REPUBLICA DE COLOMBIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

GACETA JUDICIAL

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

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

SALA DE CASACION PENAL

TOMO CCXLII PRIMER SEMESTRE 1996 NUMERO 2481

VOLUMEN II

SANTAFE DE BOGOTA, D.C., COLOMBIA - AÑO 1998

REPUBLICA DE COLOMBIA

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TOMO CCXLII - NUMERO 2483

PRIMER SEMESTRE DE 1996

Volumen II

SALA DE CASACION PENAL

Santafé de Bogotá, D. C. - Colombia - 1996

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

PRIMER SEMESTRE DE 1996

SALA PLENA

Doctores *José Roberto Herrera Vergara - Presidente*
Juan Manuel Torres Fresneda - Vicepresidente
Blanca Trujillo de Sanjuán - Secretaria General

SALA DE CASACION LABORAL

Doctores *Germán Gonzalo Valdez Sánchez - Presidente*
Laura Margarita Manolus G. - Secretaria

MAGISTRADOS

Doctores *Rafael Méndez Arango*
Francisco Escobar Henríquez
José Roberto Herrera Vergara
Jorge Iván Palacio Palacio
Germán Gonzalo Valdés Sánchez
Ramón Zúñiga Valverde

SALA CIVIL Y AGRARIA

Doctor *Jorge Antonio Castillo Rugeles - Presidente*

Lina María Torres González - Secretaria

MAGISTRADOS

Doctores *Jorge Antonio Castillo Rugeles*

Francisco Javier Tamayo Jaramillo

Carlos Esteban Jaramillo Schloss

José Fernando Ramírez Gómez

Pedro Lafont Pianetta

Nicolás Bechara Simancas

Rafael Romero Sierra

SALA PENAL

Doctor *Fernando Enrique Arboleda Ripoll- Presidente*

Patricia Salazar Cuéllar - Secretaria

MAGISTRADOS

Doctores *Ricardo Calvete Rangel*

Nilson Pinilla Pinilla

Fernando Enrique Arboleda Ripoll

Carlos Eduardo Mejía Escobar

Dídimo Páez Velandia

Jorge Córdoba Poveda

Juan Manuel Torres Fresneda

Carlos Augusto Gálvez Argote

RELATORES

Doctoras *Esperanza Inés Márquez Ortiz,*
Sala de Casación Laboral

Liliana Polanía Alvarez
Sala de Casación Civil y Agraria

Ayda Lucy López de Giraldo
Sala de Casación Penal

Beatriz Eugenia Cortés Becerra
Tutelas

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTORES:

RELATORA SALA CIVIL: Doctora LILIANA POLANIA ALVAREZ

RELATORA SALA LABORAL: Doctora ESPERANZA INES MARQUEZ ORTIZ

RELATORA SALA PENAL: Doctora AYDA LUCY LOPEZ DE GIRALDO

TUTELAS: Doctora BEATRIZ EUGENIA CORTES BECERRA

TOMO CCXLII - PRIMER SEMESTRE Volumen II - Número 2481

HABEAS CORPUS / CASACION

La ley faculta a quien se constituere ilegalmente privado de la libertad para acudir ante cualquier juez, por supuesto, distinto de quien adelanta la actuación, a efectos de que se pueda constatar la arbitrariedad o ilegalidad bien de la privación de la libertad de quien estando libre es capturado y encarcelado por autoridades judiciales, o de quien habiéndose inicialmente privado de la libertad, continúa estándolo pese a tener derecho a recuperarla, por haber cesado los motivos para ello, bien por haber cumplido ya la condena o haberse absuelto o concedido cualquiera de los subrogados penales etc.

2. No puede la Corte admitir la formulación extemporánea de cargos adicionales, pues teniendo en cuenta que una de sus finalidades es la de remediar los agravios inferidos a las partes en la sentencia, es en la demanda de casación donde se deben proponer todos los juicios sobre la legalidad de la misma para que sean resueltos en el fallo que decide el recurso, sin perjuicio de las facultades oficiosas que el artículo 228 del Código de Procedimiento Penal cuando se

trate de violaciones a las garantías fundamentales o la presencia de una causal de nulidad.

Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Penal. - Santafé de Bogotá D.C., diez (10) de abril de mil novecientos noventa y seis (1996).

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos Augusto Gálvez Argote*

Aprobado Acta No. 52

Proceso No. 10788

VISTOS

Decide la Sala la "solicitud" de habeas corpus que con apoyo en el artículo 30 de la Carta Política y los artículos 5o., y 430 a 437 del Código de Procedimiento Penal, presenta el procesado Jhon Jairo Flórez Palacio, quien se encuentra recluído en la cárcel de Bellavista de Bello (Antioquia), por considerar que se le está prolongando ilegalmente la privación de la libertad.

FUNDAMENTOS DE LA PETICIÓN

Afirma el procesado Flórez Palacio la violación de los derechos fundamentales a la libertad y al debido proceso, pues en su criterio, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 29 de la Carta Política es nulo de pleno derecho el proceso adelantado en su contra, habida consideración de que en la diligencia de indagatoria no fue asistido por un "profesional del derecho legalmente titulado e inscrito", refiriendo como sustento la inexequibilidad del inciso 1o. del artículo 148 del Código de Procedimiento Penal, declarada recientemente por la Corte Constitucional.

