo de haberle pegado, en días anteriores, a un hermano de éste, de nombre José Luna. Ante esta situación conflictiva el primero de los mencionados optó por irse para su casa al ver que su agresivo interlocutor portaba un revólver en las manos, quien ante esa actitud evasiva lo interceptó y le dio un puntapié, por lo cual Guillermo Luna disparó el arma de fuego contra Orejarena, quien ante ese hecho se le abalanzó y comenzaron a forcejear por la posesión del arma, participando los acompañantes de los contrincantes, cayendo todos al suelo, cuando se produjo un segundo disparo, que lesionó a la víctima en una mano, quien falleció a consecuencia de la herida que le produjo el primer proyectil que le ingresó por la región abdominal."

SINOPSIS PROCESAL

La Procuraduría Delegada la sintetizó así:

"Por la ocurrencia de tales sucesos, el Juzgado Quince de Instrucción radicado en Barranquilla abrió la correspondiente investigación el 28 de noviembre de 1988, se ordenó vincular al proceso a los sindicados Guillermo y Alvaro Luna Arroyo, quienes a pesar de haber sido citados y emplazados no comparecieron al Juzgado a rendir indagatoria, limitándose a otorgar poder al doctor Rafael Pacheco Vega.

"En auto de enero 4 de 1989, el Juez Instructor declara personas ausentes a los hermanos Luna Arroyo, les nombra como apoderado de oficio al abogado Miguel Montaño García y se abstiene de reconocer los poderes conferidos por los mismos, a su abogado de confianza, por cuanto para la fecha en que los otorgaron ante el Juez Cincuenta y Siete de Instrucción Penal Militar, recibidos en el Despacho el 27 y 28 de diciembre de 1988, 'no tenían, ni tienen aún' la calidad de procesados (artículos 125 y 130 del C. de P.P.).

"Desarrollada la investigación, previa clausura de la misma, se calificó el mérito probatorio del sumario, con resolución acusatoria contra Guillermo Luna Arroyo por el delito de homicidio, a quien se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva y se declaró la cesación de procedimiento en relación con Alvaro Luna Arroyo.

"Capturado Guillermo Luna Arroyo –marzo 9 de 1989–, otorgó nuevamente poder al doctor Pacheco Vega, a quien se le reconoció como defensor del procesado en auto de 10 del mismo mes y año.

"Apelado el auto calificatorio, el Tribunal Superior de Barranquilla le impartió su confirmación.

"Efectuado positivamente el control de legalidad sobre la medida calificatoria enunciada, se inicia el trámite del juicio.

"En auto de julio 8 de 1989, el Juzgado Tercero Superior de Barranquilla negó la práctica de algunas pruebas, entre ellas la ampliación de los testimonios recibidos en la etapa instructiva y las declaraciones de Gilberto Barrios Yepes y David Campo.

"Apelado el auto anterior, el Tribunal lo revocó y en su lugar ordenó la práctica de las pruebas solicitadas por el defensor del procesado.

"Guillermo Luna Arroyo fue oído en indagatoria el 17 de octubre de 1989. Se recepcionaron los testimonios ordenados, diligencias en las que tomó parte el defensor del procesado, excepto a los señores Gilberto Barrios Yepes y David Campo, porque según constancia secretarial de octubre 24 de 1989, en las direcciones suministradas al juzgado no fueron recibidas las citaciones porque no residían en ellas.

"En auto de octubre 24 de 1989, se accede a la solicitud del defensor del procesado, pero en consideración a que no se concreta la dirección de Gilberto Barrios Yepes, se ordena citarlo por intermedio de los radioperiódicos de la ciudad, lo que fue cumplido a través de los oficios números 13414 y 13415 de la misma fecha.

"El 25 de octubre de 1989, se suspendió la diligencia de recepción del testimonio de Gilberto Barrios Yepes, hasta que se aclare la disparidad que existe en cuanto al número de la cedula que aparece en el comprobante de la Registraduría del Estado Civil y la cédula de ciudadanía, documentos que presentó el testigo para su identificación.

"En auto de octubre 31 de 1989 se fija fecha para la audiencia pública y en cumplimiento del auto que ordena la práctica de pruebas, se ordena citar al médico legista para que aclare y explique su dictamen.

"El defensor del procesado solicita se señale fecha para la recepción del testimonio de Gilberto Barrios Yepes y adjunta constancia de la Registraduría del Estado Civil de Barranquilla, que da cuenta que el error que aparece en la cédula del citado señor Barrios fue cometido por las oficinas centrales en Bogotá.

"En auto de noviembre 8 de 1989, se desestima la petición del señor defensor por extemporánea, al haberse vencido el término para la práctica de pruebas.

"En proveído de noviembre 9 de 1989, se ordena recepcionar el testimonio de Gilberto Barrios dentro de la audiencia pública. Para efectos de la citación se libra el oficio número 13570 de enero 22 de 1990, dirigido al radioperiódico 'La costa en noticias', pidiendo la colaboración para que en las tres emisiones del día se cite a Barrios Yepes en la fecha señalada para la audiencia pública.

"El 24 de enero de 1990, se inicia la audiencia pública sin intervención de jurado de conciencia. Se dejó constancia de la no comparecencia del testigo Barrios Yepes. Presente el médico forense, respondió a las preguntas de conformidad con el petitorio formulado por la defensa. Se leyeron todas y cada una de las actuaciones procesales solicitadas por el procesado y su defensor y se aplazó la audiencia que concluyó al día siguiente, con amplia intervención del procesado y de la defensa, que además presentó resumen escrito de sus alegaciones.

"En sentencia de febrero 21 de 1990, se condenó al procesado Guillermo Rafael Luna Arroyo, a la pena de doce años de prisión, en consideración a que el móvil determinante de la conducta de éste, lo constituyó el altercado que días antes había tenido la víctima con el hermano del procesado, lo cual constituye un motivo fútil, sin gravedad e idoneidad, para generar una conducta homicida. Igualmente se tuvo en cuenta como circunstancia de agravación punitiva la personalidad del procesado que lo ubica dentro de las escalas superiores del medio social como poseedor de una

educación profesional con amplio conocimiento de las ciencias penales, pues era representante de la sociedad, al ostentar la categoría de Agente del Ministerio Público, lo que exigía de él excepcional comportamiento y ejemplo de respeto a la Constitución y a las leyes.

"El Tribunal Superior de Barranquilla, al desatar el recurso de apelación, confirmó íntegramente el fallo de primer grado en sentencia de junio 28 de 1990."

La demanda

El defensor del procesado Guillermo Rafael Luna Arroyo impugna la sentencia de segunda instancia a través de las causales primera, cuerpo segundo y tercera, que consagra el artículo 226 del C. de P.P. por cuanto considera que la sentencia es violatoria de la ley sustancial por apreciación errónea de determinadas pruebas, y por haberse dictado en juicio viciado de nulidad.

Causal primera

1. *Violación indirecta de la ley sustancial por error de derecho*

Considera el censor que se presentó tal clase de infracción, por cuanto en la sentencia se le dio a algunos testimonios un valor diferente del que la ley les otorga; pues fueron estimados de manera sectorizada, a pesar de que el ordenamiento penal exige que las pruebas deben ser estimadas en su conjunto. Además se desconoció que provienen de declarantes sospechosos por tener vínculos de parentesco con la víctima y sus familiares y porque participaron en los hechos; tal como ocurre con Alfredo Romero Silebi, Julio Salvador Raad West, Evelin Rosana Romero González, Fredy Barcelo Martínez, Marcel Antonio Medina Cogollo, Yan Franco Romero Silebi, Luis Carlos Oquendo Rubio y Jorge Luis de Moya Márquez.

Agrega que los testigos "falsificaron las pruebas" transmutiendo los hechos de manera diferente de como en realidad se presentaron, y que en consecuencia, al ser admitidos por el sentenciador y darles un valor, a pesar de haber sido aducidos al proceso sin el lleno de los requisitos de ley, se incurrió en un falso juicio de legalidad.

Sostiene que por el contrario, fueron descartadas pruebas de "descargo" que sí merecían credibilidad por provenir de personas que fueron verdaderos testigos de los hechos, y no protagonistas del mismo.

Expresa, además, que el sentenciador no leyó el contenido del acta de la diligencia de inspección judicial, como tampoco lo hizo con el resto de pruebas "valoradas".

Concluye que si hubiese necesidad de castigar a alguien por el delito investigado, tal sanción debería recaer contra Alfredo Romero Silebi, quien fue la persona que desvió el revólver hacia el cuerpo de la víctima.

2. *Violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho*

Manifiesta el impugnante que se presentó un falso juicio de existencia por cuanto no fueron tenidas en cuenta en la sentencia, las pruebas que acreditan la buena

conducta anterior del procesado, y ello condujo a que le fuera impuesta a éste una sanción privativa de la libertad superior al mínimo legal, que ha debido de aplicarse, ya que sólo concurren circunstancias de menor peligrosidad.

Dice que se aumentó la sanción porque se consideró la presencia de una circunstancia de agravación punitiva, cual es la de haber obrado el procesado por motivos innobles o fútiles; sin tener en cuenta su buena conducta anterior y que el hecho se presentó como caso fortuito.

Considera como transgredidos los artículos 66, 64 y 67 del "C. de P.P. (sic)".

Arguye, además, que fueron ignorados por el fallador los planos levantados por el topógrafo del DAS, con los que se demuestra que los testigos expresaron que los disparos fueron hechos a 2.40 metros de la víctima, lo cual resulta de interés, porque según la necropsia aquéllos dejaron tatuaje en la víctima, y ello indica que debieron realizarse a una distancia menor.

Expresa que en la sentencia también se desconocieron otras pruebas que tenían capacidad de incidir en el fallo, como lo son la necropsia, que demuestra que la víctima luego de recibir el primer disparo no estaba en condiciones de realizar toda aquello que afirman los testigos; y las respuestas dadas por el perito en balística y el médico forense a los interrogantes que les fueron planteados, los cuales eran suficientes para que el Tribunal tomase una decisión diferente de la adoptada.

Causal de nulidad

1. *Conculcamiento del derecho de defensa*

Dice el casacionista que la sentencia se dictó en un juicio viciado de nulidad de índole constitucional, por cuanto la etapa instructiva se adelantó sin abogado que ejerciera la defensa del procesado, pues el doctor Miguel Montaña, quien fuera designado de oficio para tal labor, limitó su actuación a intervenir durante el desarrollo de la diligencia de declaración recepcionada a Fredy Barceló; luego no realizó una defensa efectiva, y ello afectó las formas propias del juicio

Agrega que el instructor no ordenó ninguna prueba que pudiera favorecer al procesado y no reconoció como apoderado de Luna Arroyo al doctor Rafael Pacheco Vega, a quien éste había conferido poder, con el argumento de que para aquella época el otorgante no tenía la calidad de sindicado; no obstante, insistió en su rechazo luego de haber sido declarado reo ausente.

Expresa que no hubo interés del instructor en buscar la verdad histórica, sino que les dio todo crédito a los testigos de cargo y permitió que el apoderado de la parte civil efectuara interrogatorios incorrectos a algunos testigos en las respectivas diligencias, induciéndolos a emitir juicios de valor.

2. *Comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso*

Manifiesta el recurrente que la defensa solicitó una serie de pruebas a fin de contrainterrogar a algunos testigos, las cuales fueron rechazadas, y que a pesar de

haber sido ordenadas por el Tribunal, el juez se negó a recibir la declaración de Gilberto Barrios Yepes, por el solo motivo de haber presentado un carnet que tenía anotado equivocadamente el número de la cédula, a pesar de que exhibió este último documento.

En la audiencia pública, el juez, atendiendo la solicitud del fiscal, prohibió dejar constancia en el acta acerca de la no recepción del testimonio de Gilberto Barrios Yepes. Así mismo, impidió que efectuase crítica a las pruebas cuando se disponía a ello; y ordenó arrojar una figura de icopor que se había llevado como ayuda para explicar lo relativo a la prueba de balística.

Impetra, en consecuencia, que se declare la nulidad.

Concepto del Procurador Delegado en lo Penal

El Colaborador Fiscal solicita se desestime la demanda presentada porque se advierte falta de técnica en la formulación del cargo y presencia de errores conceptuales. Además, no se dan en el expediente situaciones que afecten el debido proceso ni el derecho de defensa.

La Corte

El defensor del procesado impugna la sentencia del Tribunal Superior de Barranquilla a través de las causales primera y tercera que consagra el artículo 226 del C. de P.P. Dadas las implicaciones que conllevaría la prosperidad de los cargos formulados a través de esta última, la Corte se ocupará inicialmente del análisis de ella.

Causal tercera

I. *Violación del derecho de defensa*

1. Sea lo primero reiterar la posición de la Corte frente al cargo que concreta el actor por una precaria defensa en la etapa instructiva:

"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 prueba 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 atenúen. De ahí que en esa etapa del sumario, la insuficiencia en la defensa no invalide la actuación, siempre que no se quebranten en forma cierta y concreta los derechos del acusado" (Casación, julio 24 de 1990, Magistrado Ponente doctor Gustavo Gómez Velásquez).

2. De entrada advera la Corte que, en el caso que nos ocupa, no se presentaron situaciones que menoscabaran los derechos y garantías que la ley y la Constitución consagran en favor de los procesados, y, por tanto, mal puede edificarse sobre las bases de una pasividad del apoderado del sindicado en la etapa investigativa, una nulidad como la que agita el censor.

Lo anterior, por cuanto si en verdad la actividad desarrollada por el doctor Miguel Montaño García –quien fuera designado como apoderado de oficio de Guillermo Rafael Luna Arroyo, una vez declarado sindicado ausente se limitó a intervenir en la diligencia de declaración de Fredy Gabriel Barceló Martínez, tal actitud no es situación que merezca reproche, ya que como reiteradamente lo ha sostenido la Corte, diferentes son las tácticas que pueden ser utilizadas por los letrados sobre las cuales recae la misión de ejercer la defensa del acriminado, y entre ellas se encuentra la de observar aparente inercia en el proceso, con la intención de aprovechar en favor de los intereses de quienes representan, los vacíos que puedan presentarse. De todas maneras y pese a la crítica que efectúa el impugnante, es llano observar que ninguna repercusión desfavorable para el sindicado se tuvo en la sentencia con tal comportamiento omisivo.

3. En ninguna irregularidad incurrió el juez cuando se abstuvo de reconocer como apoderado del sindicado Luna Arroyo al doctor Rafael Pacheco Vega, en consideración a que en el momento en que fue suscrito el respectivo poder, éste aún no había sido vinculado al proceso; pues de conformidad con lo prevista en el artículo 130 del C. de P.P., sólo la persona que ya se halle en esa situación puede en cualquier momento designar su defensor, mediante poder debidamente autenticado ante autoridad competente, y dirigido al juez respectivo. Y si la sujeción al proceso se realiza únicamente a través de la injurada, o la declaratoria del sindicado ausente, a partir de estos momentos procesales está facultado el procesado para otorgar poder en la mencionada forma.

La solicitud reiterativa del doctor Pacheco Vega para que fuese tenido como apoderado, luego de estar vinculado legalmente al expediente el citado sindicado, no obligaba al juez a reconocerlo como tal, por cuanto el nuevo escrito no provenía de la persona otorgante del poder, sino de quien aspiraba a representarla en el proceso.

Tiene especial interés lo que anota el colaborador fiscal acerca de tales aspectos:

"Guardar silencio sin objetar la designación del apoderado de oficio, absteniéndose de otorgar un nuevo poder a su defensor de confianza, luego de haber sido legalmente vinculado al proceso, esperando que la solicitud del abogado produjera su reconocimiento como defensor, para luego pedir la nulidad del proceso, resulta desde

toda punto de vista inaceptable, porque nadie puede alegar en su favor su propia negligencia."

4. Se advierte, además, que para la sustentación del cargo el impugnante realizó algunas críticas acerca del valor otorgado a ciertas pruebas, lo cual es ajeno a la causal de nulidad propuesta, y por ende, al involucrarlas en este reparo denota desconocimiento de la técnica que rige en casación.

II. *Comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso*

1. Cierto es que una de las formas de faltar al debido proceso y consecuentemente conculcar el derecho de defensa, es el dejarse de practicar pruebas que conduzcan a demostrar algún aspecto que favorezca al procesado y que por tanto tengan la capacidad de repercutir en la sentencia. Pero no puede predicarse desconocimiento de las garantías básicas cuando las pruebas que se echan de menos no fueron allegadas por motivos ajenos a la voluntad del juez, vale decir, por su inercia, inactividad o capricho, sino que resultaron imposibles de realizar por factores extraños y cuando, además, no se haya evidenciado que tuviera la capacidad de modificar el fallo.

Y si en el caso en estudio, el casacionista se abstuvo en la demanda de señalar y demostrar fehacientemente que la prueba que echa de menos, o sea el testimonio de Gilberto Barrios Yepes, tenía la virtualidad de alterar la sentencia de manera sustancial, ha de entenderse que su omisión en nada afectó al sindicado, pues la sola hipótesis de un resultado favorable no es suficiente para considerar que la prueba pudiese afectar el desenlace del juicio.

Por demás, el testimonio de Gilberto Barrios Yepes no fue recepcionado en su oportunidad, por cuanto se creó duda en la mente del juez acerca de la verdadera identidad de quien con ese nombre se presentaba ante el juzgado a rendir declaración, dada la falta de concordancia con los datos que obraban en los documentos que exhibió para el efecto, y ello no puede ser objeto de reproche alguno, pues necesario resultaba eliminar esa situación incierta que respecto a tal declarante se presentaba.

Tampoco se incurrió en grave anomalía al negarse el juez a recibir la declaración una vez vencido el término probatorio; y, si tal testigo no fue oído dentro de la diligencia de audiencia pública, ello obedeció a no haberse hecho éste presente en ella, luego tal situación en manera alguna puede predicarse como originada en la desidia del funcionario judicial.

2. El censor en su libelo se refiere a otras situaciones que considera irregulares, como el omitirse constancia en el acta de audiencia pública acerca de la no recepción del testimonio de Barrios Yepes y el habérsele coartado el ejercicio de la defensa al impedírsele el uso de una figura de icopor para ilustrar la trayectoria de un proyectil disparado contra Orejarena Oquendo. Sin embargo, la primera situación no refleja la verdad procesal porque en el acta correspondiente sí se efectuó la anotación respectiva; y respecto a la segunda se observa que si bien pudo constituir una equivocación atribuible al juez el no permitir el uso de la ayuda material llevada por el defensor para el señalado efecto, ello en modo alguno pudo resquebrajar las bases mismas del proceso, o afectar en grado sumo el derecho de defensa, porque ni era el único medio

para demostrar lo que con ello se proponía el abogado, ni el más efectivo para obtener la absolución del procesado.

Además, tal profesional que gozó de las más amplias garantías para el ejercicio de su labor, pudo exponer sus argumentos acerca de la trayectoria de la bala, controvertir las pruebas, y efectuar los planteamientos que consideró pertinentes en pro de los intereses de su defendido, fuera de que en tal diligencia se llevó a cabo la absolución de algunos interrogantes por él planteados, al médico forense citado con ese fin.

No se presentó, pues, ninguna irregularidad sustancial que afectara el debido proceso o conculcara el derecho de defensa.

Causal primera

1. *Violación de la ley sustancial originada en errores de derecho*

1. Incurre el casacionista en varios desaciertos al sustentar el cargo que lo hacen carente de técnica y naturalmente impiden que éste pueda prosperar.

Así, a pesar de enderezar su crítica hacia la demostración de errores de derecho originados en falsos juicios de convicción –aunque expresamente no lo mencione– ante el mayor valor que afirma le otorgó el sentenciador a determinadas pruebas que sirvieron de estribo y fundamento para emitir su fallo condenatorio, coetáneamente indica que lo que pretende demostrar es un falso juicio de legalidad, por cuanto tales medios de convicción se aportaron al proceso sin el lleno de los requisitos legales, y sin embargo fueron estimados por el fallador.

Incurre el censor en grandes imprecisiones y contradicciones, como quiera que además de confundir estas dos formas de transgresión, olvida que ellas implican situaciones excluyentes entre sí, pues el falso juicio de convicción presupone que la prueba que se considera valorada erróneamente por el juzgador ha sido allegada al proceso con la plenitud de las exigencias de ley, aspecto último que precisamente ha de estar ausente cuando el error que se invoca se origina en un falso juicio de legalidad.

2. La falta de formalidades en la aducción de una prueba que puede dar origen a su inexistencia jurídica y por ende a un falso juicio de legalidad, cuando el sentenciador desconociendo tal situación le otorga algún mérito, son de orden extrínseco, es decir, hacen alusión a la ausencia de los requisitos formales que la ley exige para la realización de determinado acto jurídico, mas no a los de carácter intrínseco entre los que se halla el contenido mismo de un testimonio, en donde el declarante desfigura o falsea los hechos sobre los cuales rinde su versión, pues ello daría lugar a la presencia de un fenómeno diferente, como lo sería la tacha del testimonio, por falsedad.

En consecuencia, incurre el censor en error, al mencionar como situaciones que pueden engendrar falsos juicios de legalidad la desfiguración, que, según su personal criterio, pudieron efectuar los testigos en sus declaraciones acerca de algunos hechos.

3. Se equivoca también el casacionista al centrar su crítica sobre el valor probatorio otorgado a pruebas como la testimonial, para la cual la ley no ha señalado una determinada y específica tarifa legal, sino que ha dejado su estimativa a la libre apreciación del sentenciador, dentro del marco de la sana crítica (artículo 295 del C. de P.P.), como también vería al considerar que el hecho de existir alguna relación de parentesco o amistad entre los testigos presenciales del comportamiento delictuoso, y la víctima o los familiares de ésta, pueda descalificarlos como tales, pese a no observarse parcialidad, o deseo de desviar la acción de la justicia, lo que ocurrió en el caso en estudio, donde dichas deposiciones salen avantes, luego de ser sometidas a un completo análisis y crítica, de acuerdo con los postulados del mencionado precepto.

4. Involucra también el impugnante dentro de este cargo aspectos propios del falso juicio de existencia, cuando afirma que no fueron estimadas y valoradas pruebas que hubiesen podido incidir en el fallo, aunque calla al indicar a cuáles se refiere, y en qué forma podrían haber repercutido en aquél.

5. El planteamiento al que acudió el censor para sustentar su reparo denota imprecisión e inseguridad en el ataque, y ello unido a las insuperables fallas de orden técnico que ostenta, impiden que éste pueda prosperar.

II. *Violación indirecta de la ley sustancial originada en errores de hecho*

1. en el segundo reproche que plantea el casacionista al través de la violación indirecta de la ley sustancial, menciona la falta de apreciación en la sentencia, de pruebas que acreditan la buena conducta anterior del procesado, sin embargo, se abstiene de identificar plenamente a las que alude y el demostrar la repercusión de tal omisión en el fallo.