Por lo anterior, dice acogerse a lo dispuesto en el artículo 29 de la Constitución Política, 6o del Código Penal y 10o. del Código de Procedimiento Penal, sobre el principio de favorabilidad para "reclamar de pleno derecho mi libertad", pues, en su entender, siendo nula toda la actuación "automáticamente" quedarían vencidos todos los términos legales y juidiciales, encontrándose así "detenido ilegalmente por prolongación ilisita [sic] de privación de libertad".

CONSIDERACIONES

Sea lo primero advertir que mediante sentencia del 14 de diciembre de 1994, el Juzgado 32 Penal del Circuito de medellín, condenó a Jhon Jairo Flórez Palacio a la pena principal de cuarenta (40) años y cuatro (4) meses de prisión, la ecesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por diez (10) años y al pago de los perjuicios materiales y morales como autor del delito de homicidio en concurso con el de porte ilegal de arma para la defensa personal, que habiéndose apelado por el defensor del pro-

cesado recibió confirmación del Tribunal Superior de Medellín, el 9 de marzo de 1995. Igualmente contra el fallo de segunda instancia se interpuso el recurso extraordinario de casación, el cual se encuentra ahora en trámite ante esta Corporación.

Lo anterior por cuanto la "solicitud de habeas corpus" presentada por el procesado Jhon Jairo Flórez Palacio es a todas luces improcedente, no sólo porque la Corte y en general los jueces colegiados no son competentes para tramitar esta clase de acciones públicas, que dada su naturaleza y finalidad exigen un tratamiento preferencial y expedito, sino porque no existe la prolongación ilícita de la libertad aducida por el peticionario.

En este sentido, debe recordarse cómo el artículo 28 de la Carta Política que consagra el derecho a la libertad individual, en cuanto que "toda persona nace libre", permite su limitación a condición de que sea "en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley".

En efecto, la acción pública del *habeas corpus* representa uno de las más añejas garantías del estado liberal creada para proteger de manera única y exclusiva e inmediata el derecho a la libertad individual de cualquier forma de restricción arbitraria e ilegal, pues siendo este un derecho fundametal, por ser la libertad el status natural del hombre, solamente puede autorizarse su limitación a través de la ley.

Por tanto, la ley faculta a quien se considere ilegalmente privado de la libertad para acudir ante cualquier juez, por supuesto, distinto de quien adelanta la actuación, a efectos de que se pueda constatar la arbitrariedad o ilegalidad bien de la privación de libertad de quien estando libre es capturado y encarcelado por autoridades judiciales, o de quien habiéndose inicialmente privado de la libertad, continúa estándolo pese a tener derecho a recuperarla, por haber cesado los motivos para ello, bien por haber cumplido ya la condena o haberse absuelto o concedido cualquiera de los subrogados penales etc.

Siendo ello así, no le queda duda a la Corte que a la pretendida acción pública de habeas corpus interpuesta por Jhon Jairo Flórez Palacio subyace una petición de nulidad del proceso por la presunta violación al derecho de defensa, idéntica a la resuelta mediante auto del 14 de marzo del año en curso.

En esta medida, tampoco podría entenderse el memorial del procesado como una petición de libertad, toda vez que la procedencia de la misma estaría supeditada a la prosperidad de la nulidad que en últimas deja invocada y que de suyo necesariamente exige un fallo de fondo que obligaría a la Corte a pronunciarse sobre la legalidad de la sentencia, y que no puede hacerse en momento distinto que al de resolver el recurso de casación contra ella interpuesto.

Así las cosas, no puede la Corte admitir la formulación extemporánea de cargos adicionales, pues teniendo en cuenta que una de sus finalidades es la de remediar los agravios inferidos a las partes en la sentencia, es en la demanda de casación donde se deben proponer todos los juicios sobre la legalidad de la misma para que sean resueltos en el fallo que decide el recurso, sin perjuicio de las facultades oficiosas que el artículo 228 del Código de Procedimiento Penal cuando se trate de violaciones a las garantías fundamentales o la presencia de una causal de nulidad.

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

RESUELVE

1o. Abstenerse de resolver la acción pública de habeas corpus, por improcedente.

2o. Abstenerse de resolver la petición de nulidad.

3o. En consecuencia negar la libertad a Jhon Jairo Flórez Palacio.

Notifíquese y cúmplase.

Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CASACION DISCRECIONAL.

Resulta imprescindible por parte del impugnante, el deber de fijar el motivo que se aduce para solicitar la casación discrecional, esto es, que debe ilustrarse a la Corte sobre la base de una temática que debe ser abordada con miras a dilucidar el verdadero alcance de la jurisprudencia respecto a un tema cuyo desarrollo concreto se impetra o la necesidad de su pronunciamiento para salvaguardar las garantías fundamentales quebrantadas.

Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Penal.-Santafé de Bogotá, D.C., doce (12) de abril de mil novecientos noventa y seis (1996).

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos Augusto Gálvez Argote*

Aprobado Acta No.54

Proceso No. 11498

Vistos

Decide la Corte sobre la admisibilidad o rechazo del recurso excepcional de casación de que trata el inciso final del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, interpuesto por el defensor del procesado Gildardo Antonio Franco Rodríguez contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Pereira el 27 de octubre de 1995, que lo condenó como infractor del artículo 33, inciso segundo de la Ley 30 de 1986.

Antecedentes

Un grupo de agentes adscritos al C.A.I. de la vereda Tres Puertas, retuvieron a la altura de la Finca «El Bosque», en la vía que conduce a Mercasa, al señor Gildardo Antonio Franco Rodríguez, después de encontrar en su poder la cantidad de 1.6 gramos de sustancia pulvurulenta a base de cocaína (16 papeletas) y 6.2 gramos de sustancia vegetal marihuana (2 papeletas).

Por estos hechos fue indagado Franco Rodríguez, su situación jurídica resuelta con medida de aseguramiento de detención preventiva (fl.37) y

el proceso calificado con resolución acusatoria como transgresor del art. 33 de la Ley 30 de 1986, por la Fiscalía Décima Especializada de Pereira (fl.57).

El Juzgado Primero Penal del Circuito emitió sentencia de primer grado el 12 de septiembre de 1995, condenando al procesado por el delito imputado en la calificación a la pena principal de un (1) año de prisión y multa de $197.400.oo y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso (fl.82). Esta decisión una vez recurrida por la defensa fue confirmada en su integridad por el Tribunal Superior, en sentencia del 27 de octubre siguiente (fl. 104).

Notificado de la sentencia de segunda instancia, mediante escrito separado manifestó el defensor de oficio de Franco Rodríguez, que interponía el recurso de casación, en los siguientes términos:

«VIABILIDAD

El recurso es procedente según lo preceptuado en los incisos primero y segundo del art. 218 del CPP.

La conducta ha sido tipificada con el inc. 2o. del art. 33 de la L. 30/86 (1 a 3 años de prisión), el cual es conexo con el inciso 1o. de la misma norma (4 a 12 años de prisión).

Y sobre todo, el defensor pretende que se unifique la jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia, con la despenalización del consumo de estupefacientes dispuesta por la honorable Corte Constitucional».

Como quiera que el Tribunal Superior inadmitió el recurso de casación incoado y que el defensor interpuso entonces el de hecho contra esta decisión, la Corte mediante auto del 31 de enero del año en curso, declaró la nulidad de lo actuado a partir del referido pronunciamiento, con el fin de que se le diera al asunto el trámite correspondiente de acuerdo con los derroteros que esta Sala ha señalado para la casación excepcional y que se desprenden del contenido del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal. Por ello, corregido el procedimiento, resolverá la Corte si se admite o nó la casación discrecional propuesta.

CONSIDERACIONES

Reiteradamente la Sala ha recordado que en el inciso final del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, se consagró el instituto de la casación discrecional, como un mecanismo excepcional para impugnar las sentencias con los básicos fines del desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales de los sujetos procesales, aspec-

tos éstos respecto de los cuales debe la Corte pronunciarse en cada caso concreto, ya que es ella la competente para declarar si admite o no el recurso.

También se ha precisado que son requisitos comunes o propios de la casación ordinaria, exigibles para la excepcional, que el recurso se dirija contra un fallo de segunda instancia, es decir, bien que haya sido proferido por un Juzgado de Circuito o por un Tribunal Superior, en este último evento siempre y cuando el delito de que se trata no contemple sanción privativa de la libertad o ésta resulte inferior a seis años de prisión; así mismo es necesario que el recurso se interponga dentro de los quince días siguientes a la última notificación de la sentencia de segunda instancia y, finalmente, que la petición sea elevada por el Procurador, su Delegado, el defensor o el procesado.

Pero a la vez la Sala ha señalado que existen otro tipo de requerimientos consecuentes con su naturaleza discrecional y que justifican su viabilidad en estos casos. Ellos son: a) la necesidad de que el impugnante fundamente así sea en forma sumaria, cuáles son los motivos que sustentan la viabilidad del recurso, identificándose en forma clara las razones en que se apoya la necesidad del pronunciamiento de la Corte para el desarrollo jurisprudencial o la garantía de los derechos fundamentales y b) la remisión por parte del ad quem de los originales del expediente junto con el escrito de impugnación, a fin de poder identificar si las razones que excepcionalmente justifican la casación en estos casos, en concreto se proponen y si en efecto concurren.

De la suma de estas dos exigencias se colige, con claridad, que resulta imprescindible por parte del impugnante, el deber de fijar el motivo que se aduce para solicitar la casación discrecional, esto es, que debe ilustrarse a la Corte, sobre la base de un temática que merece ser abordada con miras a dilucidar el verdadero alcance de la jurisprudencia respecto a un tema cuyo desarrollo concreto se impetra o la necesidad de su pronunciamiento para salvarguardar las garantías fundamentales quebrantadas.

Esto supone, como es obvio, que el recurrente en estos casos sustente, así sea de manera sintética o breve, pero clara y completa, el explícito objeto de su inconformidad y las razones jurídicas que le confieren la condición de fundamento para impetrar la admisión excepcional del recurso extraordinario.