2. Igualmente desconoce la realidad procesal cuando se refiere a la inexistencia de circunstancias de agravación punitiva, lo que llevaría a la aplicación de la mínima sanción privativa de la libertad prevista para el homicidio por el que se procedió, cual es la de diez (10) años; porque, si en verdad, en el fallo no se hizo expresa alusión a los testimonios que acreditan la buena conducta anterior del procesado, tal omisión no tuvo trascendencia alguna toda vez que para la tasación de la pena se tuvo en cuenta la personalidad del procesado, siendo precisamente la buena conducta anterior, uno de los factores importantes para la valoración que acerca de ella se realiza. Así, se partió del mínimo establecido para el delito de homicidio, y se incrementó en dos años ante la presencia de la causal de agravación prevista en el numeral 1 del artículo 56 del Código Penal, o sea el haber obrado el procesado por motivos innobles o fútiles, circunstancia ésta que por ser genérica podría ser reconocida en la sentencia, sin que lo hubiese sido en el auto calificatorio.

Ante la existencia de la causal de agravación mencionada, de cuyo análisis se ocupó ampliamente el sentenciador, mal podía éste aplicar el mínimo de sanción privativa de la libertad previsto en el artículo 323 del Código Penal, toda vez que según las voces del artículo 67, *ibidem*, sólo puede imponerse aquél, cuando concurren exclusivamente circunstancias de atenuación.

3. No se ajusta a la verdad del proceso lo expuesto por el casacionista en el sentido de haber sido ignoradas por el sentenciador pruebas tales como los planos

levantados por el topógrafo del DAS durante la diligencia de inspección judicial, acta de necropsia, dictamen del médico forense rendido en la diligencia de audiencia pública y experticio dado por el perito en balística, porque la simple lectura de la providencia impugnada lleva a la Corte a contraria conclusión.

Lo que ocurrió fue que el juzgador no les dio a tales probanzas el significado y alcance que la defensa esperaba, pues lejos de considerar, como lo hace el censor, que infirman algunos aspectos importantes expuestos por los testigos de cargo, señaló que evidencian el grado de veracidad de aquéllos en cuanto a los pasos desarrollados por el culpable en forma precedente, concomitante y subsiguiente al hecho punible, la posición de la víctima y del procesado en el momento culminante, los signos o señales exteriores dejados por el disparo efectuado a corta distancia entre los dos protagonistas centrales, como también el que la víctima pudo continuar de pie y desarrollar las actividades a las que aluden algunos testigos luego de las iniciales lesiones recibidas.

4. Por tanto, lo que en el fondo se plantea es una inconformidad del censor con la interpretación que de las mencionadas pruebas efectuó el fallador, por cuanto, en su sentir, conducían a la demostración de aspectos contrarios a los que dio por probados aquél, lo cual es ajeno al falso juicio de existencia propuesto, pues se enmarca más dentro de los delineamientos propios del falso juicio de identidad, ante la tergiversación que pudo efectuar el sentenciador del contenido de pruebas allegadas legalmente al proceso.

Tales falencias técnicas imponen el rechazo del cargo.

Por lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con el concepto del señor Procurador Primero 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.

Dídima Páez Velandia, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia (salvo parcialmente mi voto).

Rafael I. Cortés Garnica
Secretario

Jurado de conciencia / Tránsito de legislación

La Corte ha sostenido que la segunda audiencia que se realiza como consecuencia de una declaratoria de contraevidencia, no puede entenderse como una prolongación o continuación de la primera.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Edgar Saavedra Rojas*
Aprobada Acta No. 040 del 25 de junio de 1991
Bogotá, D.E., junio veinticinco (25) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Vistos

Por sentencia del treinta de mayo de mil novecientos noventa, el Tribunal Superior de Pereira, confirmó la condenatoria de primera instancia emitida por el Juzgado Segundo Superior de la misma ciudad, por medio de la cual se impuso pena de prisión de 16 años y 6 meses a Gersaín Correa López como autor de los delitos de homicidio y hurto por los que había sido llamado a juicio.

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 se casara el fallo impugnado.

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

Hechos

En el fallo materia de impugnación, aparecen sintetizados así:

"En la noche del dieciocho de junio de 1988, varias personas penetraron a las cerradas instalaciones de la Galería de esta ciudad (Pereira), para ejecutar un latrocinio sobre los bienes del comerciante Alberto Bernal Henao, guardados en una caja de seguridad, la que violentaron sin lograr abrirla. Descubiertos por el celador Luis

Houver Ladino Ríos, se desató balacera entre éste y aquéllos, resultando muerto el vigilante y uno de los asaltantes, identificado posteriormente como Leonel Marín Montoya, quien tenía un amplio récord delictivo. Las autoridades policivas, en compañía de los guardas de 'Seguridad Nacional' encontraron escondido entre unos plásticos, al señor Gersaín Correa López, que también presenta antecedentes por delitos contra la vida y la integridad personal, el patrimonio económico y la fe pública".

ACTUACIÓN PROCESAL

1. Concluida la investigación, en cuyo desarrollo fue vinculado mediante indagatoria Gersaín Correa López, se profirió resolución de acusación en su contra como autor de homicidio y tentativa de hurto. Recurrida esta decisión, fue confirmada por el Tribunal Superior de Pereira.

2. Tramitado el juicio, se llevó a cabo el 28 de marzo de 1989 la diligencia de audiencia pública con intervención del jurado. A su culminación, el jurado emitió veredicto de responsabilidad en relación con la tentativa de hurto y de inocencia en relación con el homicidio. Este último por mayoría de 2 a 1.

3. Al día siguiente, 29 de marzo de 1989, el Juzgado profirió decisión en que declara contrario a la evidencia el veredicto de no responsabilidad por homicidio. Así mismo, acoge el de responsabilidad por tentativa de hurto y se difiere la adopción de decisión definitiva hasta que las respuestas del jurado sean acogidas, disponiéndose en consecuencia, la convocatoria de un nuevo Tribunal Popular para la resolución definitiva de la responsabilidad del procesado en relación con el delito de homicidio.

4. Integrado el nuevo jurado, lo cual aconteció mediante auto del 6 de julio de 1989, la nueva vista pública es llevada a cabo el 3 de octubre del mismo año. Al finalizar el debate, como ocurrió en la veredicción declarada contraria a la evidencia, el jurado halló inocente al procesado por el delito de homicidio en Luis Hoover Ladino Ríos.

5. Siendo este veredicto de obligatorio acogimiento por el Juez, se dictó el correspondiente fallo de primera instancia. En él se absuelve a Correa López por el delito de homicidio agravado por el cual fue juzgado y se le condena a la pena principal de seis meses de prisión por tentativa de hurto.

6. Interpuesto recurso de apelación por el defensor y el sentenciado, el Tribunal Superior al resolverlo decretó la nulidad de lo actuado a partir del auto de 11 de septiembre de 1989, por el cual se fijó fecha para la audiencia, en razón a que con el advenimiento del Decreto 1861 de agosto 18 de 1989, que suprime la institución del jurado, la audiencia ha debido celebrarse ante el juez de derecho exclusivamente.

7. En reposición de la actuación, se celebró la audiencia en las condiciones establecidas por el Tribunal y posteriormente, se dictó el correspondiente fallo. En él, el juzgado halló responsable al procesado del delito de homicidio de acuerdo con su propia estimación probatoria y acogió el veredicto de responsabilidad por tentativa de hurto, fijando la pena principal en 16 años y 6 meses de prisión.

8. Mediante el fallo materia de casación, el Tribunal impartió confirmación a la sentencia de primera instancia.

La demanda

Dentro del ámbito de la causal tercera de casación, el recurrente formula contra la sentencia tres cargos al considerar que fue dictada en juicio viciado de nulidad.

El primero de ellos, lo hace consistir en violación del debido proceso, determinada en las graves irregularidades de tipo sustancial en que se incurrió con la aplicación del artículo 37 del Decreto 1861 de 1989, para con fundamento en él desconocer el segundo veredicto del jurado de conciencia por medio del cual se absolvía a Gersaín Correa López por el delito de homicidio y declarar la nulidad no solo de la sentencia que lo acogió como obligatorio, sino de toda la actuación a partir del auto que fijaba la fecha de audiencia, repitiéndola en derecho para luego dictar un nuevo fallo en el cual se impone como pena principal la de 16 años y 6 meses de prisión.

En demostración de la violación denunciada, aduce que no obstante la declaratoria de nulidad, con ella no se afectó el auto que dispuso la convocatoria del nuevo jurado, el que era ley del proceso y, por tanto, de obligatorio cumplimiento, todo lo cual resultó desconocido con la celebración de la audiencia sin intervención del jurado de conciencia.

Así mismo, pone en evidencia que debiendo ser juzgado el hecho de acuerdo con las previsiones del Decreto 050 de 1987, en razón a la fecha de su ocurrencia, se dio aplicación retroactiva al Decreto 1861 de 1989, en cuanto hace relación con el juzgamiento sin intervención del jurado.

Estima, de otra parte, que también constituye irregularidad el fraccionamiento a que se sometió el primer veredicto, declarando contraevidente el relativo al homicidio y acogiendo el de hurto, vía por la cual, concluye, se rompió la unidad procesal.

Con referencia al segundo cargo, él aparece sustentado sobre la violación al derecho de defensa. A este respecto, alega el recurrente que el procesado ha debido ser juzgado con intervención del jurado; que al no hacerse así, fue sometido a juzgamiento por el juez que había proferido la contraevidencia de un primer veredicto absolutorio, oponiendo apreciaciones jurídicas a la prueba valorada en conciencia por el Tribunal popular, desconociéndose, además, con la declaratoria de nulidad a partir del auto de señalamiento de fecha para la audiencia con jurado, que los términos ya habían empezado a correr y, por lo mismo, que era imperioso continuar el trámite con la legislación derogada, esto es, el Decreto 050 de 1987, celebrando la audiencia con jurados.

Finalmente, en sustentación del tercer cargo, se alega violación al principio de favorabilidad. Esta se hace consistir, en que no sólo se aplicó la supresión del jurado en un caso para el cual no procedía, por cuanto no se trata de situación en que no se hubiera iniciado la audiencia ya que aquí había concluido parcialmente, sino que fue observada una norma posterior –artículo 37 del Decreto 1861 de 1989– desfavorable,

cuando el trámite ha debido ser previsto en el Decreto 050 de 1987 vigente al momento del hecho.

El criterio de la Procuraduría

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal, al rendir concepto, coadyuva la demanda. En consecuencia, solicita casar el fallo y disponer la invalidación del trámite cumplido a partir, inclusive, de la decisión de enero 23 de 1990 mediante la cual el Tribunal decretó la nulidad del auto de septiembre 11 de 1987 y la actuación posterior a él.

En la formulación de esta propuesta, parte de examinar los pronunciamientos jurisprudenciales sobre alcances de la excepción contemplada en el artículo 36 del Decreto 1861 de 1989 para el juzgamiento por jurados –institución abolida por el Decreto en mención–, en casos en que a la entrada en vigencia de esta normatividad se hubiera dado iniciación a la diligencia de audiencia pública. De acuerdo con tal examen, encuentra puestos en razón los argumentos de la tesis minoritaria según la cual dentro del concepto de audiencia iniciada a que se refiere el decreto debe comprenderse aquellas a ser realizadas como consecuencia de la declaratoria de contraevidencia del veredicto.

A este respecto, sostiene que si la audiencia en la cual se emita el veredicto declarado contraevidente tiene plena validez jurídica, "la segunda audiencia que es una consecuencia de la primera, guarda tan íntima relación con ella, que no puede independizarse en sus efectos, por lo que válidamente puede considerarse que constituye una continuación de aquélla". Esto, continúa, "obliga a que su celebración se rituée en situaciones similares a la inicial, es decir, con la intervención del jurado de conciencia", toda vez que, "además siendo el juzgamiento en tales casos, un acto complejo no puede rituarse bajo diferentes formas cada una de las partes".

Consideraciones de la Sala

En el cargo primero pretende el actor, haberse incurrido por los falladores en una nulidad por realizarse el juzgamiento por un juez de derecho y no por el jurado popular, que era lo que correspondía en su criterio.

Es cierto que el primer veredicto fue declarado contraevidente y que el segundo habiendo sido igualmente absolutorio fue declarado nulo por decisión del Tribunal Superior, al considerarse correctamente, que por haber entrado en vigencia en ese lapso el Decreto 1861, la segunda audiencia ha debido realizarse sin la intervención del jurado popular.

Esta Corporación ha tenido la oportunidad de pronunciarse en repetidas ocasiones sobre esta temática, sosteniéndose que la segunda audiencia que se realiza como consecuencia de una declaratoria de contraevidencia, no puede entenderse como una prolongación o continuación de la primera, sino que por el contrario se trata de actos procesales autónomos y por ello al haber entrado en vigor una nueva legislación, una vez realizada la primera audiencia, cuyo veredicto fue declarado contraevidente era

imperioso que la segunda se hiciese con la única participación del juez de derecho. El veinticinco de octubre de mil novecientos ochenta y nueve, dijo esta Corporación:

"Esta nulidad se declarará a partir del auto de citación para audiencia inclusive, la que deberá convocarse nuevamente pero ya sin la intervención de jurado, pues las normas que regulaban este instituto procesal fueron derogadas expresamente por el artículo 37 del Decreto 1861 de 1989, norma ésta que por ser de índole procesal, es de aplicación inmediata, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, sin que pueda alegarse para su no aplicación el principio de favorabilidad, porque las normas procesales se sustraen por su naturaleza a este juicio."

"Conviene aclarar igualmente que solo pueden culminarse con intervención del jurado de conciencia las audiencias que estaban en curso para la fecha de iniciación de la vigencia del Decreto 1861 mencionado (agosto 18 de 1989), pues en todos los demás casos en que dicha diligencia no se había iniciado, o debió repetirse por razones de contraevidencia o nulidad, su práctica debe adelantarse sin participación del jurado, no solo por mandato expreso del artículo 36 del Decreto mencionado, sino porque la regla general del artículo 40 de la Ley 153 de 1887 que ordena la aplicación inmediata de las normas procedimentales solo admite como excepción 'los términos que hubieren empezado a correr y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas', las que se regularán por la ley vigente al tiempo de su iniciación..." (M.P. Dr. Jaime Giraldo).

En las condiciones anteriores, es claro entonces que no se ha vulnerado el debido proceso, sino que por el contrario la nulidad decretada por el Tribunal no tuvo otra consecuencia que enderezar el procedimiento si incorrecto que se había realizado al aceptar la intervención del jurado en la segunda audiencia.

En providencia del diecinueve de junio de mil novecientos noventa y uno, la Sala de Casación Penal reiteró estos principios al sostener:

"De antiguo la jurisprudencia de la Corte ha mantenido la enseñanza, no abandonada hasta ahora, que el artículo 26 de la Constitución Nacional, consagra cuatro garantías, a saber:

1. Preexistencia de la ley de acto que imputa (legalidad de los delitos y de las penas).

2. La competencia del juzgado o tribunal (legalidad de la jurisdicción).

3. El juzgamiento conforme a las formas propias del juicio (observancia del 'debido proceso y el derecho a la defensa').

4. Aplicación de la ley más favorable aun cuando sea posterior.

Con fundamento en estas prescripciones, la Corte ha reconocido el principio del debido proceso, respecto del cual ha dicho 'apunta a la reglamentación procesal que con base en leyes preexistentes hace el Estado para asegurar que los procedimientos tengan un curso determinado...' (C.S. de J. Casación febrero 15 de 1990. Magistrado Ponente Edgar Saavedra Rojas), salvo, claro está, conforme lo disponen los artículos 40 de la Ley 153 de 1887 y 5º del Código de Procedimiento Penal, en cuanto a la

determinación de la jurisdicción y competencia y en lo concerniente a la sustanciación y ritualidad del proceso.

Con arreglo a lo anterior se sostiene que las normas procesales, excepto cuando repercuten en pro de los derechos del procesado porque comportan recursos, grados de jurisdicción, situaciones de mayor beneficio como libertad provisional, terminación extraordinaria del procedimiento, etc., y en tal sentido tienen un carácter más sustancial que instrumental, son retroactivas y se aplican *ipso facto* desde cuando entran a regir, aún a los procesos iniciados con anterioridad a su vigencia, así la misma ley no establezca limitación alguna a su aplicación.

La solución adecuada al problema como se aprecia, está relacionada evidentemente con el tema del tránsito de legislación y con el principio denominado del efecto general inmediato, en particular.

El Código de Procedimiento Penal contenido en el Decreto ley 050 de enero de 1987 bajo cuya vigencia reconoce el recurrente, fue iniciado y tramitado el presente proceso, consagra en su artículo 5° el postulado del efecto general inmediato de laley procesal penal, que dicho sea de paso está también establecido en el artículo 4° de la Ley 153 de 1887, y por virtud del cual, la ley que fije la jurisdicción y la competencia y determine lo relacionado con la sustanciación y ritualidad del proceso, se aplicará desde que entre a regir. Las excepciones no son ajenas a este principio y en ocasiones el propio legislador niega su aplicación a los procesos iniciados con anterioridad.

El 18 de agosto de 1989, se expidió por el Gobierno Nacional, en ejercicio de las facultades conferidas por la Ley 30 de 1987, el Decreto número 1861, el cual derogó expresamente las normas pertinentes que reglamentaban la institución del jurado de conciencia, las que sólo se seguirían aplicando ultractivamente en los procesos con intervención de jurado en los cuales se hubiera iniciado audiencia pública para la fecha de la entrada en vigencia de la nueva ley, como una excepción a la aplicación inmdiata de ésta.

En el presente caso, la diligencia de audiencia que se convocó y celebró como consecuencia de la contraevidencia del veredicto del jurado que intervino en la primera, se realizó el día 28 de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve, vale decir, con posterioridad a la fecha de la entrada en vigencia del Decreto en comento, y en tales circunstancias no era del caso entonces aplicar ultractivamente las disposiciones que contemplaban la participación del jurado y que regían para la época de la celebración de la primera audiencia, por cuanto el legislador sólo consagró como excepción al principio por virtud del cual comenzaban inmediatamente a regir la de la no aplicación a los procesos en los cuales hubiere iniciado la audiencia pública, que no era precisamente la situación del caso que se juzgaba.

Atinado estuvo el fallador de instancia, cuando aplicó la ley procesal que regía para la fecha de la celebración de la nueva audiencia pública, pues prescindir del jurado para el juzgamiento así se lo imponía el mandato perentorio de la ley.

Pero también, la favorabilidad de la ley, que de antaño solo se consideraba aplicable en tratándose de la norma penal sustantiva, actualmente se admite como la más importante de las excepciones del aludido principio y como tal opera como ya

antes se dijo con relación a los derechos o garantías individuales del procesado, tales como defensa, libertad, recursos, etc.

La jurisprudencia de esta Corte ha sostenido:

'... 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' (Corte Suprema de Justicia, Casación Penal de noviembre 30 de 1990, Magistrado Ponente Juan Manuel Torres Fresneda).

La discusión se desplazaría entonces en determinar si el procesamiento con la intervención del *juri* constituye un derecho individual del procesado por representar una mayor garantía el juzgamiento en conciencia que el de derecho. Al respecto, el pensamiento de la Corte, expuesto en más de una ocasión relieva que:

'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 materia jurídica 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, M P Dr. Carreño).

La anterior reflexión no permite inferir, al menos, que una modalidad de juzgamiento sea más favorable que la otra, como con claridad manifiesta lo expuso la Sala Plena de la Corporación al declarar la exequibilidad del artículo 36 del precitado Decreto 1861 de 1989:

'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 solo 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 intervención 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 con 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 aquí se presenta' (sic). 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 intuición 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 al jurado de conciencia se le ha suprimido la motivación 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 M.P. Dr. Jaime Sanín G.).

Se desprende de lo anterior, que en teoría prevalece la fundada opinión de la favorabilidad del juzgamiento con la intervención del jurado frente al realizado únicamente por el juez de derecho y ello es suficiente para rechazar la censura del fallo por este aspecto, ya que tampoco, en lo concreto, el impugnante presenta argumentos de los cuales colegirse la afirmación en contrario.

Se argumentó también por el censor menoscabo al principio universal del juez natural, que es aquél constitutivo del juez competente mencionado en el artículo 26 del Estatuto Superior, pero el cargo se presenta infundado, puesto que, por el juez previamente establecido no puede entenderse el Tribunal Popular sino el juez señalado por la ley para adelantar el juzgamiento porque debe recordarse que las leyes de competencia son de aplicación inmediata, pues se ha entendido que ellas, cuando modifican la competencia, ni agravan, ni favorecen la situación del procesado" (M.P. Dr. Edgar Saavedra Rojas).

En las condiciones anteriores se rechazará el cargo presentado en primer lugar.

Planteo un segundo cargo de nulidad, por haberse vulnerado el derecho de defensa, por someterlo a un juzgamiento en derecho y no en conciencia, pero respecto a tal impugnación deben hacerse nuevamente válidas las consideraciones transcritas de una reciente decisión de la Corporación, donde se analizó y resolvió un ataque similar, en la que se ratifica que el hecho de ser procesado por un juez de derecho, no puede implicar un desmejoramiento de las condiciones de juzgamiento, sino por el contrario, la participación de un experto en cuestiones jurídicas constituye una ventaja y una desventaja.

Tampoco puede considerarse que el derecho de defensa haya sido vulnerado porque se hubiese declarado una nulidad del procedimiento, porque bien se sabe que estas decisiones pueden ser tomadas en cualquier estado del proceso una vez hayan sido advertidas; como tampoco puede entenderse violado este derecho, porque no se haya aceptado el segundo veredicto absolutorio, pues si bien es cierto que para el juez de derecho era imperioso desarrollar el segundo veredicto, siempre y cuando éste se hubiera proferido en un procedimiento correcto y no en uno viciado de nulidad. Si el Tribunal advirtió la existencia de la nulidad, era necesario que la decretase, caso en el cual el segundo veredicto quedaba dentro de la parte del proceso que era invalidada por esta decisión interlocutoria.

En las condiciones anteriores considera la Sala que debe rechazarse el segundo cargo de nulidad presentado con la pretensión de que se case la sentencia.

Presentó un tercer cargo de nulidad sobre el supuesto de haberse desconocido el principio de aplicación de la ley favorable, porque como ya se dijo en providencia transcrita con anterioridad, el principio de la aplicación de la ley favorable es también ajustable a las normas procesales de contenido sustancial, es decir, aquellas que de una u otra manera afectan el derecho de defensa, los recursos, la situación de libertad de los sindicados, etc.; pero tanto la doctrina, como la jurisprudencia en correcta interpretación de la Ley 153 de 1887 y del artículo 5° del Código de Procedimiento Penal al establecer que las leyes que señalan la competencia y la ritualidad y sustanciación de los procesos son de aplicación inmediata, excepto aquellos términos que hubiesen empezado a correr, o diligencias que ya se hubiesen iniciado.

El señalamiento de un juez de derecho para el juzgamiento de unas conductas en lugar de jurado de conciencia, son leyes de simple competencia, que por tanto no pueden entenderse ni como favorables, ni como desfavorables y por lo tanto son de aplicación inmediata, por el contrario, como lo ha venido sosteniendo esta Corporación, siempre se ha entendido que el juzgamiento por un juez de derecho comporta un mayor número de garantías, que el juzgamiento por el jurado popular.

En las condiciones anteriores habrá de concluirse que no se vulneró el principio de favorabilidad y que por tanto también debe rechazarse el cargo formulado en tercer lugar.