En este caso, es evidente que el actor ha omitido señalar de manera concisa y clara la temática respecto de la cual la jurisprudencia ha sido vacilante o contradictoria, resultando por ende imperativo un pronunciamiento que unifique lo disperso de su criterio y mucho menos argumenta explicando la razón de su dicho, sobre el motivo por el cual debe considerarse que con posterioridad a la «despenalización del consumo de estupe-

facientes», por razón del pronunciamiento de la Corte Constitucional se han producido decisiones contradictorias en esta Corporación, pero tampoco, por si lo anterior fuera poco, ha manifestado qué nexo tiene en concreto este tema con la sentencia objeto del recurso.

Luego entonces, al omitirse por el recurrente con el requisito de fundamentar explícita y puntualmente, con razones atendibles la interposición del recurso excepcional de casación, el mismo deberá inadmitirse.

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

RESUELVE

DECLARAR INADMISIBLE el recurso extraordinario de casación intentado por el defensor de Gildardo Antonio Franco Rodríguez, dentro de este proceso.

Devuélvase el expediente al Tribunal de procedencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos A. Gálvez Argote, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

RECURSO DE HECHO/ APELACION

No podía entenderse como la interposición de un recurso de hecho, la expresión "apelo" que el mismo procesado registrara al momento de serle notificado el auto que negaba la reposición de otro por medio del cual, a su vez, negativamente se había resolulido a la defensa la solicitud de prórroga de términos para presentar la demanda de casación, como quiera que contra esta última determinación no procedía recurso alguno.

Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., doce (12) de abril de mil novecientos noventa y seis (1996).

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos Augusto Gálvez Argote*

Aprobado Acta No.54

Proceso No. 11495

VISTOS

Contra el auto proferido por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá el 19 de febrero de 1996, por medio del cual no repuso su decisión del 29 de enero anterior que negara la prórroga del término de traslado para la presentación de la demanda de casación, el procesado José Gustavo Martínez Sandoval en el acto de su notificación anotó «Apelo», por lo que entendiendo dicha Corporación que con esta expresión se interponía el recurso de hecho, ordenó adelantar el trámite contemplado en el artículo 208 del C. de P.P.

ANTECEDENTES

El Juzgado 31 Penal del Circuito, mediante fallo del 17 de mayo de 1995, condenó a José Gustavo Martínez Sandoval, Javier Moreno Achury y Oscar Fabián González Beltrán, a la pena principal de 41 años y 8 meses de prisión, como responsables de los delitos de homicidio en concurso con lesiones personales con incapacidad de 40 días y perturbación funcional de carácter permanente.

Inconformes con tal determinación, la misma fue apelada por los demás procesados y sus defensores, manteniéndose sin modificaciones res-

pecto de éste el fallo de primera instancia por el Tribunal Superior, en decisión del 3 de octubre de 1995.

Dentro del término de ejecutoria del fallo *ad quem* y en el acto de su notificación, Martínez Sandoval escribió «Apelo», razón por la cual y por comprender que dicha expresión resultaba equivalente a la interposición del recurso extraordinario de casación, mediante auto del 3 de noviembre siguiente, se declaró admisible este recurso, disponiéndose el traslado de ley para la presentación de la respectiva demanda sustentatoria.

Mediante escrito presentado el 25 de enero del año en curso, el defensor de Martínez Sandoval, solicitó la prórroga de términos para efectos de allegar el escrito de demanda. El Tribunal negó dicha petición, atendiendo al hecho de que las causas aducidas no ostentaban las características de gravedad y justificación exigidas por el artículo 172 para acceder a la susodicha prórroga.

Contra este auto, el defensor del procesado interpuso el recurso de reposición que fue despachado negativamente por el Tribunal. Es precisamente contra esta última determinación que, al escribir el procesado al momento de notificarse la expresión «Apelo», el Magistrado ponente mediante auto del primero de marzo del corriente, determinó que dicha manifestación debía entenderse como la interposición del recurso de hecho.

Corrido el traslado que dispone el artículo 209 del Estatuto procesal penal para la sustentación del recurso, el mismo transcurrió en silencio.

Consideraciones

Ningún reparo admite, pues múltiples han sido las oportunidades en que la Sala en tal sentido se ha expresado, que frente a la anotación «Apelo» que, como en este caso, el procesado José Gustavo Martínez Sandoval consignara en el momento de la notificación de la sentencia de segunda instancia, el Tribunal Superior entendiera que correspondía a la interposición del recurso extraordinario de casación y que, en esta medida, dispusiera su admisión.

Sin embargo, no podía entenderse como la interposición del recurso de hecho, la expresión «Apelo» que el mismo procesado registrara al momento de serle notificado el auto que negaba la reposición de otro por medio del cual, a su vez, negativamente se había respondido a la defensa la solicitud de prórroga de términos para presentar la demanda de casación, como quiera que contra esta última determinación no procedía recurso alguno.

A propósito de lo anterior basta con que se recuerde que a tenor del artículo 201 del Código de procedimiento Penal:

«La providencia que decide la reposición no es susceptible de recurso alguno, salvo que contenga puntos que no hayan sido decididos en la anterior, caso en el cual podrá interponerse recurso respecto de los puntos nuevos, o cuando algunos de los sujetos procesales, a consecuencia de la reposición, adquiera interés jurídico para recurrir».

De esta norma se colige que no encontrándonos frente a alguno de los supuestos en que resulta viable recurrir la providencia que resuelve el recurso de reposición, sencillamente el auto del 19 de febrero del año en curso proferido por el Tribunal Superior, resultaba inimpugnable.

Finalmente, tampoco puede perderse de vista que el recurso de hecho sólo procede contra la decisión que deniega el recurso de apelación o la que niega el de casación (art. 207 *ibidem*).

En estas condiciones, resulta claro que la actuación se encuentra viciada, por conculcación del debido proceso, a partir del auto del primero de marzo pasado por medio del cual se consideró que la inconformidad del procesado en los términos señalados correspondía a la interposición del recurso de hecho, por lo que deberá declararse la nulidad a partir de dicha fecha, incluyendo la actuación posterior de esta Sala.

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

RESUELVE:

ANULAR lo actuado a partir del auto por medio del cual se concedió el recurso de hecho, inclusive, por las razones anotadas en la parte motiva de este proveído.

En firme esta decisión, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos A. Gálvez Argote, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

LIBERTAD PROVISIONAL/ POLICIA NACIONAL

Siendo fin primordial de la policía nacional el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, por medio de los cuales se asegure una convivencia pacífica entre los colombianos, no cabe duda de que el desarrollo de actividades al margen de la ley por parte de sus miembros que de manera tan directa y grave hacen nugatoria su propia ideología y fundamento, impiden concluir positivamente sobre las condiciones personales que se tienen para compartir en sociedad los valores que obligados a amparar, fueron negados en procura de beneficios propios.

Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá,D.C., dieciséis (16) de abril de mil novecientos noventa y seis (1996).

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos Augusto Gálvez Argote*

Aprobado Acta No.56

Proceso No. 11030

Vistos

El procesado Carlos Julio Contreras Castro, quien se encuentra privado de la libertad en el Centro de Reclusión para la Policía Nacional, solicita la libertad condicional por considerar que reune los requisitos exigidos por el artículo 72 del Código Penal, anexando con dicho propósito certificados de consejo de disciplina del penal y constancias de trabajo.

Consideraciones

Carlos Julio Contreras Castro y José Antonio Jeréz Herrera, fueron condenados por el Tribunal Superior Militar en fallo de segundo grado por medio del cual se confirmara el que en primera instancia profiriera el Comandante de la Policía Metropolitana de Santafé de Bogotá el 16 de marzo de 1995, como coautores responsables de los delitos de falsedad

ideológica en ejercicio de funciones y concusión, a la pena principal de treinta y ocho (38) meses de prisión.

El procesado Contreras Castro se encuentra detenido desde el día 8 de septiembre de 1994, lo cual indica que a la fecha ha descontado de la pena que le fuera impuesta un total de diecinueve (19) meses y dieciséis (16) días.

A su turno, por concepto de trabajo, acredita en el centro de reclusión un total de 3.188 horas comprendidos entre el mes de febrero de 1995 hasta lo que va corrido del mes de abril del año en curso, para una redención de pena por este concepto de conformidad con el artículo 82 de la Ley 65 de 1993, de seis (6) meses y diecinueve (19) días.

Lo anterior está significando que a la presente fecha completaría por la suma de estos dos guarismos un total de descuento de veintiséis (26) meses y cinco (5) días, es decir que, en principio, el aspecto objetivo relacionado con el cumplimiento de las dos terceras partes de la pena impuesta a que alude el artículo 72 del Código Penal, estaría satisfecho.

Pese a lo anterior y al hecho de que, a su turno, también es cierto que las directivas del Centro de Reclusión en que se encuentra Contreras Castro, califican su conducta de «Ejemplar», fuera de haberse dedicado buena parte del tiempo en que allí ha permanecido a trabajar, en lo relacionado con el estudio de su personalidad y sus antecedentes de todo orden, a través de los cuáles importa sopesar un criterio positivo que fundamente su readaptación social, en este caso, entiende la Sala que el mismo no concurre.

En efecto, en casos como el presente, la Corte ha resaltado que ocupa un papel determinante en el estudio de la personalidad del procesado, la caracterización que de ella se logra en el análisis valorativo de la conducta por la cual resultó declarado responsable quien aspira a obtener su libertad apegado, en principio, a la simple constatación de haber satisfecho una total de pena establecido en la ley.

En el caso presente se justifica aún más la necesidad de acercarnos al estudio de los hechos por los que, en particular, se condenó a Contreras Castro, si se tiene en consideración que son ellos los que ponen de presente la conveniencia de que éste expíe la totalidad de pena que le fuera impuesta.

Como impera recordar, Carlos Julio Contreras Castro quien se desempeñaba como agente de la policía, junto con los miembros de esta institución Germán Avendaño y José Ignacio Sotelo, para el día 23 de mayo de 1992, retuvieron a los señores Edison Ramón Cruz Malagón, Alex Giovanny Tartur Romero, Mónica Parra Bohórquez y a Oscar Eduardo Muñoz a quien se atribuía haber lesionado con arma de fuego a María Carolina Bohóquez Parra.

El informe policial inicialmente elaborado daba cuenta de la retención de estas cuatro personas. Al finalizar el turno los agentes Avendaño y Sotelo, dicho informe fue destruido y reemplazado por uno nuevo en el que ya no figuraba Muñoz. Estos hechos se atribuyeron a los agentes José Antonio Jeréz Herrera y Carlos Julio Contreras Castro, quienes habrían dejado en libertad al señalado personaje, a cambio de la suma de cien mil pesos ($100.000.oo).