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,

RESUELVE:

NO CASAR el fallo impugnado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Didimo Páez Velandia, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M. (salvo mi voto)

Rafael Cortés Garnica
Secretario

Jurado de conciencia (Salvamento de Voto) / Tránsito de legislación (Salvamento de voto)

El juzgamiento como acto complejo determina que en casos donde el veredicto ha sido declarado contrevidente, el acto del debate a cargo de otro jurado no pueda ser entendido como una "nueva" audiencia.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Salvamento de voto

Como no compartimos el criterio por el cual mayoritariamente la Corte decidió el caso de la referencia, nos permitimos consignar como razones de nuestro disentimiento las referidas en la ponencia derrotada y que en lo esencial son las siguientes:

"*Cuestión previa. La proposición de los cargos*: Del examen de los tres cargos que al amparo de la causal de nulidad se formulan en la demanda, se establece que ellos, en su enunciado, aluden a motivos de invalidación del proceso en apariencia independientes, no obstante lo cual, en el desarrollo específico que les da el impugnante, aparecen fundados en un evento común: haberse anulado la sentencia absolutoria de primera instancia proferida en favor del procesado por el delito de homicidio, a consecuencia del acogimiento del veredicto del jurado convocado a raíz de la declaratoria de contrevidencia de un primer veredicto emitido en ese mismo sentido, en razón a que en el interregno entre la integración del segundo jurado y la celebración de la audiencia, entró a regir el Decreto 1861 de 1989 en el que se suprime el juzgamiento mediante jurado, con la sola excepción de las audiencias que a la fecha de vigencia hubieran sido iniciadas de acuerdo con el régimen derogado.

Se dice que este evento es común a la totalidad de los cargos propuestos de haberse incurrido en irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso, violación al derecho de defensa y falta de aplicación de la ley favorable, en cuanto los aspectos a que se hace referencia por el recurrente en procura de darles especificidad y autonomía son derivados de la nulidad del juzgamiento hecho por el jurado y su sustitución por un juzgamiento en derecho, lo cual determinó que una situación

aparentemente consolidada para el procesado, como era la absolución dispuesta por el jurado y de obligatorio acatamiento, terminara traduciéndose, como efecto de un nuevo juzgamiento, en pena de dieciséis años y medio de prisión.

En censuras como éstas, fundadas en el mismo motivo que aquí se aduce, ha encontrado la Corte que deben ser propuestas y desarrolladas como eventuales violaciones al principio del debido proceso, no solo por ser esa su sede técnica, sino porque como fue sostenido en pronunciamiento del 25 de octubre de 1989, con ponencia de los Magistrados Doctores Ciraldo Angel y Carreño Luengas y luego reiterado en decisión del once de diciembre de 1990, con ponencia de quien realiza el presente estudio, el juzgamiento, a partir de la vigencia del Decreto 1861, por Juez de Derecho que no por jurado *no genera* situaciones de aplicación favorable de la ley derogada, como tampoco afección al derecho de defensa que den lugar a ser discutidos como vulneración de estas condiciones de juzgamiento.

En este sentido, en razón a que el recurrente entre los varios cargos formulados incluye el punto como quebrantamiento al debido proceso, en tal ámbito será examinado por la Corte dado que las imprecisiones técnicas de la demanda que vienen de ser destacadas, no obstan para ello.

El tratamiento del tema materia de la demanda en la jurisprudencia: De manera constante, la Sala ha sostenido que a partir del 18 de agosto de 1989, fecha en que entró a regir el Decreto 1861, el juzgamiento por jurados solo es posible en los eventos de la excepción establecida en esa misma normatividad; es decir, aquellos casos en que la audiencia se hubiera iniciado con tal procedimiento a la fecha de vigencia del Decreto, entendiendo que "la audiencia se inicia con la lectura de la resolución de acusación y se termina cuando, agotado el trámite, el Juez levanta la sesión independientemente de que acoja o no el veredicto". A partir de esta interpretación se ha estimado que el juez preexistente o legal, como aspecto del debido proceso en las situaciones afectadas por el Decreto 1861 de 1989, es el señalado en tal disposición dependiendo, por supuesto, de si la audiencia se ha iniciado o no. Consecuentemente, en casos donde la vista pública debe repetirse por haber sido anulada una anterior, por haber sido declarado inexistente el veredicto o porque el hecho debe ser nuevamente debatido a consecuencia de declaratoria de contraevidencia de un veredicto anterior, si el acto de audiencia no ha sido iniciado con la lectura de la resolución de acusación, habrá de ser juzgado por el juez en derecho de acuerdo con el Decreto. Proceder en sentido contrario, se concluye en sentencia de casación 4858, Magistrado doctor Calvete Rangel, por estimar que la interpretación de la excepción a que se ha hecho referencia es otra, constituye nulidad por irregularidad sustancial que afecta el debido proceso, pues el jurado en tales casos es elemento ajeno al rito procesal establecido.

La decisión del asunto en examen: En casos como el presente, donde la llamada segunda audiencia se realiza con intervención del jurado en vigencia del Decreto 1861, pero con ocasión de declaratoria de contraevidencia del veredicto emitido en vista pública anterior, llevada a cabo de acuerdo con el régimen de juzgamiento por jurado establecido en el Código de Procedimiento, esto es, antes de la expedición del citado decreto, en criterio del magistrado que elabora esta ponencia y en desacuerdo con lo expuesto en la doctrina de la mayoría de los miembros de la Sala, no se

quebranta el principio del debido proceso y contrariamente sí, es ese el sentido como está llamado a ser observado.

Lo anterior, por cuanto como ha sido expuesto en los respectivos salvamentos de voto, al fijarse el juzgamiento a través de jurado de conciencia de conformidad con las previsiones de la legislación vigente para ese momento –en este caso el Código–, se determinó el debido proceso, comprendiendo él no sólo la intervención del *jurí*, sino la facultad, por parte del Juez, para declarar contrario a la evidencia probatoria el veredicto y convocar nuevo jurado para la definición del juzgamiento.

De acuerdo con este esquema, la puesta en vigencia de la legislación que suprime la intervención del jurado no puede afectar asuntos en que, como éste, por desarrollo del debido proceso, al entrar a regir las nuevas disposiciones, como consecuencia de la declaratoria de contraevidencia, había sido convocado el nuevo jurado para dirimir el juzgamiento.

Es que si la intervención del jurado, como se dejó visto, integra el concepto de "*juez competente previamente establecido*" a que aluden las regulaciones constitucional y legal del debido proceso y si en el rito previsto por él, en función a la pluralidad de sujetos que integran el juez y los mecanismos de control a que es sometida la gestión de quien tiene naturaleza popular y legal, el juzgamiento es acto complejo.

Esa complejidad, determina que en casos donde el veredicto ha sido declarado contraevidente, el acto del debate a cargo del otro jurado no pueda ser entendido como una "nueva" audiencia, sin vinculación con la anterior, como una interpretación puramente nominalista del Decreto 1861 daría a entender. En este sentido, la llamada segunda audiencia debe entenderse como acto complementario del anterior, así se haga, por razones de voluntad legislativa, con personas diferentes. Esto por cuanto su existencia, la del segundo debate, inexorablemente pende de la primera en nexo de relación causativa, inherente a la noción del proceso, imposible de desconocer. A partir de esta consideración, puede sostenerse que sólo en cuanto existe válidamente realizada una audiencia cuyo veredicto ha sido declarado contraevidente, puede pensarse ontológica y jurídicamente, en la existencia de un segundo debate por manera tal que sin el primero, resulta imposible el segundo.

Esto mismo, hace que la complejidad del juzgamiento en examen, solo sea predicable en casos de contraevidencia, quedando al margen de su comprensión situaciones como las de inexistencia y/o nulidad del veredicto, o de la audiencia. En estos casos, por carecer la actuación de validez, ninguna fuerza causal puede tener que permita considerar que el juzgamiento realizado en reposición del ineficaz deriva del anterior.

De conformidad con estas apreciaciones, debe entenderse, entonces, de acuerdo con el debido proceso previsto por el Decreto 050 de 1987 que el juzgamiento con intervención de jurado es actuación judicial que comienza con el sorteo y posesión del Tribunal Popular y termina con la sentencia que esté en consonancia con el veredicto. Por lo mismo, en eventos como el de que se ocupa este caso, donde a la vigencia del Decreto 1861 estaba por celebrarse un nuevo debate a consecuencia de la declaratoria de contraevidencia de un veredicto anterior, éste debe ser con la intervención de jurado, en cuanto el juzgamiento ya había sido iniciado. En este sentido,

entendemos, deben ser interpretados los preceptos de los artículos 40 de la Ley 153 de 1887 y 36 del Decreto 1861, sobre sucesión de leyes.

Una interpretación en que no se considere la conformación de los actos procesales, suponiendo la autonomía de todos ellos, seguramente mantenga la claridad de la configuración literal de la ley, pero también, seguramente, conduzca a situaciones paradojales en que el debido proceso resulte seriamente afectado.

Esto es lo que acontece en situaciones en que siendo varios los procesados, se acogen los veredictos absolutorios con respecto a algunos de ellos y en relación con otros se declaran contraevidentes, para luego, a consecuencia de la supresión del jurado y en una apreciación puramente literal de las disposiciones, realizar la continuación del juzgamiento sin intervención del *jurí*. En esta situación, así su efecto no sea la nulidad, se quebranta el principio *rector* de la unidad del proceso, pues si el hecho es uno solo, así sean varios los autores, el proceso debe ser uno, lo cual no puede ser afirmado si a unos los juzga el jurado de conciencia y a otros el juez dentro de pautas jurídicas.

Para el caso materia de pronunciamiento, mucho más curiosa resulta ser la situación. Siendo juzgados dos hechos –homicidio y tentativa de hurto–, por virtud de la conexidad entre ellos fueron sometidos a consideración del jurado, obteniéndose veredicto absolutorio por el delito contra la vida y condenatorio por el otro. De éstos, el juez acogió el segundo, posponiendo el fallo, mientras decretó la contraevidencia del primero, el cual fue ratificado como absolutorio por un segundo jurado, convocado como consecuencia de la contraevidencia y acogido por el juez de derecho en el fallo anulado por el tribunal al estimar que, de acuerdo con el Decreto 1861, ese segundo juzgamiento debía ser en derecho, como así se hizo en reposición de la actuación, condenándose al procesado a la pena de dieciséis años y seis meses de prisión.

Independientemente de lo que implica la remoción de una situación consolidada de absolución por homicidio, a través de proceso debido como fue el que luego se anuló por el tribunal para, a consecuencia de un nuevo juzgamiento, imponer pena de dieciséis años y medio de prisión, resulta ser que el jurado terminó juzgando en conciencia un hecho –el hurto– que, por sí, no le da la competencia para ello y dejó de hacerlo en relación con el otro –homicidio– que era del cual derivaba la competencia por conexidad.

Es a este tipo de perversiones en la estructura del proceso a las cuales no se puede llegar, al omitir el examen a la conformación de los actos que lo integran. De acuerdo con él, como ya ha sido destacado, el juzgamiento por jurados establecido como debido proceso por el Decreto 050 de 1987, es acto complejo que comprende la facultad del juez para declarar la contraevidencia. Luego, la llamada segunda audiencia, derivada de la declaratoria de contraevidencia, no es más que acto complementario del anterior, razón por la cual, en observancia del principio del proceso debido, también debe ser celebrada con intervención del *jurí*.

En este sentido, para el presente caso, resulta ser que la actuación anulada por el tribunal es la acorde con el debido proceso a seguir y no la cumplida a consecuencia

de la declaratoria de invalidación. Por eso, habrá de casarse la sentencia para decretar la nulidad de lo actuado a partir, inclusive, de la decisión de veintitrés de enero de mil novecientos noventa (fl. 367 C. Principal), a efecto de que se prosiga el trámite de acuerdo con lo establecido en esta sentencia".

Dídimo Páez Velandia, Jorge Enrique Valencia M.

Fecha *ut supra* (junio 25/91).

JURISDICCIÓN DE ORDEN PÚBLICO / PORTE DE ARMAS DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS MILITARES

El porte de armas debe enmarcarse en el Estatuto para la Defensa de la Democracia (Decreto 180 de 1988), cuando la finalidad es la de atentar contra la tranquilidad y seguridad públicas.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Gustavo Gómez Velásquez*
Aprobada Acta No. 35 mayo 29/91
Bogotá, D.E., junio veinticinco (25) de mil novecientos noventa y uno (1991).

VISTOS

Procede la Corte a decidir el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado Guillermo Ramírez Rivera contra la sentencia proferida por el Tribunal de Orden Público el 31 de mayo de 1990, confirmatoria de la de primera instancia que lo condenó a la pena privativa de la libertad de diez (10) años de prisión por infracción al Decreto 180 de 1988.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Los sintetiza así la Delegada:

"Dispuso el Jefe de la Policía Judicial con sede en Bucaramanga el registro y allanamiento de dos inmuebles de la carrera 26 No. 30-70 y carrera 25 No. 30-55 de aquella ciudad, conjunto de edificaciones que integran la sede del Sindicato de Educadores de Santander, diligencia que se cumplió en la mañana del 15 de noviembre de 1989, en el curso de la cual fueron incautados entre los muchos elementos destinados a la reproducción de escritos y grabados, papelería, material didáctico, veintiséis planchas para la reproducción de propaganda subversiva, 362 ejemplares del libro intitulado 'Los trabajadores, sus luchas y sus organizaciones', de

que es autor el dirigente guerrillero del M-19, Andrés Almarales Manga. Además se produjo el hallazgo de una pistola marca 'Smith Wesson' calibre 9 milímetros, con capacidad para catorce (14) cartuchos, dos proveedores para la misma y cincuenta y tres (53) proyectiles del calibre enunciado y de marca nacional y venezolana."

"El arma en cuestión responde a las características de los elementos de dotación de las Fuerzas Armadas y su posesión le fue atribuida al dirigente sindical de los educadores de Santander, Guillermo Ramírez Rivera."

El Juzgado Segundo de Orden Público de Bucaramanga inició la correspondiente investigación mediante auto de fecha 21 de noviembre de 1989 y luego de recibida declaración bajo juramento a María Elena Flórez García, Juan Carlos Salazar Tobón y Juan Carlos Jáuregui Durán, vinculó mediante indagatoria a Guillermo Ramírez Rivera y se le dictó medida de aseguramiento de detención preventiva mediante proveído de fecha 7 de diciembre siguiente, por infracción al artículo 13 del Decreto 180 de 1988, sin derecho a excarcelación.

Luego de realizadas numerosas diligencias (testimonios e inspecciones judiciales), por encontrarse perfeccionada la investigación, el Juzgado dispuso mediante auto de fecha 31 de enero de 1990, correr traslado a las partes por el término legal para que presentaran sus alegatos de conclusión. El Ministerio Público demandó sentencia condenatoria y la defensa la absolución del procesado, por ausencia de culpabilidad.

El Juzgado Segundo de Orden Público de Bucaramanga con fecha 9 de marzo de 1990, dictó sentencia mediante la cual impuso a Ramírez Rivera diez (10) años de prisión y multa de cincuenta (50) salarios mínimos legales y accesorias de ley, como autor responsable del tráfico y fabricación de armas y municiones de uso privativo de las Fuerzas Militares (artículo 13 del Decreto 180 de 1988), decisión que fuera confirmada por el Tribunal Superior de Orden Público en fallo de fecha 31 de mayo siguiente.

Recurrido en casación por el señor defensor del procesado, fue admitido por la Corte por auto de 5 de septiembre último y la demanda declarada ajustada a las prescripciones del artículo 224 del Código de Procedimiento Penal, razón por la cual, se procede a decidir lo pertinente.

La demanda

Con apoyo en lo preceptuado en el artículo 226 del Código de Procedimiento Penal en su numeral primero, el actor presenta dos cargos que los enuncia y desarrolla de la siguiente manera:

"*Primera causal invocada.* La prevista en la causal 1ª del artículo 226 del C.P.P. por violación directa de la ley sustancial al dársele una aplicación indebida. Fundamento. Se impuso al sindicado Guillermo Ramírez rivera la pena prevista en el artículo 13 del Decreto 180 de 1988 dejándose de aplicar el artículo 202 del C.P.".

Dice el libelista que la finalidad exclusiva del Decreto 180 dictado con base en el estado de sitio, es el de reprimir las acciones terroristas y aquellas perturbadoras del

orden público y que la entrada en vigencia de la norma de excepción, produce los más diversos y contradictorios efectos. Uno de ellos, según el censor, es el de crear nuevos tipos penales que no aparecen en la legislación ordinaria; otro que suspende todas aquellas disposiciones de la ley común 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 ordinarias 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. Tal la situación específica en torno al artículo 13 del Decreto 180 y la prevista en el artículo 202 del Estatuto Penal Ordinario. De manera que dentro de la presencia hipotética y probable de simple porte de armas, o como lo intitula la norma expresamente 'Fabricación y tráfico de armas y municiones de uso privativo de las Fuerzas Armadas', se precisa determinar con claridad la finalidad u objetivos del hecho punible o ilícito para la aplicación y dosificación de la pena".

Considera igualmente el casacionista que se debe en primer término establecer plenamente si la conducta imputada a su representado se realizó, "en el tiempo y el espacio, con protervа finalidad terrorista o subversiva, o no, indicios, siquiera, que la presunta tenencia o porte de armas por el encartado, obedecía, o no, a tal finalidad".

Para tal efecto cita la sentencia de la Corte que declaró constitucional el Decreto 180 de 1988, y los fallos de fecha 14 de mayo de 1990, 22 de agosto de 1990, 13 de septiembre y 4 de octubre de 1988, 28 de febrero, 18 de mayo y 6 de septiembre de 1989 que en lo pertinente transcribe para concluir que "las anteriores consideraciones aunadas, por sí, honorables Magistrados, dados los antecedentes de conducta, actividad como educador, experiencia en las lides sindicales y las complementarias al actual estado de zozobra que aqueja los estamentos todos de la sociedad colombiana, se acceda a mis peticiones y se case la sentencia proferida por el Honorable Tribunal de Orden Público confirmatoria de la dictada por el Juez Segundo de Orden Público y de encontrarse plenamente acreditada la responsabilidad de Guillermo Ramírez, se aplique en su contra la sanción prevista en el artículo 202 del C. P. y no la prevista en el artículo 13 del Decreto 180 de 1988".

"Segunda causal invocada. La prevista en el parágrafo del ordinal 1° del artículo 226 del C. de P.P.; violación de la norma sustancial proveniente de error en la apreciación de la prueba. Fundamento. Tal como se puntualiza en el examen del acervo probatorio que se hizo en el acápite correspondiente e independientemente de las súplicas contenidas en la primera causal invocada, si aquéllas no tuviesen eco y cobertura (sic) en la dignísima Sala Penal, se impondría, en sentido estricto, dados los inmensos vacíos y protuberantes contradicciones en que incurren los deponentes, en su totalidad emanados de parte interesada, la aplicación en beneficio del condenado Guillermo Ramírez Rivera del principio consagrado en el artículo 248 del C. de P.P., comúnmente conocido como *indubio pro reo,* pues las evidentes dudas existentes en torno a la autoría del ilícito o hecho punible en virtud del cual aquél lo fuera, deben resolverse en favor de éste. Ello por cuanto los juzgadores incurrieron en forma palmaria en error evidente respecto a la apreciación de las pruebas que obran en el proceso."

Afirma que no obstante la pluralidad de personas que intervinieron en el allanamiento, solamente uno hace referencia a que un brazo belludo quiso esconder el arma en el alero del tercer piso de la edificación y que dentro del proceso no existe prueba alguna que haya comprobado que dicho brazo belludo correspondiera a uno de los miembros superiores de su defendido. Además, agrega el libelista, los testimonios de las personas que vivían en las habitaciones registradas no concuerdan con las afirmaciones de los militares respecto de la aceptación de Ramírez Rivera sobre la propiedad de la pistola y proveedores.

Finalmente aduce que los testimonios recaudados, al ser contradictorios, constituyen jurídicamente "Confesión extraprocesal" de un hecho punible, que de manera alguna comporta plena prueba completa para condenar, razón por la cual demanda la absolución de su representado.

Criterio de la Delegada

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, solicita de la Sala no casar el fallo recurrido, pues el actor, olvida que la reiterada jurisprudencia de la Corte, exige que en el libelo se observe al menos, aquellos elementales y universales principios de lógica jurídica, entre los cuales se destaca por su trascendencia, el de la no contradicción, según el cual, una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo y bajo unas mismas circunstancias.

Es así como el casacionista en el primer cargo con amparo en el motivo primero de casación, indica que el juzgador de instancia aplicó indebidamente el artículo 13 del Decreto 180 de 1988, cuando ha debido imponer la sanción que tiene prevista el artículo 202 del Código Penal, razón por la cual, lo que en el fondo plantea es una nulidad por falta de competencia de la jurisdicción de orden público. Y, en el segundo, solicita de la Corte el reconocimiento de la figura denominada *in dubio pro reo*, con lo que se rompe el principio de no contradicción puesto que si el proceso es formalmente inválido, será obvio que no puede dar origen a una absolución legalmente admisible ni siquiera bajo el principio de la duda sobre la responsabilidad del procesado.

Agrega que "es también una quiebra de la demanda al principio lógico que se viene comentando, cuando de una parte y dentro del primer cargo, acata los juicios del sentenciador en torno a las pruebas; pero al mismo tiempo ya bajo el amparo del segundo cargo, reabre el debate probatorio para atribuirle al fallador de segundo grado '... error evidente respecto a la apreciación de las pruebas que obran en el proceso...' ".

Por último y de no acoger la Sala los anteriores planteamientos, se refiere a los dos cargos propuestos por la defensa para concluir que ninguno de ellos admite prosperidad, razón por la cual solicita no se case el fallo recurrido.

Consideraciones de la Corte

En primer término debe la Sala destacar que el recurrente en efecto incurre en graves fallas respecto de la técnica de casación, pero como en el cargo primero podría

desembocar en la nulidad del proceso, por falta de competencia de los juzgados de instancia, se procede a verificar la existencia o no del vicio planteado tangencialmente por el recurrente, pues de llegar a presentarse, se impondría la invalidación de la actuación en aras a la defensa del debido proceso.

Es claro que el Gobierno Nacional con base en las facultades que le otorga el artículo 121 de la Constitución Política, expidió el Decreto 180 de 1988, el cual fue declarado exequible por la Corte en fallo de fecha 3 de marzo del mismo año, en el que se consignó "... la creación de nuevas figuras delictivas e infracciones policivas, así como la reestructuración de las existentes y el establecimiento de las consiguientes sanciones, es una facultad indiscutible del gobierno en Estado de Sitio. La presencia de nuevas modalidades criminales viene a ser precisamente la causa de la perturbación justificada de la implantación y el mantenimiento del Estado de Sitio, ya que en aquéllas se pueden enfrentar dentro de la legislación normal. Es igualmente clara la potestad para aumentar las penas privativas de la libertad de los delitos y contravenciones establecidos en la normatividad de tiempos de paz, si el Gobierno considera que este es un medio conducente y eficaz para restablecer el orden. En esta situación, cabe una drasticidad punitiva mayor que la ordinaria y una aceleración de los procedimientos, aunque ellos impliquen modificación transitoria de los códigos...".