Siendo fin primordial de la policía nacional el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, por medio de los cuales se asegure una convivencia pacífica entre los colombianos, no cabe duda de que el desarrollo de actividades al margen de la ley por parte de sus miembros, como aquellas imputadas al procesado Contreras Castro, que de manera tan directa y grave hacen nugatoria su propia teleología y fundamento, impiden concluir positivamente sobre las condiciones personales que se tienen para compartir en sociedad los valores que obligados a amparar, fueron negados en procura de beneficios propios.

De manera que las especiales circunstancias del hecho, en el caso presente, son las que brindan un criterio mas aproximado sobre la personalidad del procesado, siendo ellas mismas las que impiden, en consecuencia tener un juicio de valor positivo sobre su readaptación social y su buena conducta futura, por lo que la petición elevada deberá ser resuelta negativamente.

Por lo anteriormente expuesto, la *Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal*, NIEGA la libertad provisional solicitada.

Notifíquese y cúmplase.

Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos A. Gálvez Argote, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

REFORMATIO IN PEJUS/ LEGALIDAD DE LA PENA

1.- La circunstancia de existir un único apelante de la sentencia de primera instancia, no es lo que constituye la cortapisa consagrada en el artículo 31 de la C.N. para que el fallador de la segunda instancia pueda agravar la pena impuesta en la sentencia de primer grado al procesado. La prohibición para que decisión en tal sentido pueda emitirse por el juez de segunda instancia, dimana de que ese único apelante sea el condenado o su representante judicial, o ambos.

2.-La legalidad de la pena es un imperativo del debido proceso -que es derecho constitucional fundamental-, que no puede estar al arbitrio del fallador, pues la legislación ha previsto determinada clase de sanciones para cada tipo penal, así como los límites dentro de los cuales cada una de esas clases tienen legal operancia.

Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., diecisiete de abril de mil novecientos noventa y seis.

Magistrado Ponente: Dr. *Didimo Páez Velandia*

Aprobado Acta No.57

Proceso No. 9867

Conoce la Corte del recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada el 4 de agosto de 1993 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa María, en la cual, por revocación parcial de la de primera instancia, se condena a Tomas Alberto Castrillo Castro y a Alma Rosa Montalvo Valderrama, a aquél a la pena principal de 46 meses de prisión, en calidad de coautor del concurso material, heterogéneo y sucesivo de delitos de falsedad en documento privado y estafa; y a ésta, a la pena principal de 27 meses de prisión como cómplice del delito de estafa cometida en concurso material homogéneo de hechos punibles.

En la misma providencia se condena también a Ezequiel Ayala y Jairo Daniel Cuello Moreno por los mismos delitos y a igual pena por los que se condenó a Castrillo Castro y a todos se les impone la pena accesoria de suspensión de la patria potestad y la obligación civil indemnizatoria.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

En febrero de 1990 fue detectada una defraudación a los intereses económicos de la firma Cely Cortés y Compañía Limitada de Santa Marta, procesadora y comercializadora de leche, por valor total superior a diez millones de pesos, cometida, según la denuncia formulada, durante el período comprendido entre finales de 1988 y enero de 1990, por varios de los empleados de la empresa, a saber: el jefe de transportes, Tomás Alberto Castrillo Castro, uno de los conductores, Ezequiel Ayala y, el operador del Computador, Jairo Cuetto, quienes mediante división de trabajo hacían figurar en comprobantes y registros del computador, compras de leche por mayor volumen del realmente adquirido, que la firma pagaba mediante cheques cuyo giro correspondía también hacer al último, siendo estos títulos-valores librados a beneficiario ficticio y finalmente negociados por la esposa del primero, Alma Rosa Montalvo -a quien se los llevaba Víctor Segundo Avendaño en calidad de mensajero de ésta-, depositándolos en las cuentas corrientes de Olga Nieves y Miriam Brito de castro. Beneficiarios de cheques girados por esta señora figuraron a su vez, Darío Brito y Efraín Brito.

La investigación se inició por el entonces Juzgado 12 I.C. de Santa Marta, y a ella fueron vinculados todos los implicados de los cuales Avendaño, una vez oído en indagatoria, fue dejado en libertad mediante auto de definición de situación jurídica, en el que se declaró su no participación en los ilícitos (fls. 338 y 341 cd.ppl.2).

El mérito sumarial fue calificado con resolución de acusación del 9 de abril de 1991 por el Tribunal Superior del Distrito, que al conocer por apelación el calificatorio de la primera instancia (fls. 716 736 cd.ppl.4), lo revocó parcialmente, quedando así la determinación: Castrillo Castro, Cuetto y Ayala, comprometidos en juicio en calidad de coautores del concurso «material, heterogéneo y sucesivo» de delitos de falsedad en documento privado y estafa; Alma Rosa Montalvo, comprometida en juicio como cómplice del concurso material, homogéneo y sucesivo de estafa; respecto de las señoras Nieves y Brito de Castro se confirmó la cesación de procedimiento, mientras que en relación con los señores Efraín y Danilo Brito, se dispuso la reapertura de la investigación. (fls. 23-30 cd.Tr.2).