Y la Sala de Casación Penal, respecto del derecho en comento, puntualizó en providencia de 15 de septiembre de 1988 con ponencia del Magistrado Edgar Saavedra Rojas, lo siguiente:

"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 cómo en muchas de las conductas tipificadas se incluye un elemento subjetivo como es el caso de la conducta descrita en el artículo 29 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, 6º, 8º, 10, 12, 14, 16, 17, 20, 21, 24, 25, 26 y 31."

"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 ellas; o la prevista en el artículo 18 intercepción de correspondencia oficial, en la que tampoco se exige que la conducta tenga relación con actividades terroristas; la del artículo 19 relacionada con la utilización ilegal de uniformes o insignias donde brilla por su ausencia la exigencia que caracteriza la mayoría de las conductas descritas en el Decreto Legislativo que se analiza; el secuestro tipificado en el artículo 22, en el que se limita a definir la conducta atentatoria contra la libertad individual; y finalmente la del artículo 28 que tipifica el secuestro de aeronaves, naves

o medios de transporte en los que tampoco aparece la finalidad terrorista. En el tercer grupo, aparecen tipos de conducta alternativa, donde se describen dos o tres conductas, unas en las que es indispensable la demostración de la finalidad terrorista para que pueda entenderse que la conducta se consumó conforme a la descripción legal y la otra, en la que no se requiere haber actuado con tan precisa finalidad. Es el caso de la conducta tipificada en el artículo 7° concierto para delinquir... Finalmente existe una cuarta clase de tipos penales en los cuales la descripción de la conducta no incluye elemento subjetivo de la finalidad terrorista, pero sí se le agrega en la titulación del artículo, es la situación concreta de los artículos 9° y 27 que respectivamente se titulan 'incendio, destrucción o daño de nave, aeronave o medio de transporte por acto terrorista', y 'atentados terroristas contra complejos industriales y otras instalaciones', normas que si se estudian detenidamente no contienen las exigencias que son características de la mayoría de los tipos que constituyen este ordenamiento legislativo...".

Así mismo, en sentencia de fecha 9 de julio de 1990, con ponencia del Magistrado Saavedra Rojas, dijo la Corte:

"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 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 éste 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 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 pensible en la infracción a las normas llámadas 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 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."

Con base en lo anteriormente consignado se tiene que el porte de armas debe enmarcarse en el estatuto en comento, cuando la finalidad es la de atentar contra la tranquilidad y seguridad públicas, lo cual se determina a través de las diferentes piezas procesales.

Recuérdese que el procesado Guillermo Ramírez Rivera, residía en la sede de la Asociación de Educadores del Departamento de Santander y que, además de las actividades sindicalistas que allí se realizaban, existía un taller de impresión de material didáctico, pero también, como lo apunta la Delegada "de propaganda y difusión de actividades de guerrilla armada, como forma de transformación o cambio del orden social, que históricamente ha venido a constituir un segmento de la realidad nacional que acude a medios de fuerza para romper la seguridad y tranquilidad social como vía de la transformación estructural que supuestamente se busca".

De ahí que el instructor en diligencia de inspección judicial practicada sobre los bienes encontrados en la Sede de la Asociación de Educadores de Santander, donde permanecía el procesado, consignara:

"Conforme con la apreciación de los elementos hallados, debe inferirse que todos éstos son para el uso de labores de imprenta y reproducción y encuadernación, encontrándose en aparente servicio; así mismo que algunos de los elisel determinan nexo o propaganda pro-guerrillera y los documentos escritos de tendencia prosindicalismo...".

Entonces, la Sede de la Asociación de Educadores no tenía la exclusiva destinación de la elaboración de material didáctico y servir de sitio de alojamiento y descanso de sus afiliados, sino también "punto de apoyo de los grupos alzados en armas contra el Estado, no sólo para la reproducción de panfletos y literatura francamente revolucionaria, sino también para el almacenamiento de armas y municiones con destino a los grupos armados interesados en mantener el actual estado de zozobra en el país. Sólo así se explicaría la cantidad de proyectiles encontrados, pues ella excede ampliamente las necesidades normales del poseedor de un arma de este tipo, y tendría algún sentido la circunstancia de que los proyectiles fuesen de fabricación: tanto nacional como extranjera".

Resulta improcedente la declaratoria de nulidad, por incompetencia del juez, ya que aparece incuestionable la relación de la conducta atribuida a Ramírez Rivera con las organizaciones a que se refiere el Decreto 180 de 1988, sin que se pueda aceptar que la pistola hallada en la Sede de la Asociación de Educadores de Santander, los proveedores para 14 cartuchos cada uno y el número de éstos, lo eran para la defensa personal del procesado.

Al invocar el censor la causal primera de casación, por *violación directa* de la ley sustancial, está aceptando la valoración probatoria por el Tribunal sentenciador y, a renglón seguido, presenta una segunda acusación por "violación de la norma sustancial proveniente de error en la apreciación de la prueba", es decir, pretende reabrir el debate probatorio, e imponer su personal criterio al expuesto por el sentenciador en el fallo impugnado, el cual viene precedido de legalidad y acierto.

En desarrollo de esta segunda acusación, el libelista no indica la clase de error, es decir, si lo es de hecho o de derecho, así como tampoco menciona las normas sustanciales supuestamente vulneradas por el Tribunal sentenciador, lo cual pone de presente vicios técnicos que la Corte no puede corregir, así como tampoco llenar vacíos en la proposición de la acusación, a más que el censor incurre en contradicción al proponer en el primer cargo una violación directa de la ley sustancial por indebida aplicación de la ley sustancial y sobre los mismos presupuestos en el segundo, invocar violación indirecta de la ley sustancial sin determinación clara y precisa de la incidencia de error en el fallo recurrido.

Finalmente, la prueba testimonial que el Tribunal Superior de Orden Público tuvo en cuenta para los fundamentos del fallo condenatorio, no está sometida a tarifa legal, sino a las reglas de la sana crítica, razón por la cual, no admite el ataque propuesto, pues ello constituye simplemente el enfrentamiento del personal criterio del recurrente con el del juzgador, lo que imposibilita la prosperidad del recurso extraordinario.

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, NO CASA la sentencia recurrida de fecha, origen y naturaleza ya precisados.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Dídimo Páez Velandia, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael Cortés Garnica
Secretario

Nulidad / Demanda de casación

Ha reiterado la Sala que si el cargo es la nulidad, y la demanda ostenta tales falencias la tornan imprósperа, el Juez de Casación puede entrar a examinar el vicio *in procedendo*.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Guillermo Duque Ruiz*
Aprobada Acta No. 40
Bogotá, D.E., junio veinticinco (25) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Conoce la Sala del recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 5 de julio de 1990, por medio de la cual el Tribunal Superior de Ibagué, en procesos acumulados, condenó a María del Rosario Villarreal a 36 meses de prisión, por los delitos de estafa y lesiones personales.

Antecedentes

1. De la unión extramatrimonial de Nicolás González Torres y María del Rosario Villarreal nació Alvaro Villarreal, quien a la muerte de su padre heredó algunos bienes que quedaron bajo la representación de su madre María del Rosario, por tener aquél apenas 14 años de edad.

El 15 de enero de 1987 María del Rosario le prestó a Alvaro $300.000.00, que éste respaldó con una letra en blanco que debería ser cancelada el 31 de marzo subsiguiente, obligación que no cumplió, procediendo entonces la madre a "llenar" el título valor por la suma de $15.000.000.00 y a iniciar con él proceso de ejecución en el Juzgado Primero Civil del Circuito de Ibagué, que mediante auto de 8 de abril de 1987 libró mandamiento de pago y decretó medidas cautelares. El demandado propuso la excepción de "inexistencia o nulidad" del título, la cual fue aceptada parcialmente en sentencia de 13 de julio de 1988, que, por otra parte, ordenó llevar adelante la ejecución sólo por la suma de $1.054.900.00.

El 26 de enero Alvaro denunció penalmente a su madre María del Rosario por los delitos de "falsedad y fraude procesal". El Juzgado 26 de Instrucción Criminal de

Ibagué abrió investigación y la perfeccionó, reconociendo además al doctor Rodolfo Vergara Hoyos como apoderado de la parte civil. Por auto de 26 de julio de 1989 se calificó el mérito del sumario con resolución acusatoria para María del Rosario, por el delito de estafa (fls. 108 y ss. del Cuaderno No. 1), correspondiéndole al Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Ibagué ejercer el entonces vigente control de legalidad.

2. En la noche del 21 de febrero de 1988, en la finca "La Joya", Vereda "Tres Esquinas", de la jurisdicción de Ibagué, Alvaro Villarreal fue herido en el abdomen y en una pierna por Eliécer Vera, con un cuchillo que le proporcionó María del Rosario, su amante.

Por esos hechos el Juzgado Segundo Penal Municipal de Ibagué abrió investigación, aceptó al doctor Hugo Ernesto Zárate Osorio como apoderado de la parte civil y mediante auto de 23 de noviembre de 1988 (fls. 190 y ss. del Cuaderno No. 2) calificó el sumario con resolución acusatoria, por el delito de lesiones personales, contra Eliécer Vera y María del Rosario Villarreal.

3. A petición del defensor, el Juzgado 4º Penal del Circuito dispuso la acumulación de los dos referidos procesos (fls. 143 y ss. 1), siguió el rito normal de la causa, señaló fecha para audiencia, comunicándola al defensor y a los apoderados de la parte civil; mas en dicho acto únicamente intervino el apoderado de la parte civil en el proceso por lesiones personales, o sea el doctor Zárate Osorio (fls. 211 y ss.).

Dictó entonces sentencia el Juzgado, con fecha abril 3 de 1990, por medio de la cual condenó a María del Rosario Villarreal a 12 meses de prisión y multa de mil pesos, por el delito de estafa, absolviéndola de las lesiones personales, delito este último por el cual condenó a Eliécer Vera a 24 meses de prisión y multa de cuatro mil pesos. A ambos procesados los condenó a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas. Por concepto de perjuicios, condenó a pagar a María del Rosario la suma de $860.000.00 y el equivalente a 20 gramos oro, y a Vera el pago de $700.000 y al mismo monto de gramos oro, concediéndoles a los dos el subrogado de la condena de ejecución condicional (fls. 244 y ss.-1).

Esa providencia fue recurrida en apelación, así:

Por el apoderado de la parte civil en el proceso por el delito de estafa, quien discutió la dosificación de la pena, la concesión del subrogado, extendiendo su desacuerdo "a la valoración de los perjuicios causados a Alvaro Villarreal, interés de parte civil por mi representado" (fl. 283).

Por el apoderado de la parte civil en el proceso por las lesiones personales, quien impugnó el fallo absolutorio en favor de la acusada María del Rosario Villarreal (fl. 287).

Concedido el recurso, el Tribunal, mediante sentencia que recurrió en casación la procesada, revocó la absolución y condenó a la mencionada dama a 36 meses de prisión, en lugar de los 12 impuestos por el Juzgado; mantuvo la cuantía de los perjuicios y agregó que "en cuanto al postrer pedimento de los recurrentes relacionados con la libertad por la concesión de la condena de ejecución condicional, no tienen los impugnantes por su calidad de parte civil legitimidad para alegar sobre este

tópico en razón de que traspasa los límites de las facultades permitidas para ellos en el artículo 46 del C. de P.P." (fl. 312). En lo demás, confirmó el fallo.

"Oficiosamente" consideró y resolvió el Tribunal de Ibagué que los procesados no eran acreedores al subrogado y así lo declaró en el punto 3º de la parte resolutiva del fallo, mas nada dijo respecto de la revocación de la libertad ni acerca de la consecuencial orden de captura (fl. 213).

La demanda

Dentro del marco de la causal tercera de casación del artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, el actor afirma que el fallo se dictó en un juicio viciado de nulidad, por violación al "debido proceso", según los artículos 26 de la Constitución Nacional y 1º de los Códigos Penal y de Procedimiento Penal.

Argumenta que luego de resolverse la acumulación de los procesos, los dos apoderados de la parte civil "siguieron actuando, pese a que se trata de una misma persona singularmente considerada y sin que se tuviera en cuenta para nada el contenido del artículo 42 del Código de Procedimiento Penal", y añade:

"No obstante en este proceso luego de la acumulación legalmente decretada, en nombre y representación del presunto ofendido y perjudicado, señor Alvaro Villarreal, siguieron actuando sus dos apoderados de la parte civil, mientras que en relación con la procesada María del Rosario Villarreal solamente actuaba un defensor, llegando al extremo de que ambos interpusieron recursos de apelación contra la sentencia de primera instancia (fls. 283 y 287), sin facultad legal si nos atenemos al contenido del artículo 46 del Código de Procedimiento Penal, ya reseñalado."

Objeta que la apelación en el proceso por el delito de estafa se haya dirigido a cuestionar la concesión del subrogado y "el monto de los perjuicios tasados en dicha providencia", glosando que "la sentencia era y fue condenatoria, lo cual implica que estaba apelando de providencia favorable a sus intereses y a los de su cliente", y que el apoderado de la parte civil apeló "de una sentencia parcialmente favorable a los intereses del presunto perjudicado", refiriéndose a la decisión tomada en el proceso por el delito de lesiones personales.

De ello concluye el demandante que esas apelaciones fueron "ilegales", razón por la cual el recurso no ha debido ser concedido y tampoco desatado por el Tribunal, todo lo cual, en su sentir, comporta violación al debido proceso que amerita casar el fallo y decretar la nulidad a partir del auto de 24 de abril de 1990, por medio del cual se concedió la apelación.

La delegada

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal encuentra primeramente que el libelo ostenta una grave deficiencia técnica, al proponer la violación al debido proceso al amparo del artículo 26 de la Constitución Nacional, cuando dicha violación está prevista expresamente como nulidad legal en el artículo 305-2 del Código de Procedimiento Penal.

Después de hacer algunas acotaciones con respecto a la innovación del Código de Procedimiento Penal, de consagrar como nulidades algunas que tradicionalmente encontraban asiento en la Constitución (art. 26), dice la Procuraduría:

"En consecuencia, en el régimen actual del procedimiento, ya no resulta procedente acudir a la nulidad jurisprudencial con la denuncia del supuesto jurídico de conculcamiento *del debido proceso*, porque éste se halla incluido taxativamente (sic) en el rol de nulidades de carácter legal.

"Y es que 'es criterio conocido que cuando la nulidad se consagra en forma específica, debe acudirse a su invocación y dejar de lado la de carácter genérico' (Cas., octubre 20 de 1987 M.P. Dr. Gustavo Gómez Velásquez), vale decir que en rigor jurídico debe plantearse en forma prevalente la nulidad taxativamente (sic) prevista en la ley así ella se encuentre inmersa en la norma suprema.

"Y ello es así porque las nulidades jurisprudenciales, por regla general, suponen que la irregularidad procesal en que se ha incurrido *no está sancionada de esa manera por la ley*, y 'las ha admitido la Corte en guarda de los principios superiores de la constitución para casos extremos, pues *son aplicables sin desconocer las establecidas por la ley procesal de modo expreso*' (Cas. marzo 24/87, M.P. Dr. Lisandro Martínez Zúñiga).

"Ha equivocado entonces el impugnante la escogencia de la nulidad que invoca, porque siendo ella *legal* la plantea como de índole jurisprudencial, tornando imprósperа la demanda. Y no se diga que este rigorismo es de mero culto al formalismo. La falla técnica trasciende a lo sustantivo en la medida en que el recurso extraordinario dentro del cual se inscribe exige precisión en el ataque. En efecto, si se entiende la casación como un juicio técnico-jurídico a la sentencia de segundo grado, resulta indispensable que el censor formule sus reparos dentro de las más estrictas normas so pena de que fracase su intento.

"No poca importancia tiene en torno a la naturaleza de la casación el invocar la nulidad bajo los patrones legales o constitucionales, pues dependiendo de la vía que se aduzca, diversa será la actividad que se reclama de la Corte. Si es la primera de las vías mencionadas, la labor se orientará a examinar los diversos pasos procesales frente a los cánones del ordenamiento procesal penal, en aras de detectar su infracción y la trascendencia de ella. El juicio que se hace al fallo es entonces frente a las disposiciones legales.

"Si se trata, por el contrario, de nulidad jurisprudencial o constitucional, la actividad del tribunal de casación estará dirigida a estudiar la actividad procesal frente a las normas de la Carta Fundamental que mencione el libelista, para determinar si las irregularidades que se indiquen son por tal modo importantes que logren socavar la estructura misma del proceso. En este caso, pues, se han de invocar –para que hacia ellas se dirija el análisis que debe emprender la Corte– normas de rango constitucional.

"Presentado el error, como se ha relevado –prosigue más adelante la Delegada–, a la Suprema Corte no le sería legítimo corregir el desviado enfoque del libelo en lo que respecta al camino escogido, como tantas veces lo ha remarcado la Sala Penal

respectiva en cuya jurisprudencia se ha insistido que no compete al Tribunal de Casación reformar las demandas que se le presenten con la mira puesta en lograr la procedencia de la impugnación" (fls. 29 a 31).

Empero, la Delegada, "haciendo caso omiso del error de técnica señalado", penetra en el contenido de la impugnación, y precisa que apenas uno de los dos apoderados de la parte civil intervino en la audiencia pública, "y cuando lo hizo limitó sus alegaciones al hecho punible que había motivado desde su comienzo la actuación (las lesiones personales). Para nada aludió al juicio por estafa", y que en cuanto a la apelación, no les estaba vedado recurrir por separado, "por cuanto el artículo 46 del Código de Procedimiento Penal los autoriza para hacerlo. Al uno, bajo la permisión contenida en la norma para procurar la declaración de responsabilidad del enjuiciado; al otro, con la facultad general de interponer recursos *contra las providencias que resuelvan sobre las materias de que trata* el mencionado artículo (la naturaleza de los perjuicios ocasionados, o su cuantía, en el caso concreto)".

Dice, así, que no existió vulneración al debido proceso, y acota que no puede pretenderse "que una persona que ha recibido perjuicios con la comisión de un hecho punible, sea cuartada en su facultad de procurar la indemnización de ellos. En cada actuación procesal podrá estar representada por el abogado de confianza, si así lo estima conveniente, en tanto que si los daños provienen de diversas actuaciones criminales, puede y debe asumir la defensa de sus derechos en forma plena. Nada obliga que, unidos los procesos por virtud de la acumulación jurídica de ellos, renuncie a parte de sus pretensiones o concentre su actividad en un solo apoderado porque cada uno de ellos está regido por una diversa relación jurídico-procesal. Así como se acepta en el ordenamiento procesal la representación simultánea de los varios perjudicados con la infracción, así también debe admitirse la paralela intervención de varios apoderados cuando un mismo sujeto ha sido víctima de diversos hechos claramente diferenciables, más aún si ellos han tenido caminos separados".

Pide entonces la Delegada que no se case el fallo.

SE CONSIDERA:

1. Es cierto lo que afirma la Delegada en el sentido de que si la violación al debido proceso está consagrada como nulidad en el artículo 305 del Código de Procedimiento Penal, es un error acudir al artículo 26 de la Constitución Nacional, que incluso no se refiere explícitamente al "debido proceso" (como sí lo hace el artículo 305 cit.) sino a la observancia de "la plenitud de las formas propias de cada juicio".

Pero en verdad para la Sala ese yerro no comporta la trascendencia y "gravedad" que le atribuye la Delegada. La jurisprudencia ha dicho que lo esencial es que el cargo esté bien desarrollado, así su "enunciado" resulte equivocado, o no se mencione por su nomenclatura la causal.

Ahora bien: así se acuda al artículo 26 en cita siempre serán las normas del Código de Procedimiento Penal las que habrá de cotejar a fin de determinar si se ha violado o no el debido proceso, mas en momento alguno las "normas de la Carta Fundamental", como piensa la Delegada.

Por último, también ha reiterado la Sala que si el cargo es la nulidad, y la demanda ostenta tales falencias que la tornan improspera, el fuez de casación puede, no en virtud de la demanda, sino por mandato de la ley (art. 227-2 C. de P.P.), entrar a examinar el vicio in procedendo *si el defecto es manifiesto y se impone el decreto de nulidad. En caso contrario no, porque sería entonces lo mismo presentar una demanda técnica que una demanda deficiente, aparte de que la Corte incurriría en contradicción al estudiarla a pesar de su ineptitud, pues ello equivaldría a decir que "está mal y bien" a un mismo tiempo.*

2. Desde ningún punto de vista constituye irregularidad (ni mucho menos una que comporte nulidad) que una vez acumulados los procesos, por figurar en ambos la señora María del Rosario Villarreal (arts. 86 y ss. C. de P.P.), la víctima, señor Alvaro Villarreal, continuara representado por sendos apoderados: uno en el caso de la estafa, y otro en el juicio por el delito de lesiones personales. La única restricción al respecto es la de que en la audiencia pública no es permitido que actúen más apoderados de la parte civil que de la defensa, según orden expresa del inciso 2º del artículo 496 del Código de Procedimiento Penal.

En este caso no se presentó esa desproporción litigial, ya que en la audiencia pública sólo actuó el apoderado de la parte civil en el proceso por el delito de lesiones personales (fls. 211 a 214). De otro lado, como aquí no existe "pluralidad de perjudicados", está de más la referencia que al artículo 42 del C. de P.P. hace el actor.

Tampoco hay reparo que formular a las apelaciones que los referidos apoderados interpusieron, por separado, contra la sentencia: el del proceso por la estafa, para discutir la pena, la concesión del subrogado y los perjuicios: este último tema le daba el interés para impugnar; y el apoderado en el otro proceso, pretendiendo que el Tribunal revocara la absolución y en su lugar condenara: aquí también el interés resulta clarísimo, pues se sabe que de la condena penal depende la condena civil, tras de la cual va la víctima. Respecto de los otros puntos (libertad *quantum* de pena) no existía legitimidad para impugnar, por resultar precisamente ajenos a la naturaleza de la parte civil, como expresamente lo destacó el sentenciador (fl. 312).

Ambos apoderados, pues, al apelar en el sentido visto materializaron "las facultades" que en su calidad de representantes de la parte civil les brinda el artículo 46 del Código de Procedimiento Penal.

Si, en las condiciones estudiadas y que aparecen en autos nuevamente sumariamente claras, no se violó el debido proceso, resulta obvio que el vicio de nulidad no se presenta.

3. En la sentencia el Tribunal estimó que el subrogado de la condena de ejecución condicional, concedido por el Juzgado a los procesados María del Rosario y Eliécer Vera, no procedía, mas al respecto se limitó a decir que "por las motivaciones que antecede, la procesada y condenada María del Rosario Villarreal no tiene derecho al subrogado penal de la condena de ejecución condicional" (fl. 313).

Como se aprecia, no revocó (al menos explícitamente) ese subrogado y la consecuente libertad, ni tampoco dispuso expedir la orden de captura de rigor en estos

casos, lo cual deberá hacerse cuando el expediente vuelva al Tribunal, entendiendo, como se impone, que la copiada fórmula que se utilizó, entraña una revocación implícita, tanto del sustituto penal, como de la libertad. Resta sólo, pues, dar cumplimiento a la consecuencia lógica de dicha revocación, o sea, librar la orden de aprehensión en relación con la mencionada procesada.