La resolución del Tribunal, al modificar la del Juzgado quedó ejecutoriada, al ser notificada conforme lo disponía el D.1861/89, el 9 de mayo de 1991 (fls. 31-31v. cd.Tr.2).

Rituada la etapa de la causa, el Juzgado 1o. Penal del Circuito de Santa Marta condenó a todos los acusados como coautores, por el delito de estafa y los absolvió por falsedad en documento privado, señalándoles a cada uno como pena única la de prisión de 18 meses; y, a la mujer acusada como cómplice de un concurso de estafas, la absolvió (fls. 898-917 cd.ppl.4).

A los condenados les impuso como obligación civil indemnizatoria, la de pagar a la ofendida, cada uno, cinco millones de pesos por daños materiales y el equivalente a cien gramos oro por perjuicios morales y les concedió el subrogado de la condena condicional.

La inconformidad de la representación de la parte civil con las absoluciones, implicó que interpusiera recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia (fls. 921-923 cd.ppl.4).

Concedido el recurso (fl. 926 cd.ppl.4), el Tribunal Superior del Distrito, mediante la sentencia que ha sido impugnada extraordinariamente, revocó parcialmente el fallo de primer grado y resolvió condenar a los tres coautores por el concurso de hechos punibles de falsedad en documento privado y estafa, incrementando, por ende, la pena de prisión, que quedó señalada para Castrillo Castro y Cuervo Moreno en 46 meses y para Ayala en 36 meses; así mismo optó por revocar la absolución de Alma Rosa Montalvo y condenarla como cómplice de las estafas a 27 meses de prisión.

A todos les impuso la pena accesoria de suspensión de la patria potestad. A la vez, como obligación indemnizatoria les mantuvo a los dos primeros la señalada por el Juzgado; al tercero le redujo a tres millones de pesos y el equivalente a sesenta gramos oro el monto total de la obligación civil (fls. 34-36 cd. Tr. 3) ; y, a la mujer, en pronunciamiento adicional le señaló por este mismo último concepto, dos millones de pesos y cuarenta gramos oro (fls. 40-42 cd. Tr. 3). A estos dos últimos les concedió el sustituto de la ejecución condicional de la sentencia.

Contra el fallo de segunda instancia recurrió en casación el defensor común de los sentenciados Castrillo Castro y Alma Rosa Montalvo, sustentando en término la impugnación en demandas individuales.

Las Demandas

1.- A nombre de Alma Rosa Montalvo

Con fundamento legal en la causal 1a. del artículo 220 del C. de P.P., la defensa sostiene que el fallo ad quem es violatorio, en forma directa, del artículo 31 de la Constitución Nacional, desarrollado por el 217 del C. de P. P.

Entiende el distinguido profesional que la representación de la parte civil, que fue la única que apeló de la sentencia de primera instancia que había absuelto a su procurada carecía de interés jurídico para recurrir y además no lo demostró, para haber cuestionado en alzada esa decisión favorable por ser condenatoria.

De tal manera, luego de discurrir sobre su planteamiento y en especial sobre la calidad de único apelante de ese sujeto procesal y, considerando

que hubo una «agravación» de la pena para su poderdante en el fallo de segunda instancia por haber revocado la absolución impartida por el Juzgado trocándola en condenación con las consecuencias civiles de que da cuenta el fallo, reitera que el Tribunal transgredió el artículo 31 de la codificación institucional y solicita que la Corte acceda a su pretensión casacional y expida el pertinente fallo de reemplazo.

II.- A nombre de Tomás Alberto Castrillo Castro.

En este reparo se acusa igualmente la sentencia de segundo grado, de violar directamente el artículo 31 Constitucional y el 217 del C. de P. P., modificado por el artículo 24 (sic) de la Ley 81 de 1993, pero se añaden como normas transgredidas los numerales 4o. y 7o. del artículo 66 y el 372-1 del C.P.

Advierte, luego de recordar el interés jurídico de la parte civil en el proceso penal conforme al artículo 149 del estatuto procesal, que en la sentencia de primera instancia a su cliente se le había impuesto como obligación indemnizatoria cinco millones de pesos por daños materiales y cien gramos oro por perjuicios morales y que en la sentencia de segunda instancia el Tribunal mantuvo ese monto de la obligación civil, sin embargo de lo cual, en forma oficiosa «y sin tener ... esa facultad legal, condenó por mayor monto en la pena y revocó el subrogado ...».

Explica, aludiendo a la pena, que el Tribunal incrementó con relación al fallo de primera instancia, la de prisión aumentándola respecto del delito de estafa por las agravantes genéricas 4a. y 7a. del artículo 66 del C.P. y por la específica del artículo 372-1.

En apoyo de su tesis transcribe cita jurisprudencial relacionada con el interés de la parte civil en el proceso penal y su vedado derecho a procurar «mayores aflicciones punitivas» desvinculadas del aspecto patrimonial, con la implicación de que de apelar solamente con ese proscrito objetivo, su recurso se tendrá por no interpuesto.

Luego advierte que como la apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable, el superior no puede enmendar la providencia del a quo en lo que no fue objeto del recurso. Al efecto alude a los artículos 149 del C. de P.P. y 217 del C. de P.P., que vuelve a designar como modificado por el 24 de la Ley 81 de 1993.