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.

Didimo Páez Velandia, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia Martínez.

Rafael Cortés Garnica
Secretario

Derecho de defensa / Nulidad

Sólo en casos extremos, en los cuales, a primera vista se destacan la negligencia, la inexcusalez, la torpeza, puede dispensarse un correctivo de anulación para procurar la enmienda.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Gustavo Gómez Velásquez*
Aprobada Acta No. 41 de junio 26/91
Bogotá, D.E., junio veintisiete (27) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Vistos

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal anota:

"El Juzgado Cuarto de Orden Público de Bogotá dictó sentencia de fecha ocho de febrero de mil novecientos noventa, en la cual condenó al procesado William José Cubides Vargas a la pena principal de ciento veinte meses de prisión y multa equivalente a cinco salarios mínimos mensuales, como responsable del delito de fabricación y tráfico de armas y municiones de uso privativo de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional.

"Apelada esta decisión, el Tribunal Superior de Orden Público en fallo del veintidós de agosto del mismo año le impartió su confirmación, modificándola solamente en cuanto al momento de la sanción pecuniaria.

"Contra la determinación del Tribunal se interpuso oportunamente el recurso extraordinario de casación, el cual, luego de concedido, fue declarado admisible por la Corte el día veinticuatro de agosto de mil novecientos noventa. Presentada la demanda y encontrada ella ajustada a las previsiones legales, corresponde ahora a esta Delegada emitir su concepto.

«Hechos

El día veintiocho de mayo de mil novecientos ochenta y nueve, en horas de la noche, el procesado William José Cubides Vargas y su hermano David se encontra

ban en estado de embriaguez y por desavenencias surgidas con algunas otras personas, el primero de los nombrados entró a su casa del barrio La Gloria de Bogotá y de allí sacó una subametralladora con la cual hizo un disparo, lo que motivó que algunos particulares reaccionaran contra él y previas algunas lesiones, lo despojaran de su arma y lo entregaran, junto con el artefacto, a las autoridades de policía que acudieron al lugar.

ACTUACIÓN PROCESAL

Capturados el procesado y su hermano Nelson David, fueron puestos a disposición del Juzgado Cuarto de Orden Público que inició la investigación penal correspondiente en auto de fecha treinta de mayo de mil novecientos ochenta y nueve.

El ocho de junio del mismo año se practicó diligencia de inspección judicial sobre el arma incautada, en la cual intervino un perito armero de la Policía Nacional, quien concluyó luego del examen correspondiente que la misma es de uso privativo de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional.

Por auto de diez de junio de mil novecientos ochenta y nueve el Juzgado Cuarto de Orden Público de Bogotá decretó la detención preventiva de William José Cubides Vargas y su hermano Nelson David, como coautores del delito de fabricación y tráfico de armas y municiones de uso privativo de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional y ordenó librar orden de captura en contra de Luis Cubides Vargas, a quien se señaló como la persona que llevó la subametralladora a la casa del implicado William José.

Apelada la anterior providencia, fue confirmada por el Tribunal Superior de Orden Público el día cuatro de septiembre de mil novecientos ochenta y nueve.

Por petición del defensor de los vinculados se ordenó la ampliación del dictamen pericial sobre el arma, remitiéndose la misma al Instituto de Medicina Legal "para abundar en razonamientos y determinar técnicamente el estado actual de funcionamiento del arma en cuestión, mediante la realización de disparos de prueba". Esta diligencia fue cabalmente cumplida en el mencionado instituto.

El seis de diciembre de mil novecientos ochenta y nueve se declaró persona ausente a Luis Alfredo Cubides Vargas y se le designó defensor de oficio. En auto del once siguiente, el Juzgado revocó la medida de aseguramiento que había proferido en contra de Nelson David Cubides Vargas.

El dos de enero de mil novecientos noventa se dio traslado a las partes para alegar y luego se dictó sentencia de primer grado en la cual se condenó a William José Cubides Vargas y se absolvió de los cargos a sus hermanos Nelson David y Luis Alfredo.»

LA DEMANDA

Con base en el artículo 26 de la Carta, se formulan dos cargos:

1. Serio quebranto del derecho de defensa.

El apoderado de William José Cubides Vargas limitó su intervención, a lo largo de este proceso, a invocar tan sólo la diminuente de su supuesta confesión, cuando

este sentenciado lo único que reconoció, dando pie a esta errada interpretación, fue que había utilizado, en un momento de apremio, el arma que guardaba su hermano.

Sobre el particular cita la jurisprudencia que cree pertinente y enfatiza en la ausencia de todo esfuerzo defensivo en el cual era exigible deprecar la absolución, ya que William José Cubides "nunca confesó ser el dueño o propietario del arma, ni tampoco el poseedor material de la misma y ni siquiera el tenedor del arma, situación ésta que estaba en cabeza de su hermano Luis Cubides. Aún más, William José Cubides ni siquiera aceptó que él tenía el arma guardada, pues quien la tenía guardada era su hermano Luis Cubides, afirmación ésta apoyada por varios de sus hermanos, colocándose su conducta dentro de la responsabilidad objetiva que está proscrita del nuevo ordenamiento jurídico".

2. La ampliación del dictamen que procuraba establecer la efectividad del arma al ser accionada, mediante la aplicación de sus mecanismos normales, no se puso "en conocimiento del procesado y su defensor, ni se les corrió traslado a ninguna de las partes".

Con esto, se desconoció lo normado en el artículo 276 del C. de P.P., así como los artículos 1º, 10, 12 y 226 *ibidem*.

Termina el impugnador destacando que "dicho dictamen pericial se constituyó en el *pilar de la sentencia*, como puede observarse, sin ningún esfuerzo. Puesto que la condena se basó en la violación del artículo 13 del Decreto 188 de 1988 "fabricación y tráfico de armas y municiones de uso de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional" siendo, por ende, el estudio sobre el arma fundamental para determinar si el arma se adecuaba a dicha descripción o podía considerarse de uso personal, situación ésta determinada sobre un dictamen pericial legalmente producido y no irregularmente producido, como el que atacamos.

"Es evidente, pues, que la sentencia se dictó en un juicio viciado de nulidad al mismo tiempo que se produjo error *in procedendo* que vicia la relación procesal y que, por tanto, compromete la validez jurídica del juzgamiento, conculca el principio de la legalidad del procedimiento y de los actos procesales en particular; socava la estructura vital del proceso por violación del ordenamiento que lo disciplina. Falla de actividad que afecta la sentencia, porque la relación procesal que la precede se halla viciada de nulidad, según conceptos jurisprudenciales".

Consideraciones de la Sala y de la Delegada

A. Sea lo primero, anotar tal como lo advirtió el colaborador fiscal, que recurrir a la nulidad de rango constitucional –artículo 26– para formular una censura relacionada con la falta de debida defensa, es equivocar su ubicación y tratamiento adecuados ya que la misma se encuentra regulada como nulidad legal y corresponde, por tanto, su desarrollo a distinto esquema. Pero, además, la alegación carece de la trascendencia que se le ha querido adjudicar y no corresponde ni a la realidad que acredita el proceso ni a la concepción que de este tema tiene la jurisprudencia.

Sobre este último particular se indica:

A.1. Como lo advera le Delegada, "no existió tal ausencia de defensa técnica dentro de la actuación procesal correspondiente. El señor William José Cubides Vargas estuvo asistido durante las diversas fases del proceso por personas acreditadas como profesionales del derecho que en uso de su discrecionalidad, elevaron peticiones y participaron en las diligencias procesales que estimaron conveniente, sustentando además sus peticiones dentro de cánones que no pugnan abiertamente con las normas legales a las cuales deberían en cada oportunidad hacer referencia".

A.2. En asunto que no deja de presentar facetas de muy personal consideración, como lo es señalar pautas para orientar una eficiente representación judicial, la Sala se ha abstenido de señalar patrones rígidos a los cuales deben ajustarse los apoderados. Los procesos ofrecen una tan variada gama de singulares características y son tan múltiples, de otro lado, las formas como cada togada puede y debe enfrentar la defensa, que resulta ilusorio, perjudicial y hasta injusto hacer casuística y fijar moldes severos de observancia insoslayable. A la Sala le basta, y es ésta la consideración general que suele repetirse al respecto, que los abogados no hayan evidenciado un abandono de la asistencia debida, ni evitado el control de pruebas, ni silenciado, según sus particulares enfoques, las alegaciones más pertinentes. Cuando esta actividad puede calificarse como atendible, como relativamente acertada y como demostrativa de cierto equilibrio en el debate, se debe entender como presente la labor de defensa, dejándose de lado esfuerzos tendientes a idear hipótesis, a sugerir alternativas y a escoger posibilidades. En este terreno, cada profesional del derecho tendría una fórmula distinta, especialmente cuando se la suministra a posteriori *y se advierte el fracaso de lo intentado. Y esto no se compadece con el respeto debido a esta clase de intervinientes ni menos con la estabilidad que debe procurarse a las actuaciones forenses.*

La situación comentada, como es obvio, se reserva a comportamientos u omisiones insufribles, que denotan no tanto una inteligente ética y decorosa participación, como sí una palmaria demostración de irresponsabilidad e ineficiencia. Sólo en estos casos extremos, en los cuales, a primera vista se destacan la negligencia, la insensatez, la torpeza, puede dispensarse un correctivo de anulación para procurar la enmienda de tan afrentosa posición, en la cual puede advertirse la causa predominante de la condena o de la dosificación inadecuada de la punición. Mientras esto no ocurra, no es admisible, sobre el conato de moldes de perfección o de presentaciones de excepcional mérito, acudir con éxito a un ataque en casación.

La defensa, en síntesis, viene dada por la índole de los hechos, por la actitud de los procesados y, en fin, por los efectos probatorios de la investigación. Estos son aspectos que no pueden desconocerse, ni pretender sofocarlos o torcerlos, sin comprometer la seriedad de la tarea encomendada o las reglas morales que rigen esta actuación. Hace bien, muy bien, el abogado que cuando advierte su campo de acción como restringido, no fuerza estos límites y se somete a ellos, tratando de obtener, en tal ámbito, el mayor de los beneficios. Por eso, si entiende que se ha producido una confesión, con todos sus requisitos, pretenderá colocarse en favor de su patrocinado la rebaja de pena que la ley dispone y no pretenderá pasar por encima de ello para invocar una descabellada o dificultosa absolución. Y menos tratará de hacer aportes dialécticos o probatorios dirigidos a este reprochable fin, ni cuestionará el correcto proceder del funcionario.

En el caso sub examine era factible entender que las posibilidades de defensa se daban en el sentido asumido por éste, ahora objetado por quien sustenta la casación. Pero la vía no era edificar su pretensión sobre esta censura, sino sobre medio bien diferente, haciendo prevalecer la inexistencia de la confesión y todos los elementos de convicción favorables a entender que la conducta del sentenciado era atípica, o conformaba otra figura delictiva distinta de la que le mereció el fallo de condena. No se seleccionó esta orientación y la Sala está impedida para imprimirle un rumbo distinto del que se escogió en este recurso extraordinario.

B. En cuanto a la otra tacha, debe comentarse que la inobservancia del trámite de traslado de las pericias, si bien se considera como irregularidad, no está constituida en motivo insalvable de nulidad. El aspecto no tiene esta delicada trascendencia, porque ciertamente lo que cuenta no es tanto el que mediante un específico trámite se lleve a formal conocimiento de las partes una diligencia de esta naturaleza, como si alejar la reserva de la prueba y la imposibilidad de su cuestionamiento. Cuando se ha dado este enteramiento y ha mediado la posibilidad de la controversia o de la alegación en el sentido que se prefiera, no se da la referida nulidad. En este punto de la demanda, como bien lo advierte la Delegada y recuerda los pronunciamientos de la Sala con ponencias de los Magistrados Saavedra (febrero 15/90) y Carreño (abril 27/88), no se trata del desconocimiento de las formas propias y fundamentales del juzgamiento (errores *in procedendo*) como sí, en su más próxima posibilidad, de las exigencias para la validez de una determinada prueba, su capacidad de convicción, que devendría en una errónea apreciación del Juez, dando lugar al vicio *in judicando*.

Tampoco se quiso acudir a esta modalidad la censura (violación indirecta) que tiene una presentación y desarrollo bien diferentes delde la nulidad constitucional.

No prosperan los cargos.

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, como en efecto no casa, la sentencia impugnada, ya determinada en su origen, fecha y contenido.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Dídimo Páez Velandia, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Rafael Cortés Garnica
Secretario

INDICE ALFABETICO POR MATERIAS
PRIMER SEMESTRE DE 1991

A

Abuso de confianza, 349
Abuso de función pública, 90
Acción disciplinaria, 153, 292
Acción disciplinaria (salvamento de voto), 156, 298
Acción disciplinaria (salvamento de voto parcial), 300
Acción disciplinaria – Suspensión, 158
Acumulación, 633
Alimentos – Cuantía, 399
Alimentos, Otorgamiento, 405
Alimentos (salvamento de voto), 410
Aplicación de la ley en el tiempo, 360, 645, 681
Aplicación de la ley en el tiempo (salvamento de voto), 654
Apoderado, 217
Apoderado (salvamento de voto), 221
Audiencia, 25
Auto inhibitorio, 176
Autor, 413
Autor (salvamento de voto), 420

C

Calificación del sumario, 458
Calumnia e injuria, 292
Cambio de radicación, 109, 164
Carrera judicial, 476
Casación, 254, 386, 487
Casación – Cargo, 494
Casación – Técnica, 278, 511, 676
Casación – Traslado, 440
Celebración indebida de contratos; 613
Cesación de procedimiento, 352
Cesación de procedimiento – Muerte del procesado, 357
Colisión de competencia, 15
Cómplice, 413
Cómplice (salvamento de voto), 420
Concusión, 131
Condena de ejecución condicional, 626
Conexidad, 633
Consejo verbal de guerra, 360
Consejo verbal de guerra (salvamento de voto), 370
Contraevidencia, 360
Contraevidencia (salvamento de voto), 370
Coparticipación, 423, 506
Coparticipación (salvamento de voto),
Culpabilidad (salvamento de voto), 298

D

Debido proceso, 221, 620
Defensor, 111, 213, 688
Defensor – Suplente, 213
Delito permanente, 93
Delitos contra el patrimonio económico, 114
Demanda, 270
Demanda de casación, 122, 448, 478, 722
Demanda de casación – Hechos, 18
Demanda de casación – Requisitos, 83
Demanda de casación – Técnica, 20, 22, 78, 232, 455, 475, 506, 525, 656
Demanda de parte civil – Perjuicios, 101
Derecho de defensa, 620, 688, 729
Derecho de defensa – Unidad procesal, 530
Dictamen pericial – Avalúo, 339
Documento privado, 550

E

Ejercicio arbitrario de las propias razones, 390
Empleado oficial, 7
Error de derecho, 63
Error de hecho, 40, 63, 180, 676
Excarcelación, 142, 502
Extorsión, 595
Extorsión (salvamento de voto), 604

F

Falsa denuncia, 381
Falsedad en documento, 69
Falsedad en documento privado, 201
Falsedad en documento privado – Testigo – Firma, 193
Falsedad en documento público, 30, 201
Favorabilidad, 681
Funcionario público, 30

I

Impedimento, 153, 217, 258, 344, 636
Impedimento (salvamento de voto), 156, 221
Impedimento – Amistad, 373
Impedimento – Amistad (salvamento de voto), 376
Impedimento – Etapas procesales, 144
Impuestos – Recaudo, 557
In dubio pro reo, 312
Indicio, 40, 180
Indulto, 352
Inexistencia, 86
Intervención en política – Asamblea constituyente, 168
Invasión de tierras o edificios, 93
Ira, 487

J

Juez, 307, 478
Jurado de conciencia, 25, 645, 681, 690
Jurado de conciencia (salvamento de voto), 654, 708
Jurado de conciencia – Cuestionario, 284
Jurisdicción de aduanas, 302, 339
Jurisdicción de familia, 399
Jurisdicción de familia (salvamento de voto), 405, 410
Jurisdicción de orden público, 142, 478, 595, 713

L

Legítima defensa – Exceso, 187

M

Menor, 639

N

Narcotráfico, 142
Narcotráfico – Laboratorio, 187
Nulidad, 25, 224, 254, 270, 425, 455, 458, 463, 478, 525, 530, 542, 620, 722, 729

P

Parte civil, 472, 636
Parte civil – Interés, 534
Participación – Determinador, 45
Peculado, 131, 557
Peculado (salvamento de voto), 584
Pena – Ejecución, 626
Pena – Graduación, 114
Pena – Rebaja, 250
Perjuicios, 506, 534
Perjuicios – Cuantía, 386
Porte de armas de uso privativo de las fuerzas militares, 713
Porte ilegal de armas, 502
Prejudicialidad, 193
Prescripción, 241
Prescripción – Circunstancias, 663
Preterintención, 22
Prevaricato, 90, 105, 158, 318
Prevaricato por acción, 434
Prevaricato por omisión, 434
Principio de no contradicción, 52, 448, 475, 506, 511
Procesado, 111
Prueba, 176, 394, 519
Prueba – Persuasión racional, 58, 261

Q

Querella - Caducidad, 93
Querella, titular, 390

R

Recurso - Desistimiento, 542
Recurso – Interés, 472
Recusación, 217, 344
Recusación (salvamento de voto), 221
Reo ausente, 478
Resolución acusatoria,
Resolución de acusación, 147, 463, 663
Revisión, 241, 274, 357, 378
Revisión – Demanda, 97
Revisión – Hecho nuevo, 394
Revocatoria, 176

S

Sentencia, 101
Sentencia – Cargo, 595
Sumario – Instrucción, 147
Suplente, 213
Situación jurídica – Término, 307

T

Tentativa, 595
Tentativa (salvamento de voto), 604
Término, 425
Término – Interrupción, 440
Testimonio, 639
Testimonio – Identificación, 86
Tipicidad, 105
Tránsito de legislación, 302, 699
Tránsito de legislación (salvamento de voto), 708

V

Violación directa, 232, 250, 607
Violación indirecta, 52, 58, 125, 261, 312, 519, 656, 671

SAD PENAL 1er. SEM. - 91 - 47

INDICE GENERAL DE SENTENCIAS PUBLICADAS

PRIMER SEMESTRE DE 1991

Pág.

EMPLEADO OFICIAL. Para los efectos penales, la noción de empleado oficial toma en cuenta también al particular que, aun de modo transitorio, ejerza cualquier función pública o que se le haya encargado de un servicio público. Sentencia casación. 91-01-23. No casa. Tribunal Superior de Bogotá. Procesados: Alfredo Ramírez Juliao y otros. Delito: Concusión y cohecho. Magistrado ponente: Doctor *Dídimo Páez Velandia*. Extracto número 001. Fuente formal: artículo 63 C.P. .. 7

COLISION DE COMPETENCIA. Es imposible el pronunciamiento de la Corte cuando no se respeten y agoten las exigencias previas de ley, entre éstas la exhibición de los motivos que determinan el surgimiento o la aceptación de la controversia. Auto colisión. 91-01-24. Se abstiene de dirimir el conflicto. Juzgado Promiscuo Municipal de Guarne. Procesados: Leonidas Toro y Jorge Iván Mora. Delito: Contra el patrimonio económico. Magistrado ponente: Doctor *Juan Manuel Torres Fresneda*. Extracto número 002. Fuente formal: artículo 97 C. de P.P. 15

DEMANDA DE CASACION – Hechos. El numeral segundo del artículo 224 del C. de P.P., señala como una de las exigencias de la demanda de casación, la inclusión de "un resumen de los hechos materia del juzgamiento". Auto casación. 91-01-24. Declara desierto Recurso de casación. Tribunal Superior de Santa Marta. Procesados: Alexander Alfonso Cervantes y otro. Magistrado ponente: Doctor *Juan Manuel Torres Fresneda*. Extracto número 003. Fuente formal: artículo 224 C. de P.P. . 18

DEMANDA DE CASACION – Técnica. Un cargo no se puede elaborar al amparo de dos causales simultáneamente, pues cada una obedece a razones diferentes y tiene sus propios requisitos que impiden esa pretendida mezcla. Auto casación. 91-01-28. Rechaza la demanda de casación. Tribunal Superior de Bogotá. Procesado: Alfonso Herrera Guevara. Delito: Homicidio. Magistrado ponente: Doctor *Ricardo Calvete Rangel*. Extracto número 004. Fuente formal: artículo 224 C. de P.P. 20

DEMANDA DE CASACION – Técnica / PRETERINTENCION. Si el ataque se hace porque los hechos revelan que no existió dolo sino preterintención y fueron mal apreciados por el juzgador, se debe acudir a la violación indirecta y no a la directa. Auto casación. 91-01-28. Rechaza demanda de casación. Tribunal Superior de Medellín. Procesado: Desiderio de Jesús Giraldo Naranjo. Delito: Homicidio. Magistrado ponente: Doctor *Ricardo Calvete Rangel*. Extracto número 005. Fuente formal: artículo 224 C. de P.P 22

Pág.

NULIDAD / AUDIENCIA / JURADO DE CONCIENCIA. Si culminada la audiencia pública con intervención del jurado, por algún vicio que la afecte se impone la declaratoria de nulidad, la nueva vista pública, ya en vigencia del Decreto 1861 de 1989, se convoca sin su participación. Sentencia casación. 91-01-29. No casa. Tribunal Superior de Bogotá. Procesado. Marco Antonio Tegua Bello. Delito: Homicidio. Magistrado ponente: Doctor *Jorge Enrique Valencia Martínez*. Extracto número 006. Fuente formal: Decreto 1861 de 1989. 25

FALSEDAD EN DOCUMENTO PUBLICO / FUNCIONARIO PUBLICO. La Corte reitera su posición de que la falsedad en documento público, es el delito que debe deducirse en la la conducta del funcionario que atesta haber celebrado una diligencia sin haberla realizado o asistido a ella. Auto Segunda Instancia. 91-01-30 Confirma la providencia. Tribunal Superior Santa Rosa de Viterbo. Procesada: Doctora *Rosa María Arismendi Márquez*. Delito: Falsedad en documentos públicos. Magistrado ponente: Doctor *Gustavo Gómez Velásquez*. Extracto número 007. Fuente formal: artículo 219 C.P. 30

INDICIO / ERROR DE HECHO. Si la apreciación del indicio pretende ser atacada en casación, se debe recurrir al error de hecho Sentencia casación. 91-01-30. No casa. Tribunal Superior de Manizales. Procesado: Francisco Rladio Márquez Arcila. Delito: Hurto. Magistrado ponente: Doctor *Guillermo Duque Ruiz*. Extracto número 008. Fuente formal: artículo 226 C. de P.P. 40

PARTICIPACION – Determinador. El determinador tiene una condición especial, en la medida en que no ejecuta actos materiales para la obtención del resultado querido. Auto única instancia. 91-01-30. No inicia investigación. Tribunal Superior de Buga. Procesado: Herrey Hoyos Garcés. Magistrado Tribunal Superior de Buga. Delito: Presunto abuso de autoridad. Magistrado ponente: Doctor *Edgar Saavedra Rojas*. Extracto número 009. Fuente formal: artículo 23 C.P. 45

PRINCIPIO DE NO CONTRADICCION / VIOLACION INDIRECTA. El alegato simultáneo sobre unas mismas pruebas en los campos de error de hecho y de derecho, vulnera el principio de no contradicción. Sentencia casación. 91-01-31. No casa. Tribunal Superior de Bogotá. Procesado: Florentino Salazar Muñoz. Delito: Homicidio. Magistrado ponente: Doctor *Jorge Enrique Valencia Martínez*. Extracto número 010. Fuente formal: artículo 226 C. de P.P 52

VIOLACION INDIRECTA / PRUEBA – Persuasión racional. Efectuar censuras de invocación de la violación indirecta de la ley sustancial, con fundamento en errores de derecho por falso juicio de convicción, equivaldría a la negación de la soberanía del sentenciador. Sentencia casación. 91-01-30. No casa. Tribunal Superior de Pereira. Procesado: José Jobel Orozco. Delito: Homicidio. Magistrado ponente: Doctor *Dídimo Páez Velandia*. Extracto número 011. Fuente formal: artículo 226 C. de P.P. 58

ERROR DE HECHO / ERROR DE DERECHO. Si bien es cierto que los errores de hecho y de derecho tienen origen común en el campo probatorio, es evidente que entre uno y otro operan marcadas diferencias. Sentencia casación. 91-01-31. No casa. Tribunal Superior de Orden Público. Procesados: Alex Alberto Jaramillo Mejía y Jáder Iván Chalarca Medina. Delito: Infracción al Decreto 180 de 1988. Magistra-

Pág.

do ponente: Doctor *Juan Manuel Torres Fresneda*. Extracto número 012. Fuente formal: artículo 226 C. de P.P. 63

FALSEDAD EN DOCUMENTO. No demanda el delito de falsedad documental un dolo específico, ni la inclinación de la voluntad a la expresa determinación de vulnerar la fe pública. Auto Segunda Instancia. 91-01-31. Confirma la providencia Tribunal Superior de Popayán. Procesada: Fanny Victoria Cuéllar Zemanate. Juez Promiscuo Municipal de Páez Belalcázar. Delito: Falsedad. Magistrado ponente: Doctor *Juan Manuel Torres Fresneda*. Extracto número 013. Fuente formal: artículo 219 C.P. 69

DEMANDA DE CASACION – Técnica. Hay fallas de técnica que hacen imposible desentrañar cuál es el ataque formulado. Sentencia casación. 91-02-06. No casa. Tribunal Superior de Bogotá. Procesado: José Nemesio Rea León. Delito. Homicidio y lesiones personales. Magistrado ponente: Doctor *Edgar Saavedra Rojas*. Extracto número 014. Fuente formal: artículo 224 C. de P.P. 78

DEMANDA DE CASACION – Requisitos. Con la impugnación en casación se pretende demostrar la ilegalidad del fallo. Auto casación. 91-02-07. Rechaza demanda y declara desierto. Tribunal Superior de Bucaramanga. Procesado: Á cázar Martínez. Delito: Homicidio. Magistrado ponente: Doctor *Ricardo Calvete Rangel*. Extracto número 015. Fuente formal: artículo 224 C. de P.P. 83

TESTIMONIO – Identificación / INEXISTENCIA. La exhibición de la cédula de ciudadanía del testigo no es requisito esencial del testimonio y la falta de identificación, en esa forma, no torna inexistente la declaración. Sentencia casación. 91-02-12. No casa. Tribunal Superior de Cali. Procesado: Henry Jaramillo Vanlez. Delito: Homicidio. Magistrado ponente: Doctor *Guillermo Duque Ruiz*. Extracto número 016. Fuente formal: artículo 310 C. de P.P. 86

PREVARICATO / ABUSO DE FUNCION PUBLICA. Hay prevaricato y no abuso de función pública, cuando la providencia emitida sea manifiestamente ilegal aunque haya habido extralimitación de funciones. Auto segunda instancia. 91-02-13. Confirma la providencia. Tribunal Superior de Cartagena. Procesado: Julio Alberto Pacani Meola. Juez Quinto de Instrumental de Magangué. Delito: Prevaricato. Magistrado ponente: Doctor *Dídimo Páez Velandia*. Extracto número 016. Fuente formal: artículo 149 C.P. 90

QUERELLA – Calidad / INVASION DE TIERRAS O EDIFICIOS / DELITO PERMANENTE. En los delitos de carácter permanente, como el definido en el artículo 367 del C.P., la consumación persiste en el tiempo mientras dure la acción típica. Sentencia revisión. 91-02-13. Niega la revisión. Juzgado 40 Penal Municipal de Bogotá. Procesado: Alfonso Oñate Oñate. Delito: Invasión de tierras o edificios. Magistrado ponente: Doctor *Guillermo Duque Ruiz*. Extracto número 018. Fuente formal: artículo 367 C.P. 93

REVISION – Demanda. Resulta inadmisible la demanda de revisión por manifiesta ineptitud, cuando aparece fundamentada en hechos y circunstancias que fueron materia de debate y decisión en las instancias. Auto revisión. 91-02-14. Rechaza la demanda de revisión Juzgado 30 Penal del Circuito de Bogotá. Procesado: Efraín

Pág.

García Mahecha. Delito: Abuso de confianza. Magistrado ponente: Doctor *Jorge Carreño Luengas*. Extracto número 019. Fuente formal: artículo 233 C. de P.P. 97

DEMANDA DE PARTE CIVIL – Perjuicios / SENTENCIA. En cuanto a la concordancia de la sentencia penal con la demanda de indemnización de perjuicios, nada tiene regulado expresamente el Código de Procedimiento Penal. Auto casación. 91-02-15. Declara inadmisible el recurso. Tribunal Superior de Bogotá. Procesado: Edgar Enrique Novoa Montenegro. Delito: Abuso de circunstancias de inferioridad. Magistrado ponente: Doctor *Edgar Saavedra Rojas*. Extracto número 020. Fuente formal: artículo 220 C. de P.P. 101

PREVARICATO / TIPICIDAD. Un estudio claro y juicioso de la disposición legal sobre sólidas bases jurídicas, respondiendo a una clara lógica y al propósito universal de justicia y equidad, es el mojón que marca la frontera entre una sana interpretación y un acomodaticio torticero. Auto única instancia. 91-02-18. Se abstiene de iniciar investigación. Corte Suprema de Justicia. Procesados: Fernando Olaya Lucena y Antonio María Prada. Magistrados del Tribunal Superior de Ibagué. Delito: Prevaricato. Magistrado ponente: Doctor *Jorge Enrique Valencia Martínez*. Extracto número 021. 105

CAMBIO DE RADICACION. La medida excepcional que autoriza a la Sala de Casación Penal para disponer que los procesados puedan ser juzgados en otro distrito, sólo puede ser tomada de acuerdo con el artículo 78 del C. de P.P. Auto cambio de radicación. 91-02-20. Niega el cambio de radicación. Distrito Judicial de Neiva. Procesado: Francisco Eladio Ocampo. Delito: Homicidio. Magistrado Ponente: Doctor: *Jorge Carreño Luengas*. Extracto número 022. Fuente formal: artículo 78 C. de P.P. 109

DEFENSOR / PROCESADO. Para los casos en que rige el actual ordenamiento procesal, en ningún evento se puede oír en versión al imputado sin presencia de su defensor. Auto única instancia. 91-02-20. Se abstiene de iniciar investigación. Corte Suprema de Justicia. Procesada: Aura Alicia Delgado López. Magistrado del Tribunal Superior de Pasto. Delito: Prevaricato. Magistrado ponente: Doctor *Guillermo Duque Ruiz*. Extracto número 023. Fuente formal: artículo 165 C. de P.P. 111

DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO ECONOMICO / PENA – Graduación. No es procedente incrementar la sanción del respectivo tipo por razón de la circunstancia del artículo 372 del C.P., con carácter fijo en la tercera parte del mínimo. Sentencia casación. 91-02-20. Casa parcialmente. Tribunal Superior de Bucaramanga. Procesados: Gerardo Flórez Cardozo y otros. Delito: Hurto y sectación. Magistrado ponente: Doctor *Dídimo Páez Velandia*. Extracto número 024. Fuente formal: artículo 133 C.P. 114

DEMANDA DE CASACION. Es ineludible el anticipado rechazo de la pretensión, cuando hay en la propuesta de las diferentes solicitudes una evidente contradicción que las destruye e impide un pronunciamiento. Auto casación. 91-02-20. Rechaza la demanda de casación. Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo. Procesado: Pedro Antonio Garavito Carreño. Delito: Homicidio. Magistrado ponente: Doctor *Juan Manuel Torres Fresneda*. Extracto número 025. Fuente formal: artículo 224 C. de P.P. 122

Pág.

VIOLACION INDIRECTA. Le está prohibido a la Corte sustituir, completar o cuestionar la valoración que las instancias hayan realizado del caudal probatorio. Sentencia casación. 91-02-20. No casa. Tribunal Superior de Bogotá. Procesado: Raúl Ambrosio Rivera Sierra. Delito: Falsedad en documento. Magistrado ponente: Doctor *Gustavo Gómez Velásquez*. Extracto número 026. Fuente formal: artículo 226 C. de P.P. 125

PECULADO / CONCUSION. Cuando el funcionario se apropia del valor de las cauciones prendarias que ha recibido directamente, incurre en el tipo penal de peculado y no en el de concusión. Sentencia segunda instancia. 91-02-25. Confirma el fallo. Tribunal Superior de Bucaramanga. Procesado: Eduardo Gaviria Bautista. Ex Juez 3° Penal Municipal. Delito: Peculado, falsedad y prevaricato. Magistrado ponente: Doctor *Didimo Páez Velandia*. Salvamento parcial de voto: Doctor *Jorge Enrique Valencia M.* Extracto número 027. Fuente formal: artículo 133 C.P. .. 131

EXCARCELACION / NARCOTRAFICO / JURISDICCION DE ORDEN PUBLICO. El artículo 4° del Decreto 1203 de 1987 que prohíbe la excarcelación de quienes se hallen sindicados o condenados por algunas conductas previstas en la Ley 30 de 1986, se halla vigente, porque el Decreto 2790 de 1990 no derogó ese mandato. Auto casación. 91-02-26. Niega el beneficio de libertad. Tribunal Superior de Cali. Procesado: Luis Ernesto Piedrahita. Delito: Infracción a la Ley 30 de 1986. Magistrado ponente: Doctor *Edgar Saavedra Rojas*. Extracto número 028. Fuente formal: Decreto 1203 de 1987 142

IMPEDIMENTO – Etapas procesales. La intervención de los funcionarios en asuntos relativos a los conflictos de competencia, impedimentos, recusaciones, cambio de radicación, etc., en la etapa instructiva, no les impide conocer del proceso en el juicio. Auto impedimento. 91-03-01. Declara infundado el impedimento. Tribunal Superior de Bucaramanga. Procesado: Jairo Remolina Cáceres. Magistrado del Tribunal Superior de Bucaramanga. Magistrado ponente: Doctor *Ricardo Calvete Rangel*. Extracto número 029. Fuente formal: artículo 535 C. de P.P. 144

RESOLUCION DE ACUSACION / SUMARIO – Instrucción. La resolución de acusación no es un simple acto de instrucción, se trata de una pieza de vital importancia para la posterior prosecusión del juicio. Sentencia casación. 91-03-01. No casa. Tribunal Superior de Tunja. Procesados: Miguel Angel Alvarez Gómez y otro. Delito: Falsedad en documento público. Magistrado ponente: Doctor *Edgar Saavedra Rojas*. Extracto número 030. Fuente formal: artículo 469 C. de P.P. . 147

ACCION DISCIPLINARIA / IMPEDIMENTO. La mayor garantía de imparcialidad y tranquilidad a las partes y a la sociedad en general, se brinda aceptando la separación del juzgador que manifieste su impedimento por haber juzgado los mismos hechos, en proceso de diversa naturaleza, como el disciplinario. Auto impedimento. 91-03-04. Acepta el impedimento manifestado. Procesado: Doctor Didimo Páez Velandia, Magistrado Sala Penal Corte Suprema de Justicia. Magistrado ponente: Doctor *Edgar Saavedra Rojas*. Salvamento de voto: Doctor *Juan Manuel Torres Fresneda*. Extracto número 031. Fuente formal: artículo 103 C. de P.P. 153

ACCION DISCIPLINARIA (SALVAMENTO DE VOTO) / IMPEDIMENTO (SALVAMENTO DE VOTO). No existe incompatibilidad alguna entre las accio-

Pág.

nes penal y disciplinario que surgen de la comisión de un mismo hecho. Auto impedimento. 91-03-04. Magistrado ponente: Doctor *Edgar Saavedra Rojas*. Salvamento de voto: Doctor *Juan Manuel Torres Fresneda*. Extracto número 032. Fuente formal: Decreto 1888 de 1989. 156

ACCION DISCIPLINARIA – Suspensión / PREVARICATO. El artículo 199 del Decreto 1660 de 1978 no está vigente; posteriormente el Decreto 1888 de 1989 estableció la facultad de suspender provisionalmente al funcionario o empleado, en caso "incursión en falta grave y ostensible" (en el mismo sentido providencia de 18 de marzo de 1991. Magistrado ponente: Doctor *Ricardo Calvete Rangel*). Auto segunda instancia. 91-03-04. Confirma la providencia. Tribunal Superior de Bogotá. Procesado: Víctor Joaquín Durán Burda, Juez Civil del Circuito de Chocontá. Delito: Prevaricato y abuso de autoridad. Magistrado ponente: Doctor *Guillermo Duque Ruiz*. Extracto número 033. Fuente formal: Decreto 1888 de 1989..... 158

CAMBIO DE RADICACION. Al juzgador que recibe la solicitud de cambio de radicación no le es dable examinar su "fondo", sino su mera "forma". Auto cambio de radicación. 91-03-04. Dispone el cambio de radicación. Juzgado Unico Superior de Pitalito. Procesado: Jaime Cortés Espinosa. Delitos: Falsedad, peculado y otro. Magistrado ponente: Doctor *Guillermo Duque Ruiz*. Extracto número 034. Fuente formal: artículo 79 C. de P.P. 164

INTERVENCION EN POLITICA – Asamblea Constituyente. No es típica la conducta que se limita a un intercambio de opiniones, sobre una situación de actualidad y trascendencia como la Asamblea Constituyente. Auto inhibitorio. 91-03-04. No inicia investigación. Corte Suprema de Justicia. Procesados: César Pompeyo Rodríguez Rangel y Fernando Arrieta Charry. Magistrado ponente: Doctor *Jorge Enrique Valencia Martínez*. Extracto número 035. Fuente formal: artículo 158 C.P. 168

AUTO INHIBITORIO / REVOCATORIA / PRUEBA. El artículo 353 del Código de Procedimiento Penal se refiere a la posibilidad de revocatoria que los doctrinantes denominan directa y exige la presentación o aporte de "nuevas pruebas". Auto segunda instancia. 91-03-06. Se abstiene de conocer del recurso. Tribunal Superior de Tunja. Procesada: Elma Paulina Medina de Pérez. Juez Promiscuo Municipal de Tarmequé. Delito: Prevaricato. Magistrado ponente: Doctor *Edgar Saavedra Rojas*. Extracto número 036. Fuente formal: artículo 353 C. de P.P..... 176

INDICIO / ERROR DE HECHO. El ataque al valor indiciario de la prueba es del ámbito del error de hecho e impone al demandante la obligación de demostrar la ilogicidad manifiesta en las conclusiones. Sentencia casación. 91-03-04. No casa. Tribunal Superior de Neiva. Procesado: Laureano Betancourt Barrera. Delito: Homicidio. Magistrado ponente: Doctor *Guillermo Duque Ruiz*. Extracto número 037. Fuente formal: artículo 226 C. de P.P. 180

NARCOTRAFICO – Laboratorio. El artículo 2º del Decreto 1198 de 1987, cuando habla de destrucción de plantaciones de marihuana, coca y adormidera, se extiende al alcaloide procesado, incluidos los laboratorios donde se realiza el procesamiento y los químicos utilizados para ello. Sentencia casación. 91-03-11. No casa. Tribunal Superior de Villavicencio. Procesados: Héctor Julio Villamil y otro. Delito: Infracción a la Ley 30 de 1986. Magistrado ponente: Doctor *Jorge Enrique Valencia Martínez*. Extracto número 038. Fuente formal: Decreto 1198 de 1987 187

Pág.

PREJUDICIALIDAD. Las decisiones de la justicia civil, laboral o administrativa no siempre tienen el poder de fijar criterio insoslayable para la justicia penal. Sentencia casación. 91-03-12. No casa. Tribunal Superior de Bogotá. Procesada: María Gloria Leal Ayala. Delitos: Falsedad en documento privado y otro. Magistrado ponente. Doctor *Gustavo Gómez Velásquez*. Extracto número 41. Fuente formal: artículo 221 C.P. 193

FALSEDAD EN DOCUMENTO PRIVADO – Testigo - Firma. Cuando se acude a la intervención de un testigo para que firme un documento privado, su finalidad no es otra que la de dar fe de su otorgamiento. Sentencia casación. 91-03-12. No casa. Tribunal Superior de Bogotá. Procesada: María Gloria Leal Ayala. Delitos: Falsedad en documento privado y otro. Magistrado ponente: Doctor *Gustavo Gómez Velásquez*. Extracto número 039. Fuente formal: artículo 221. C.P. 193

FALSEDAD EN DOCUMENTO PUBLICO / FALSEDAD EN DOCUMENTO PRIVADO. Sólo a partir del acto en que la Administración Pública ha asumido la tutela oficial del documento privado, podrían considerarse las alteraciones o imitaciones como perpetradas en documento público, pero las sucedidas con anterioridad, permanecen en la órbita de los escritos privados. Sentencia casación. 91-03-12. No casa. Tribunal Superior de Cali. Procesada: Luz Helena Mesa Londoño. Delitos: Falsedad y hurto. Magistrado ponente: Doctor *Gustavo Gómez Velásquez*. Extracto número 040. Fuente formal: artículo 220 C.P. 201

DEFENSOR – Suplente. El defensor suplente no es una entidad autónoma, con facultades propias, que desplace a su arbitrio la asistencia y responsabilidad del defensor principal. Auto casación. 91-03-13. Reconoce personería al defensor su. Tribunal Superior de Manizales. Procesado: Héctor Arsenio Basto Granados. Delitos: Homicidio y encubrimiento. Magistrado ponente. Doctor *Edgar Saavedra Rojas*. Extracto número 042. Fuente formal: artículo 135 C. de P.P. 213

IMPEDIMENTO / RECUSACION / APODERADO. El cambio de apoderado está consagrado como causal de recusación y no puede, por consiguiente, el funcionario manifestar impedimento por ese motivo. Auto impedimento 91-03-13. Declara infundado el impedimento. Corte Suprema de Justicia. Procesado: Josué Ramírez. Magistrado del Tribunal Superior de Orden Público. Magistrado ponente: Doctor *Juan Manuel Torres Fresneda*. Salvamento de voto. Doctores *Gustavo Gómez Velásquez y Edgar Saavedra Rojas*. Extracto número 043. Fuente formal: artículo 113. C. de P.P. 217

IMPEDIMENTO (SALVAMENTO DE VOTO) / RECUSACION (SALVAMENTO DE VOTO) / APODERADO (SALVAMENTO DE VOTO). La aparente contradicción entre las normatividades de carácter constitucional y legal, planteada en las limitantes del artículo 113 del C. de P.P. en su parte final, debe ser resuelta jurisprudencialmente. Auto impedimento. 91-03-13. Magistrado ponente: Doctor *Juan Manuel Torres Fresneda*. Salvamento de voto: Doctores *Gustavo Gómez Velásquez y Edgar Saavedra Rojas*. Extracto número 044. Fuente formal: artículo 113 C. de P.P. 221

NULIDAD / DEBIDO PROCESO. Tratándose de la segunda causal de las contempladas en el artículo 305 del nuevo Código de Procedimiento Penal, la sustancial-

Pág.

dad de la irregularidad que afecte el debido proceso, deberá tener "comprobada existencia". Sentencia casación. 91-03-13. No casa. Tribunal Superior de Bogotá. Procesados: Eduardo Enrique Azelortúa Garrido y otros. Delito: Secuestro. Magistrado ponente: Doctor *Dídimo Páez Velandia*. Extracto número 045. Fuente formal: artículo 305 C. de P.P. 224

VIOLACION DIRECTA / DEMANDA DE CASACION – Técnica. Cuando se intenta impugnar un fallo por violación directa de las leyes sustanciales, el casacionista debe aceptar los hechos tal como aparecen probados en el proceso, pero esto no quiere decir que no pueda mencionar pruebas para efectos de fundamentar sus ataques. Sentencia casación. 91-03-13. No casa. Tribunal Superior de Aduanas. Procesado: Fernando Felipe Salas. Delitos: Falsedad y contrabando. Magistrado ponente: Doctor *Edgar Saavedra Rojas*. Extracto número 046. Fuente formal: artículo 224 C. de P.P. 232

IMPEDIMENTO. Si el concepto se emite dentro del proceso, el funcionario sólo está cumpliendo con la función que la misma ley le impone y, por tanto, no puede declararse impedido para seguir conociendo del mismo. Auto impedimento. 91-03-14. Declara infundado el impedimento. Corte Suprema de Justicia. Procesada: Nidia López de Salamanca. Magistrada del Tribunal Superior de Aduanas. Magistrado ponente: Doctor *Jorge Carreño Luengas*. Extracto número 047. Fuente formal: artículo 103 C. de P.P. 238

REVISION / PRESCRIPCION. Cuando se dispone la revisión no son aplicables las normas sobre prescripción de la acción penal. Sentencia revisión. 91-03-15. Ordena revisión. Tribunal Superior de Bogotá. Procesado: Ismael Enrique Peña Galvis. Delito: Infracción al Decreto 1188 de 1974. Magistrado ponente: Doctor *Ricardo Calvete Rangel*. Extracto número 048. Fuente formal: artículo 223 C. de P.P. . 241

PENA – Rebaja / VIOLACION DIRECTA. La falta de aplicación de la Ley 48 de 1987 sobre rebaja de pena, no conlleva el quebranto directo de ninguna otra norma legal sustantiva. Sentencia casación. 91-03-20. No casa. Tribunal Superior de Bogotá. Procesada: Martha Lucía Valencia de la Roche. Delito. Hurto. Magistrado ponente: Doctor *Guillermo Duque Ruiz*. Extracto número 049. Fuente formal: artículo 226 C. de P.P. 250

NULIDAD / CASACION. No es aceptable en casación y en materia de nulidad que el censor impetre su declaratoria, sin rigor, ni precisión alguna. Sentencia casación. 91-03-20. Niega la casación impetrada. Tribunal Superior de Bogotá. Procesado: Luis María Fonseca Mayorga. Delito: Hurto. Magistrado ponente: Doctor *Jorge Enrique Valencia Martínez*. Extracto número 050. Fuente formal: artículo 226 C. de P.P. 254

VIOLACION INDIRECTA / PRUEBA - Persuasión racional. Al cambiar la técnica legislativa en el nuevo Código de Procedimiento Penal y no señalarse un determinado valor para las pruebas, es obvio que no se puede atacar por error de derecho de una prueba a la que el juzgador apreció racionalmente. Sentencia casación. 91-03-21. No casa. Tribunal Superior de Manizales. Procesado: Juan Jairo Valencia López.

Pág.

Delito: Homicidio. Magistrado ponente: Doctor *Edgar Saavedra Rojas*. Extracto número 051. Fuente formal: artículo 226 C. de P.P. 261

NULIDAD / DEMANDA. El demandante en casación debe precisar la existencia de la irregularidad en que apoya su petición de nulidad, y la trascendencia de la misma. Sentencia casación. 91-03-22. No casa. Tribunal Superior de Florencia. Procesado: Jorge Bravo Cabrera. Delito: Hurto. Magistrado ponente: Doctor *Ricardo Calvete Rangel*. Extracto número 052. Fuente formal: artículo 226 C. de P.P. 270

REVISION. Lo importante en revisión es la prueba de que otra y opuesta fue la realidad de los hechos juzgados. Auto revisión. 91-03-22. Rechaza la demanda de revisión. Procesados: Vitelio, José Frailín Solano Santos. Delitos: Homicidio, lesiones personales y otros. Magistrado ponente: Doctor *Dídimo Páez Velandia*. Extracto número 053. Fuente formal: artículo 233 C. de P.P. 274

CASACION – Técnica. El recurso extraordinario de casación no constituye una tercera instancia, sino una postulación técnico-jurídica de puro derecho que recae sobre la corrección de la sentencia. Sentencia casación. 91-04-03. No casa. Tribunal Superior de Bogotá. Procesado: José Aned Ibáñez. Delitos: Homicidio y lesiones personales. Magistrado ponente: Doctor *Jorge Enrique Valencia Martínez*. Extracto número 054. Fuente formal: artículo 224 C. de P.P. 278

JURADO DE CONCIENCIA – Cuestionario. El cuestionario sometido al jurado de conciencia debe incluir las circunstancias que individualizan e identifican el hecho sobre el que versa el juzgamiento, pero por modo alguno, las agravantes o atenuantes. Sentencia casación. 91-04-03. No casa. Tribunal Superior de Bucaramanga. Procesado: Pablo Antonio Carreño. Delito: Homicidio. Magistrado ponente: Doctor *Dídimo Páez Velandia*. Extracto número 055. Fuente formal: artículo 529 C. de P.P. 284

CALUMNIA E INJURIA. La misma imputación no puede dar lugar a calumnia e injuria, porque son dos descripciones típicas excluyentes. Auto segunda instancia. 91-04-05. Confirma la providencia. Tribunal Superior de Santa Marta. Procesada: Rosa Victoria Campo Rodríguez, Juez Unico Especializado de Magdalena. Delitos: Calumnia e injuria. Magistrado ponente: Doctor *Ricardo Calvete Rangel*. Salvamento parcial de voto: Doctores *Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Edgar Saavedra Rojas y Jorge Enrique Valencia Martínez*. Extracto número 059. Fuente formal: artículos 313 y 314 del C.P. 292

ACCION DISCIPLINARIA. Una conducta investigada que sea atípica penalmente, puede no serlo desde el punto de vista disciplinario. Auto segunda instancia. 91-04-05. Confirma la providencia. Tribunal Superior de Santa Marta. Procesada: Rosa Victoria Campo Rodríguez, Juez Unico Especializado de Magdalena. Delitos: Calumnia e injuria. Magistrado ponente: Doctor *Ricardo Calvete Rangel*. Salvamento parcial de voto: Doctores *Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Edgar Saavedra Rojas y Jorge Enrique Valencia Martínez*. Extracto número 056. Fuente formal: Decreto 052 de 1987. 292

ACCION DISCIPLINARIA (SALVAMENTO DE VOTO) / CULPABILIDAD (SALVAMENTO DE VOTO). Si se admite la inculpabilidad del funcionario en un

Pág.

proceso penal, no es posible, con apoyo en el mismo punto, compulsar copias con destino a una averiguación disciplinaria. Auto segunda instancia. 91-04-05. Magistrado ponente: Doctor *Ricardo Calvete Rangel*. Salvamento parcial de voto: Doctores *Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas y Edgar Saavedra Rojas*. Extracto número 058. Fuente formal: Decreto 052 de 1987..... 298

ACCION DISCIPLINARIA (SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO) El ardimiento, el brio y aún el celo no pueden ni deben confundirse con la grosería, la rusticuez o la incorrección. Auto segunda instancia. 91-04-05. Magistrado ponente: Doctor *Ricardo Calvete Rangel*. Salvamento parcial de voto: Doctor *Jorge Enrique Valencia Martínez*. Extracto número 057. Fuente formal: Decreto 052 de 1987 300

JURISDICCION DE ADUANAS / TRANSITO DE LEGISLACION. El procedimiento que antecedió al actual Estatuto Penal Aduanero, sólo es aplicable a los casos que, para el 1º de julio de 1987, se hallaban con auto de proceder. Autos recurso de hecho. 91-04-05 Declara bien denegado el recurso. Tribunal Superior de Aduanas. Procesada: Eugenia Lucia Vélez de Peñuela. Delito: Contrabando. Magistrado ponente: Doctor *Gustavo Gómez Velásquez*. Extracto número 060. Fuente formal: Decreto 051 de 1987..... 302

SITUACION JURIDICA – Término / JUEZ. El término de 10 días para resolver situación jurídica del indagatoriado, debe asumirse en igualdad de condiciones, sin que se otorguen más garantías al juzgamiento de un funcionario judicial que a otras personas. Auto recusación. 91-04-05. Declara infundada la recusación. Tribunal Superior de Bogotá Procesado: Eliécer Giovanni Olarte Cardona, Magistrado Sala Penal. Delito: Recusación. Magistrado ponente: Doctor *Gustavo Gómez Velásquez*. Extracto número 061 Fuente formal: artículo 413 C. de P.P. 307

VIOLACION INDIRECTA / *IN DUBIO PRO REO*. No basta probar la existencia del error de hecho o de derecho, sino además se debe demostrar que es de tal trascendencia que quiebra la legalidad del fallo. Sentencia casación 91 04-05. No casa. Tribunal Superior de Bucaramanga. Procesado: Jorge Lozano Moreno. Delito: Homicidio. Magistrado ponente: Doctor *Ricardo Calvete Rangel*. Extracto número 062. Fuente formal: artículo 226 C. de P.P. 312

PREVARICATO. Para que el delito de Prevaricato se configure, el empleado oficial que profirió la resolución o dictamen manifiestamente contrarios a la ley, tuvo conciencia y no obstante los dictó voluntariamente. Auto única instancia 91-04-08. Cesa el procedimiento Corte Suprema de Justicia. Procesados: Magistrados del Tribunal Superior de Aduanas. Delito: Prevaricato. Magistrado ponente: Doctor *Guillermo Duque Ruiz*. Extracto número 063 Fuente formal: artículo 149 C.P. 318

DICTAMEN PERICIAL. – Avalúo / JURISDICCION DE ADUANAS. El avalúo que se debe tener en cuenta es el judicial, es decir el que se hace en cumplimiento a lo dispuesto en el auto de apertura de investigación Auto recurso de hecho. 91-04-17. Declara bien denegado el recurso. Tribunal Superior de Aduanas. Procesado: José Arquímidio Hernández Avila. Delito: Contrabando. Magistrado ponente: Doctor *Guillermo Duque Ruiz*. Extracto número 064. Fuente formal: Decreto 051 de 1987..... 339

Pág.

IMPEDIMENTO / RECUSACION. En el evento de que el sujeto procesal se limite a pedir la declaración de impedimento, el funcionario o empleado debe entender que se le está recusando. Auto única instancia. 91-04-17. Se abstiene de iniciar sumario. Corte Suprema de Justicia. Procesados: Magistrados Tribunal Superior de Villavicencio. Delito: Prevaricato. Magistrado ponente: Doctor *Guillermo Duque Ruiz*. Extracto número 065. Fuente formal: artículo 112 del C. de P.P. 344

ABUSO DE CONFIANZA. La consumación del delito no se realiza en el lugar donde se recibe el bien, ni en aquél donde debe entregarlo, sino en el lugar donde el agente ejecuta actos de disposición. Auto colisión. 91-04-18. Dirime colisión de competencia. Juzgado 52 de Instrucción de Bogotá. Procesado: Carlos Julio Tinjacá. Delito: Abuso de confianza. Magistrado ponente: Doctor *Jorge Carreño Luengas*. Extracto número 066. Fuente formal: artículo 358 C. P. 349

INDULTO / CESACION DE PROCEDIMIENTO. Para obtener la cesación de procedimiento, es deber del acusado acreditar mediante prueba idónea la existencia del nexo causal entre la actividad subversiva desarrollada por el grupo del cual hacía parte y los eventos por los cuales responde penalmente. Auto segunda instancia. 91-04-24. Confirma la decisión Tribunal Superior de Orden Público. Procesado: Walter Trivilo Gómez. Delito: Infracción al Decreto 180 de 1988. Magistrado ponente: Doctor *Juan Manuel Torres Fresneda*. Extracto número 067. Fuente formal: Ley 77 de 1988. 352

REVISION / CESACION DE PROCEDIMIENTO – Muerte del procesado. La defunción del reo con posterioridad a la interposición del recurso debe poner fin a la tramitación de la revisión, pues la naturaleza y los fines del mismo así lo imponen. Auto revisión. 91-04-26. Cesa el procedimiento. Tribunal Superior de Bogotá. Procesado: Pablo Emilio Castellanos Escobar, q.e.p.d. Delito: Falsedad en documento. Magistrado ponente: Doctor *Edgar Saavedra Rojas*. Extracto número 068. Fuente formal: artículo 233 C. de P.P. 357

CONSEJO VERBAL DE GUERRA / CONTRAEVIDENCIA / APLICACION DE LA LEY EN EL TIEMPO. Con la declaratoria de contraevidencia y la convocatoria a un segundo Consejo, termina la actuación "compleja", homogénea o "compacta", que se había iniciado. Sentencia casación. 91-04-30. Casa. Tribunal Superior Militar. Procesado: José Obdulio Niño Acuña. Delito: Homicidio. Magistrado ponente: Doctor *Guillermo Duque Ruiz*. Salvamento de voto: Doctores *Jorge Enrique Valencia Martínez y Didimo Páez Velandia*. Extracto número 069. Fuente formal: Decreto 2550 de 1988 360

CONSEJO VERBAL DE GUERRA (SALVAMENTO DE VOTO) / CONTRAEVIDENCIA (SALVAMENTO DE VOTO). La "segunda audiencia" en un proceso con Consejo Verbal de Guerra, no es acto autónomo de juzgamiento. Sentencia casación. 91-04-30. Magistrado ponente: Doctor *Guillermo Duque Ruiz*. Salvamento de voto: Doctores *Jorge Enrique Valencia Martínez y Didimo Páez Velandia*. Extracto número 070. Fuente formal: Decreto 2550 de 1988. 370

IMPEDIMENTO – Amistad. El vínculo del "compadrazgo" es por lo general señal demostrativa de amistad que en algunos casos puede calificarse de íntima, pero esto

Pág.

no siempre es así. Auto recusación. 91-05-02. Declara infundada la recusación. Tribunal Superior de Montería. Procesado: Antonio J. Ardila de León. Magistrado Sala Penal. Delito: Impedimento. Magistrado ponente: *Jorge Carreño Luengas. Salvamento de voto: Doctor Gustavo Gómez Velásquez.* Extracto número 071. Fuente formal: artículo 103 C. de P.P. 373

IMPEDIMENTO – Amistad (SALVAMENTO DE VOTO). Si algo representa en la esfera de los efectos, los mutuos intereses, las apreciaciones favorables, es el discernimiento y la aceptación de lo que se llama el parentesco espiritual y que comúnmente responde a la serie variada de padrinazgos. Auto recusación 91-05-02. Magistrado ponente: Doctor *Jorge Carreño Luengas*. Salvamento de voto: Doctor *Gustavo Gómez Velásquez*. Extracto número 072. Fuente formal: artículo 103 C. de P.P. 376

REVISION. Tratándose de la causal de aparecimiento o alegación de pruebas nuevas o hechos nuevos, es menester que unas y otros tengan capacidad para establecer la inocencia o irresponsabilidad del procesado. Auto revisión. 91-05-02. Rechaza la demanda de revisión. Juzgado Tercero Penal Municipal de Cali. Procesado: José Héctor Ramírez Sabogal. Delito: Hurto. Magistrado ponente: Doctor *Didimo Páez Velandia*. Extracto número 073. Fuente formal: artículo 233 C. de P.P. 378

FALSA DENUNCIA. El delito de falsa denuncia presupone que con motivo de la información solemne de unos hechos de connotación punible, se haga la afirmación de lo que es y se conoce falso. Auto segunda instancia. 91-05-07. Confirma la providencia. Tribunal Superior de Neiva. Procesada: Dolores Ortiz Salas. Abogada visitadora de la Procuraduría General. Delito: Falsa denuncia. Magistrado ponente: Doctor *Juan Manuel Torres Fresneda*. Extracto número 074. Fuente formal: artículo 166 C.P. 381

CASACION / PERJUICIOS – Cuantía. La exigencia sobre la cuantía para recurrir en casación por el aspecto indemnizatorio, no es norma que pueda aplicarse sin sujeción a los requisitos para la procedencia del recurso extraordinario en materia penal. Auto recurso de hecho. 91-05-08. No concede el recurso de casación. Tribunal Superior de Bogotá. Procesado: Rafael Ariza Andrade. Delito: Perturbación a la posesión de inmuebles. Magistrado ponente: Doctor *Didimo Páez Velandia*. Extracto número 075. Fuente formal: artículo 224 C. de P.P. 386

EJERCICIO ARBITRARIO DE LAS PROPIAS RAZONES / QUERELLA – Titular. Si existe relación patrimonial que permita deducir la sociedad de hecho entre dos personas, cualquiera de los consocios es titular legítimo para querellar en el delito de ejercicio arbitrario de las propias razones. Auto revisión. 91-05-08. Rechaza la demanda de revisión. Juzgado Segundo Penal Municipal de Bogotá. Procesado: Jaime Olaya Reyes. Delito: Ejercicio arbitrario de las propias razones. Magistrado ponente: Doctor *Didimo Páez Velandia*. Extracto número 076. Fuente formal: artículo 183 C.P. 390

REVISION – Hecho nuevo / PRUEBA. Reiteradamente ha dicho la Corte que una cosa es el hecho nuevo y otra distinta, la prueba de ese hecho sobreviniente. Sentencia revisión. 91-05-08. No ordena revisión. Juzgado Treinta y Siete Penal del Circuito de Bogotá. Procesado: Carlos Hugo Duque Ramírez. Delito: Lesiones

Pág.

personales. Magistrado ponente: Doctor *Didimo Páez Velandia*. Extracto número 077. Fuente formal: artículo 233 C. de P.P. ... 394

JURISDICCION DE FAMILIA / ALIMENTOS – Cuantía. El juez de familia señalará la cuota alimentaria según lo probado; lo contrario haría que la determinación correspondiente resultara carente de objetividad y de equidad. Auto segunda instancia. 91-05-09. Confirma la providencia. Tribunal Superior de Barranquilla. Procesada: Ana María Babilonia de Oliva. Juez Segunda Civil de Menores. Delito: Prevaricato. Magistrado ponente: Doctor *Didimo Páez Velandia*. Salvamento de voto: Doctores *Gustavo Gómez Velásquez* y *Juan Manuel Torres Fresneda*. Extracto número 078. Fuente formal: Decreto 2737 de 1989. ... 399

JURISDICCION DE FAMILIA (SALVAMENTO DE VOTO) / ALIMENTOS – Ofrecimiento (SALVAMENTO DE VOTO). Actualmente está previsto el procedimiento a seguir en "la oferta espontánea de cuota alimentaria" o "el ofrecimiento voluntario de alimentos". Auto segunda instancia. 91-05-09. Magistrado ponente: Doctor *Didimo Páez Velandia*. Salvamento de voto: Doctor *Gustavo Gómez Velásquez*. Extracto número 079. Fuente formal: Decreto 2737 de 1989. ... 405

JURISDICCION DE FAMILIA (SALVAMENTO DE VOTO) / ALIMENTOS (SALVAMENTO DE VOTO). La decisión judicial sobre fijación de cuota alimentaria debe reconocer ciertos requisitos de acuerdo con la realidad procesal. Auto segunda instancia. 91-05-09. Magistrado ponente: Doctor *Didimo Páez Velandia*. Salvamento de voto: Doctor *Juan Manuel Torres Fresneda*. Extracto número 080. Fuente formal: Decreto 2737 de 1989. ... 410

AUTOR / COMPLICE. La complicidad secundaria se bate en retirada bajo la consideración, en especial, "de integrar en la autoría todas las actividades dimanantes de un mutuo acuerdo o plan". Sentencia casación. 91-05-10. No casa. Tribunal Superior de Pasto. Procesada: Piedad Burbano Paz. Delito: Hurto. Magistrado ponente: Doctor *Gustavo Gómez Velásquez*. Salvamento de voto: Doctores *Didimo Páez Velandia*, *Guillermo Duque Ruiz* y *Jorge Enrique Valencia Martínez*. Extracto número 081. Fuente formal: artículos 23 y 24 C.P. ... 413

AUTOR (SALVAMENTO DE VOTO) / COMPLICE (SALVAMENTO DE VOTO). El cooperador principal debe tener "dominio" del hecho, pudiendo interrumpirlo o desistir de su consumación, mientras que el cooperador secundario o accesorio, no tiene capacidad decisoria. Sentencia casación. 91-05-10. Magistrado ponente: Doctor *Gustavo Gómez Velásquez*. Salvamento de voto: Doctores *Didimo Páez Velandia* y *Guillermo Duque Ruiz*. Extracto número 082. Fuente formal: artículos 23 y 24 C.P. ... 420

COPARTICIPACION (SALVAMENTO DE VOTO). Si se auxilia un hecho ajeno sometiendo su voluntad a la de otros, sin desarrollar parte esencial de la operación criminal, se actúa a título de partícipe. Sentencia casación. 91-05-10. Magistrado ponente: Doctor *Gustavo Gómez Velásquez*. Salvamento de voto: Doctor *Jorge Enrique Valencia Martínez*. Extracto número 083. Fuente formal: artículos 23 y 24 C.P. ... 423

Pág.

NULIDAD / TERMINO. Siempre se ha dicho que no procede la nulidad por la nulidad, que no puede sacrificarse el derecho a la forma o al medio de ejecución, incluyendo en esa apreciación el respeto de los términos. Sentencia Casación. 91-05-10. No casa. Tribunal Superior de San Gil. Procesados: Tiberio Gómez Rodríguez y otro. Delito: Homicidio. Magistrado ponente: Doctor *Gustavo Gómez Velásquez*. Extracto número 084. Fuente formal: artículo 226 C. de P.P. 425

PREVARICATO POR ACCION / PREVARICATO POR OMISION. Cuando se profiera dictamen o resolución contrario a la ley, sería argumento absurdo predicar el concurso simultáneo de las dos especies de prevaricato o la configuración de la modalidad omisiva. Auto segunda instancia. 91-05-14. Confirma la providencia. Tribunal Superior de Barranquilla. Procesado: Cristóbal Lozano Romero. Juez 1º de Instrucción Criminal. Delito: Prevaricato. Magistrado ponente: Doctor *Edgar Saavedra Rojas*. Extracto número 085. Fuente formal: artículo 149 C.P. 434

CASACION – Traslado / TERMINO – Interrupción. En el trámite del recurso de casación, una vez el traslado ha iniciado su curso, solamente puede interrumpirse por el lapso en que efectivamente quede el expediente fuera del alcance de las partes. Auto casación. 91-05-15. Declara parcialmente desierto el recurso. Procesados: María Elisa Loera de Escruceria y otros. Delito: Falsedad. Magistrado ponente: Doctor *Juan Manuel Torres Fresneda*. Extracto número 086. Fuente formal: artículo 12 C. de P.P. 449

DEMANDA DE CASACION / PRINCIPIO DE NO CONTRADICCION. Se plantean soluciones antagónicas y contradictorias, cuando se anuncian en una incomprensible sucesión de propuestas impugnativas la atipicidad de la conducta, la inculpabilidad de la misma y la existencia de dudas probatorias en cuanto a la responsabilidad del procesado. Sentencia casación. 91-05-22. No casa. Tribunal Superior de Neiva. Procesado: Alfredo Morera Puyo. Delitos: Falsedad y estafa. Magistrado ponente: Doctor *Edgar Saavedra Rojas*. Extracto número 087. Fuente formal: artículo 224 C. de P.P. 448

DEMANDA DE CASACION – Técnica / NULIDAD. Es en la demanda y no en escrito anticipado donde la parte recurrente debe presentar los ataques que considera necesarios para que la Corte invalide la actuación viciada. Auto casación. 91-05-22. Se abstiene de considerar la petición. Tribunal Superior de Orden Público. Procesado: Fabio León González Hernández. Delito: Infracción al Decreto 180 de 1988. Magistrado ponente: Doctor *Guillermo Duque Ruiz*. Extracto número 088. Fuente formal: artículo 224 C. de P.P. 455

CALIFICACION DE SUMARIO / NULIDAD. De manera reiterada ha venido sosteniendo la Corte que la omisión en el auto calificatorio de un hecho punible, o de uno o más de los autores del ilícito, que deban ser juzgados en un mismo proceso, no constituye motivo de nulidad. Sentencia casación. 91-05-23. No casa. Tribunal Superior de Aduanas. Procesado: Hildebrando Pulido Páez. Delitos: Falsedad en documentos y contrabando. Magistrado ponente: Doctor *Jorge Carreño Luengas*. Extracto número 089. Fuente formal: artículo 5º, Decreto 1861 de 1989. 458

Pág.

NULIDAD / RESOLUCION DE ACUSACION. Con relación a la Resolución Acusatoria, la nulidad sólo emerge frente a una redacción a tal grado imprecisa, anfibológica o contradictoria, que se traduzca en quebrantamiento del debido proceso o dificulte el ejercicio de la defensa. Sentencia casación. 91-05-23. No casa. Tribunal Superior de Bogotá. Procesado: Néstor Marino Parra Peña. Delito: Homicidio. Magistrado ponente: Doctor *Juan Manuel Torres Fresneda*. Extracto número 090. Fuente formal: artículo 22 C. de P.P. 463

PARTE CIVIL / RECURSO – Intereses. Si bien la parte civil posee el derecho a la interposición de recursos, esa titularidad no puede ser equiparada al interés para ejercitarlos. Auto casación. 91-05-24. Declara nulidad del trámite. Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo. Procesado: Salvador Cortés Méndez. Magistrado ponente: Doctor *Dídimo Páez Velandia*. Extracto número 091. Fuente formal: artículo 46 C. de P.P. 472

DEMANDA DE CASACION - Técnica / PRINCIPIO DE NO CONTRADICCION. En casación se pueden formular varios ataques, pero todos como principales y teniendo en cuenta que no sean contradictorios. Auto casación. 91-05-27. Rechaza la demanda de casación. Tribunal Superior de Bogotá. Procesados: José Abatuel y Marco Antonio Delgadillo Solano. Delito: Homicidio. Magistrado ponente: Doctor *Ricardo Calvete Rangel*. Extracto número 092. Fuente formal: artículo 224 C. de P.P. 475

CARRERA JUDICIAL / JUEZ. Las normas rectoras de carrera judicial informan la posibilidad de nombramiento de funcionarios por encargo. Sentencia casación. 91-05-28. No casa. Tribunal Superior de Orden Público. Procesados: Francisco Lucio Muskus Acosta y otro. Delito: Infracción al Decreto 180 de 1988. Magistrado ponente: Doctor *Juan Manuel Torres Fresneda*. Extracto número 093. Fuente formal: Decreto 052 de 1987. 478

JURISDICCION DE ORDEN PUBLICO / REO AUSENTE. Si en el trámite del Decreto 180 de 1988 la situación del emplazado no fue definida, la interrupción debe remediarse a través de la expedición de copias, para que sea el juzgador de primera instancia quien se pronuncie. Sentencia casación. 91-05-28. No casa. Tribunal Superior de Orden Público. Procesados: Francisco Lucio Muskus Acosta y otro. Delito: Infracción al Decreto 180 de 1988. Magistrado ponente: Doctor *Juan Manuel Torres Fresneda*. Extracto número 094. Fuente formal: Decreto 180 de 1988 478

NULIDAD / DEMANDA DE CASACION. Frente a la causal tercera la demanda de casación debe señalar la clase de nulidad que se invoca, los fundamentos de la misma y las disposiciones que se estimen vulneradas. Sentencia casación. 91-05-28. No casa. Tribunal Superior de Orden Público. Procesados: Francisco Lucio Muskus Acosta y otro. Delito: Infracción al Decreto 180 de 1988. Magistrado ponente: Doctor *Juan Manuel Torres Fresneda*. Extracto número 095. Fuente formal: artículo 226 C. de P.P. 478

CASACION / IRA / LEGITIMA DEFENSA – Exceso. No resulta posible dentro del marco del recurso de casación la operancia en un mismo plano jurídico, de la

Pág.

legítima defensa, el exceso de la misma, o la ira que permita su alegación conjunta y subsidiaria. Sentencia casación. 91-05-29. No casa. Tribunal Superior de Tunja. Procesado: Orlando Ramírez Benito. Delito: Homicidio. Magistrado ponente: Doctor *Didimo Páez Velandia*. Extracto número 096. Fuente formal: artículo 224 C. de P.P. 487

CASACION – Cargo / NULIDAD. En sede de casación cargo sin sustentación equivale a cargo inexistente, y sobre lo que no existe nada puede erigirse, planteamientos sustancialmente válidos aun respecto de la causal de nulidad. Sentencia casación. 91-05-29. No casa. Tribunal Superior de Ibagué. Procesado: Armando Callejas Mendoza. Delito: Homicidio. Magistrado ponente: Doctor *Guillermo Duque Ruiz*. Extracto número 097. Fuente formal: 226 C. de P.P. 494

EXCARCELACION / PORTE ILEGAL DE ARMAS. El artículo 3º del Decreto 3664 de 1986 fue derogado por el Código de Procedimiento Penal actualmente vigente y la prohibición de excarcelación para los delitos de conocimiento de la jurisdicción de orden público, se rige por el Decreto 2490 de 1988. Auto casación. 91-05-29. Niega excarcelación. Tribunal Superior de Bogotá. Procesados: Ricardo Chaparro Martínez y otros. Delitos: Hurto y porte ilegal de armas. Magistrado ponente: Doctor *Ricardo Calvete Rangel*. Extracto número 098. Fuente formal: Decreto 2490 de 1988 502

DEMANDA DE CASACION – Técnica / PRINCIPIO DE NO CONTRADICCION. El recurso de casación sólo procede por causales taxativamente señaladas en la ley y al presentarlas y sustentarlas no podrán plantearse cargos incompatibles entre sí. Sentencia casación. 91-05-30. No casa. Tribunal Superior de Bogotá. Procesados: Luis Fernando Patiño Montoya y otros. Delitos: Homicidio y lesiones personales. Magistrado ponente: Doctor *Jorge Carreño Luengas*. Extracto número 099 Fuente formal: artículo 224 C. de P.P. 506

PERJUICIOS / COPARTICIPACION. No sólo el pago de perjuicios es solidario, sino que es imposible imponer esta obligación dentro del proceso penal a personas que no han sido juzgadas ni condenadas. Sentencia casación. 91-05-30. No casa. Tribunal Superior de Bogotá. Procesados: Luis Fernando Patiño Montoya y otros. Delitos: Homicidio y lesiones personales. Magistrado ponente: Doctor *Jorge Carreño Luengas*. Extracto número 100. Fuente formal: artículo 105 C.P. 506

PRINCIPIO DE NO CONTRADICCION / CASACION – Técnica. El principio de no contradicción es de orden lógico y ha merecido su consagración legal. Sentencia casación. 91-05-30. No casa. Tribunal Superior de Bucaramanga. Procesado: Víctor Manuel Hernández. Delito: Homicidio. Magistrado ponente: Doctor *Juan Manuel Torres Fresneda*. Extracto número 101. Fuente formal: artículo 224 C. de P.P. . 511

VIOLACION INDIRECTA / PRUEBA. Una de las formas del error de hecho por falso juicio de identidad alude expresamente a la desfiguración o tergiversación de la prueba. Sentencia casación. 91-05-30. No casa. Tribunal Superior de Bogotá. Procesado: Víctor Manuel Peña Castillo. Delito: Homicidio. Magistrado ponente: Doctor *Jorge Carreño Luengas*. Extracto número 102. Fuente formal: artículo 226 C. de P.P. 519

Pág.

DEMANDA DE CASACION – Técnica / NULIDAD. La nulidad que se agita en el recurso de casación no es de libre postulación y no escapa a las exigencias técnicas que lo gobiernan. En el mismo sentido providencia de esta fecha. Magistrado ponente: Doctor *Jorge Enrique Valencia Martínez*. Sentencia casación. 91-06-05. No casa. Tribunal Superior de Bogotá. Procesados: Rafael Mario Vergara y otros. Delito: Hurto. Magistrado ponente: Doctor *Jorge Enrique Valencia Martínez*. Extracto número 103. Fuente formal: artículo 224 C. de P.P. 525

NULIDAD / DERECHO DE DEFENSA. Unidad procesal. En la nueva regulación al régimen de causales de nulidad contemplada en el Código de Procedimiento Penal, la ruptura de la unidad procesal debe ser alegada dentro del marco del derecho de defensa. Sentencia casación. 91-06-05. No casa. Tribunal Superior de Orden Público. Procesado: Carlos Alfredo Ricardo Ayala. Delito: Infracción al Decreto 180 de 1988. Magistrado ponente: Doctor *Dídimo Páez Velandia*. Extracto número 104. Fuente formal: artículo 305 C. de P.P. 530

PARTE CIVIL – Interés / PERJUICIOS. La parte civil no puede más que dirigir su acción a la obtención del restablecimiento del derecho. Sentencia casación. 91-06-05. Casa. Tribunal Superior de Bogotá. Procesado: Marco Antonio Triana. Delito: Homicidio. Magistrado ponente: Doctor *Edgar Saavedra Rojas*. Extracto número 105. Fuente formal: artículo 46 C. de P.P. 534

RECURSOS – Desistimiento / NULIDAD. La irregularidad consistente en que el juez acepte el desistimiento estando el proceso a su despacho para decidir el recurso, no invalida la actuación procesal. Sentencia casación. 91-06-05. No casa. Tribunal Superior de Montería. Procesados: Roberto de Jesús García y otro. Delito: Infracción a la Ley 30 de 1986. Magistrado ponente: Doctor *Juan Manuel Torres Fresneda*. Extracto número 106. Fuente formal: artículo 215 C. de P.P. 542

DOCUMENTO PRIVADO. El documento privado como medio de prueba debe estar sometido a las reglas contempladas en el ordenamiento civil, mientras que como objeto de la prueba se apreciará de conformidad con las reglas de la sana crítica. Sentencia casación. 91-06-06. No casa. Tribunal Superior de Barranquilla. Procesado: Tomás Enrique Zuloaga Mejía. Delito: Fraude procesal. Magistrado ponente: Doctor *Juan Manuel Torres Fresneda*. Extracto número 107. Fuente formal: artículo 284 C. de P.P. 550

PECULADO / IMPUESTOS – Recaudo. Los impuestos que pagan los apostadores son del Estado, así sean recibidos por un particular, que para el caso actúa como representante suyo por disposición de la ley. Sentencia casación. 91-06-06. No casa. Tribunal Superior de Bogotá. Procesados: Gonzalo Meza Obando y otros. Delito: Peculado. Magistrado ponente: Doctor *Ricardo Calvete Rangel. Salvamento de voto: Doctores Gustavo Gómez Velásquez y Carlos Urgue Zapata* (conjuez). Extracto número 108. Fuente formal: artículo 133 C.P. 557

PECULADO (SALVAMENTO DE VOTO). Por la tardanza o falta de consignación oportuna de las sumas retenidas, no se pueden aplicar sanciones penales a retenedores de impuestos diferentes del de renta y complementarios. Sentencia casación. 91-06-06. Magistrado ponente: Doctor *Ricardo Calvete Rangel*. Salvamento de

Pág.

voto: Doctores *Gustavo Gómez Velásquez* y *Carlos Ujueta Zapata* (Conjuez). Extracto número 109. Fuente formal: artículo 133 C. P. 584

JURISDICCION DE ORDEN PUBLICO / SENTENCIA – Cargos. En aplicación del estatuto para la Defensa de la Democracia, salvo la práctica posterior de pruebas que permitan establecer una imputación diferente para dictar la sentencia, el juez ha de ceñirse a los cargos plasmados en el auto que define la situación jurídica. Sentencia casación. 91-06-07. Casa parcialmente. Tribunal Superior de Orden Público. Procesados: Leonardo Alfonso Pedroza Suárez y otros. Delitos: Concierto para delinquir y otros. Magistrado ponente: Doctor *Jorge Enrique Valencia Martínez*. Salvamento parcial de voto: Doctor *Jorge Enrique Valencia Martínez*. Extracto número 111. Fuente formal: Decreto 180 de 1988. 595

EXTORSION / TENTATIVA. La extorsión es un delito de resultado, pero eso no significa que el perfeccionamiento de la figura quede supeditado a la obtención de la cantidad en la cual el delincuente fija su aspiración económica. Sentencia casación. 91-06-07. Casa parcialmente. Tribunal Superior de Orden Público. Procesados: Leonardo Alfonso Pedroza Suárez y otros. Delitos: Concierto para delinquir y otros. Magistrado ponente: Doctor *Jorge Enrique Valencia Martínez*. Salvamento parcial de voto: Doctor *Jorge Enrique Valencia Martínez*. Extracto número 110. Fuente formal: artículo 355 C.P. 595

EXTORSION (SALVAMENTO DE VOTO) / TENTATIVA (SALVAMENTO DE VOTO). El carácter pluriofensivo de la extorsión reclama de una progresión de momentos para su consumación, en los cuales se requiere la realización de la exigencia que busque la obtención del provecho ilícito –siendo indiferente su consecución–. Sentencia casación. 91-06-07. Magistrado ponente: Doctor *Jorge Enrique Valencia Martínez*. Salvamento parcial de voto: Doctor *Jorge Enrique Valencia Martínez*. Extracto número 112. Fuente formal: artículo 355 C.P. 604

VIOLACION DIRECTA. Al aducir la violación directa se precisa de un total acuerdo con la situación fáctica para disentir únicamente en la selección de la norma sustancial que estaba llamada a regular el caso. Sentencia casación. 91-06-12. No casa. Tribunal Superior de Medellín. Procesados: José Fernando Cardona Cañas y otro. Delito: Hurto. Magistrado ponente: Doctor *Jorge Enrique Valencia Martínez*. Extracto número 113. Fuente formal: artículo 226 C. de P.P. 607

CELEBRACION INDEBIDA DE CONTRATOS. Este tipo penal demanda que se fije cabalmente el contenido del ingrediente normativo, comprendido en la expresión "los requisitos legales esenciales". Auto única instancia. 91-06-13. Cesa el procedimiento. Corte Suprema de Justicia. Procesado: Heraclio Vega Goyeneche. Comisario Especial del Vaupés. Delito: Celebración indebida de contratos. Magistrado ponente: Doctor *Edgar Saavedra Rojas*. Extracto número 114. Fuente formal: artículo 146 C.P. 613

NULIDAD / DEBIDO PROCESO / DERECHO DE DEFENSA. Por la naturaleza de las nulidades constitucionales es innecesaria su formulación cuando ellas han sido previstas en una disposición legal, como ahora ocurre con la exigencia del debido proceso y el respeto al derecho de defensa. Sentencia casación. 91-06-13. No

Pág.

casa. Tribunal Superior de Bogotá. Procesado: Pedro Antonio Velandia Hernández. Delito: Homicidio. Magistrado ponente: Doctor *Ricardo Calvete Rangel*. Extracto número 115. Fuente formal: artículo 305 C. de P.P. 620

CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL / PENA – Ejecución. Al otorgar la condena de ejecución condicional, el juez tiene la potestad de ejecutar las penas principales o accesorias, diversas de la privativa de la libertad. Auto revisión. 91-06-17. Niega declaratoria de nulidad. Juzgado Veintiuno Penal del Circuito de Bogotá. Procesado: Patricio Antonio Quiñones Alegría. Delito: Ejercicio ilegal de la profesión. Magistrado ponente: Doctor *Jorge Enrique Valencia Martínez*. Extracto número 116. Fuente formal: artículo 69 C.P. 626

CONEXIDAD / ACUMULACION. En la acumulación jurídica se reúnen en uno solo diferentes procesos penales que se están juzgando separadamente, mientras que la conexidad procesal conduce, en cambio, a la formación de un solo proceso. Auto colisión 91-06-18. Dirime colisión de competencia. Juzgado Quinto Penal del Circuito de Bogotá. Procesado: Jaime Felipe Lozano Revéiz. Delitos: Hurto, estafa y abuso de confianza. Magistrado ponente: Doctor *Jorge Carreño Luengas*. Extracto número 117. Fuente formal: artículo 86 C. de P.P. 633

IMPEDIMENTO / PARTE CIVIL. La calidad de sujeto procesal en el impedimento no atiende al hecho de ser o no reconocido sujeto procesal, sino a la circunstancia de que con quien tiene derecho a ser parte civil, existe una relación de enemistad grave o de amistad íntima. Auto impedimento. 91-06-19. No admite impedimento. Tribunal Superior de Quibdó. Procesado: Carlos Alberto Contín Padilla. Magistrado de la Sala Penal. Delito: Impedimento. Magistrado ponente: Doctor *Gustavo Gómez Velásquez*. Extracto número 118. Fuente formal: artículo 103 C. de P.P. 636

TESTIMONIO / MENOR. El menor no está incapacitado para rendir testimonio. Sentencia casación. 91-06-19. No casa. Tribunal Superior de Pereira. Procesado: José Augusto Morales Molina. Delito: Infracción a la Ley 30 de 1986. Magistrado ponente: Doctor *Guillermo Duque Ruiz*. Extracto número 119. 639

APLICACION DE LA LEY EN EL TIEMPO / JURADO DE CONCIENCIA. Para la audiencia que se convoca y celebra en vigencia del Decreto 1861 de 1989, como consecuencia de la contraevidencia del veredicto del jurado que intervino, no es posible aplicar ultractivamente las disposiciones que regían para la época de la celebración de la primera. Sentencia casación. 91-06-20. No casa. Tribunal Superior de Ibagué. Procesado: Jaime Sánchez Amazo. Delito: Homicidio. Magistrado ponente: Doctor *Edgar Saavedra Rojas*. Salvamento de voto: Doctores *Dídimo Páez Velandia* y *Jorge Enrique Valencia Martínez*. Extracto número 120. Fuente formal: Decreto 1861 de 1989. 645

APLICACION DE LA LEY EN EL TIEMPO (SALVAMENTO DE VOTO) / JURADO DE CONCIENCIA (SALVAMENTO DE VOTO). El juzgamiento en conciencia respecto a la contraevidencia ha sido siempre considerado por el legislador un acto procesal complejo, o sea, que la llamada "segunda audiencia" no es acto autónomo de juzgamiento. Sentencia casación. 91-06-20. Magistrado ponente: Doctor *Edgar Saavedra Rojas*. Salvamento de voto: Doctores *Dídimo Páez Velandia*

Pág.

y Jorge Enrique Valencia Martínez. Extracto número 121. Fuente formal: Decreto 1861 de 1989.. 654

DEMANDA DE CASACION – Técnica / VIOLACION INDIRECTA. Si lo que se impugna en casación es la falta de requisitos con que una prueba ha sido aducida o incorporada al proceso, la causal que debe proponer el demandante es la primera, cuerpo segundo: violación indirecta de la ley. Sentencia casación. 91-06-20. No casa. Tribunal Superior de Cúcuta. Procesado: Tobías Rodolfo Páez Castro. Delito: Infracción a la Ley 30 de 1986. Magistrado ponente: Doctor *Guillermo Duque Ruiz.* Extracto número 122. Fuente formal: artículo 226 C. de P.P. 656

PRESCRIPCION – Circunstancias / RESOLUCION DE ACUSACION. La acusación definida en la sentencia, es la que debe servir para determinar si cuando se profirió la resolución acusatoria, el Estado todavía conservaba la competencia para hacerlo. Sentencia casación. 91-06-20. No casa. Tribunal Superior de Bogotá. Procesado: José Miguel Tolosa Cañas. Delito: Falsedad en documento. Magistrado ponente: Doctor *Guillermo Duque Ruiz.* Extracto número 123. Fuente formal: artículo 61 C.P. 663

VIOLACION INDIRECTA. El falso juicio de legalidad se presenta cuando se tienen en cuenta pruebas ilegalmente aducidas al proceso y el falso juicio de convicción cuando el sentenciador le da a la prueba un valor mayor o menor del que la ley le asigna. Sentencia casación. 91-06-20. No casa. Tribunal Superior de Buga. Procesado: José Ruiz Manzo. Delito: Homicidio. Magistrado ponente: Doctor *Ricardo Calvete Rangel.* Extracto número 124. Fuente formal: artículo 226 C. de P.P.. 671

CASACION – Técnica / ERROR DE HECHO. Si el fallador realiza una interpretación irracional, fuera de toda lógica, incurre en yerro de hecho, porque va en contravía con la objetividad que revela la prueba. Sentencia casación. 91-06-25. No casa. Tribunal Superior de Montería. Procesado: Carlos Alberto Agudelo Suárez. Delitos: Homicidio y lesiones personales. Magistrado ponente: Doctor *Guillermo Duque Ruiz.* Extracto número 125. Fuente formal: artículo 226 C. de P.P. 676

JURADO DE CONCIENCIA / FAVORABILIDAD / APLICACION DE LA LEY EN EL TIEMPO. Ante la innovación introducida por el Decreto 1861 de 1989 la Sala determinó que era pertinente excluir al jurado de conciencia. Sentencia casación. 91-06-24. No casa. Tribunal Superior de Medellín. Procesada: Luz Mireya Taborda Correa. Delito: Homicidio. Magistrado ponente: Doctor *Gustavo Gómez Velásquez.* Extracto número 126. Fuente formal: Decreto 1861 de 1989.. 681

DEFENSOR / DERECHO DE DEFENSA. Si la sujeción al proceso se realiza únicamente a través de la indagada, o la declaratoria del sindicado ausente, a partir de estos momentos procesales está facultado el procesado para otorgar poder. Sentencia casación. 91-06-25. No casa. Tribunal Superior de Barranquilla. Procesado: Guillermo Rafael Luna Arroyo. Delito: Homicidio. Magistrado ponente: Doctor *Jorge Enrique Valencia Martínez.* Extracto número 127. Fuente formal: artículo 130 C. de P.P. 688

Pág.

JURADO DE CONCIENCIA / TRANSITO DE LEGISLACION. La Corte ha sostenido que la segunda audiencia que se realiza como consecuencia de una declaratoria de contraevidencia, no puede entenderse como una prolongación o continuación de la primera. Sentencia casación 91-06-25. No casa. Tribunal Superior de Pereira. Procesado: Cersain Correa López. Delitos. Homicidio y hurto. Magistrado ponente: Doctor *Edgar Saavedra Rojas*. Salvamento de voto: Doctores *Didimo Páez Velandia y Jorge Enrique Valencia Martínez*. Extracto número 128. Fuente formal: Decreto 1861 de 1989. 699

JURADO DE CONCIENCIA (SALVAMENTO DE VOTO) / TRANSITO DE LEGISLACION (SALVAMENTO DE VOTO). El juzgamiento como acto complejo determina que en casos donde el veredicto ha sido declarado contraevidente, el acto del debate a cargo de otro jurado no pueda ser entendido como una "nueva" audiencia. Sentencia casación. 91-06-25. Magistrado ponente: Doctor *Edgar Saavedra Rojas*. Salvamento de voto: Doctores *Didimo Páez Velandia y Jorge Enrique Valencia Martínez*. Extracto número 129. Fuente formal: Decreto 1861 de 1989. 708

JURISDICCION DE ORDEN PUBLICO / PORTE DE ARMAS DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS MILITARES. El porte de armas debe enmarcarse en el Estatuto para la Defensa de la Democracia (Decreto 180 de 1988), cuando la finalidad es la de atentar contra la tranquilidad y seguridad públicas. Sentencia casación. 91-06-25. No casa. Tribunal Superior de Orden Público. Procesado: Guillermo Ramírez Rivera. Delito: Infracción al Decreto 180 de 1988. Magistrado ponente: Doctor *Gustavo Gómez Velásquez*. Extracto número 130. Fuente formal: Decreto 180 de 1988. 713

NULIDAD / DEMANDA DE CASACION. Ha reiterado la Sala que si el cargo es la nulidad, y la demanda ostenta tales falencias la tornan impróspera, el Juez de Casación puede entrar a examinar el vicio *in procedendo*. Sentencia casación, 91-06-25. No casa. Tribunal Superior de Cúcuta. Procesada: María del Rosario Villarreal. Delitos: Estafa y lesiones personales. Magistrado ponente: Doctor *Guillermo Duque Ruiz*. Extracto número 131. Fuente formal: artículo 226 C. de P.P. 722

DERECHO DE DEFENSA / NULIDAD. Sólo en casos extremos, en los cuales, a primera vista se destaca la negligencia, la culpabilidad, la torpeza, puede dispensarse un correctivo de anulación para procurar la enmienda. Sentencia casación. 91-06-27. No casa. Tribunal Superior de Orden Público. Procesado: William José Cubides Vargas. Delito: Tráfico de armas de uso privativo. Magistrado ponente: Doctor *Gustavo Gómez Velásquez*. Extracto número 132. Fuente formal: artículo 305 C. de P.P. 729

LA IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA
REALIZÓ EL DISEÑO GRÁFICO DE
« GACETA PENAL PRIMER SEMESTRE DE 1991 »
Y TERMINÓ SU IMPRESIÓN EN NOVIEMBRE DE 1993.

IVSTITIA ET LITTERAE