Retornando el discurso al tema de la garantía que envuelve el artículo 31 Constitucional y enfatizando en la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, finalmente solicita a la Corte casar el fallo de instancias y emitir el que resulte ajustado a derecho.

El Ministerio Público

En criterio del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, quien conceptúa simultáneamente respecto de las dos demandas, debido a la

identidad de las censuras el recurrente carece de razón en ambos casos, en cuanto considera que la circunstancia de ser la parte civil la única apelante de la sentencia de primera instancia, impedía al Tribunal conocer del recurso de alzada: al efecto rememora el contenido del artículo 31 de la C.N., para concluir que no ocurrió la transgresión directa de esta norma.

En relación con el deber de la parte civil de demostrar el interés para recurrir, tema que bajo el mismo concepto de violación y a la misma disposición accede el casacionista, observa que el reparo sería aducible a la luz de la causal 3a. de casación por lo que conceptúa desfavorablemente a la demanda, pero advierte que al incidir el asunto en la legalidad del proceso, su estudio procede en forma oficiosa.

Es así como, puntualizando que la parte civil goza «de un interés que haga jurídicamente viable» sus actuaciones en el proceso penal, una de ellas, el derecho a la impugnación, sea en los casos de absolución total en primera instancia, o de absolución parcial, siempre que su pretensión indemnizatoria se hubiera visto afectada, considera que en el caso presente, la representación de la parte civil tenía interés para apelar del fallo que absolvió a la procesada Alma Rosa Montalvo de la imputación que se le había formulado en la resolución acusatoria, pero carecía de ese interés respecto de la absolución por el delito de falsedad documental de Castrillo Castro y los otros coautores absueltos por este concursante hecho punible, debido a que habiendo sido condenados por la estafa y habiéndoseles deducido la obligación indemnizatoria por este delito, la pretensión económica estaba satisfecha. Era deber entonces de la parte civil apelante demostrar su interés, de cara al único que legitima su intervención en el proceso penal, el económico, demostrar el menoscabo de su pretensión con esa parcial absolución; al no hacerlo, carecía el Tribunal de competencia para asumir de manera oficiosa el examen del delito contra la fe pública condenando por el concurso de hechos punibles e incrementando la pena privativa de la libertad de 18 a 46 meses de prisión.

Concluye, sobre estos supuestos, que la sentencia impugnada debe casarse parcialmente, mediante la anulación del proceso a partir del auto que concedió el recurso de apelación interpuesto por la parte civil respecto de Castrillo Castro y los demás acusados como coautores del concurso delictivo, respecto de los cuales dice, «deberá cobrar vigencia la decisión de primer grado».

Finalmente, haciendo referencia a la sanción accesoria de suspensión de la patria potestad, de que fueron todos los procesados objeto, sin que la sentencia hubiera consignado la motivación de esa condena, sugiere la casación oficiosa del fallo; y en cuanto a la condenada Alma Rosa Montalvo, sugiere la imposición de la pena accesoria de interdicción de derechos y

funciones públicas por el mismo término de la privativa de la libertad que omitió imponer el *ad quem*.

Así mismo, considerando que la situación jurídica del vinculado con indagatoria Víctor Segundo Avendaño no ha sido resuelta, sugiere la expedición de copias «Para los Fines Pertinentes.».

Consideraciones de la Corte

Razón asiste a la representación del Ministerio Público en las diversas objeciones, que formula a la demanda. En efecto:

En primer término, la circunstancia de existir un único apelante de la sentencia de primera instancia, no es, como equivocadamente lo entiende el distinguido demandante, lo que constituye la cortapisa consagrada en el artículo 31 de la C.N. para que el fallador de la segunda instancia pueda agravar la pena impuesta en la sentencia de primer grado al procesado. La prohibición para que decisión en tal sentido pueda emitirse por el juez de segunda instancia, dimana de que ese único apelante sea el condenado o su representante judicial, o ambos. Así lo expresa diamantinamente el canon constitucional referido:

«El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único».

Habiendo sido, como en efecto lo registra el caso que ocupa la atención de la Sala, la representación de la parte civil, único apelante de la sentencia que absolvía por uno de los delitos a los individuos acusados en calidad de coautores de falsedad en documento privado y estafa y a la mujer acusada por complicidad en la estafa, y enfrentada esta realidad al mandato superior en comentario, pierde todo fundamento la censura por violación directa de ese precepto, que en ambas demandas se pregona; vale decir, no prospera el cargo y, en consecuencia, los libelos deben ser desestimados.

Ahora, con relación a la advertencia que hace el censor en la demanda de Castrillón Castro consistente en haber el *ad quem* rebasado su competencia al conocer aspectos no impugnados, con olvido del mandato legal que permite inferir que el recurso de apelación se entiende incoado solamente en lo desfavorable, encuentra la Corte una falla de técnica insoslayable pues ha debido presentarlo en cargo separado y a través de la causal tercera, por constituir reproche de tal naturaleza un vicio «*in procerdendo*» que de ser cierto afectaría el debido proceso, falla suficiente para desestimar la demanda.

De otra parte, tampoco le asiste razón al impugnante en su reproche porque para la época en que se recurrió la sentencia, se concedió el recurso y se emitió el fallo recurrido en casación, no regía la Ley 81 de 1993

que fue la que restringió en su artículo 34 la facultad del superior por vía de apelación a los «aspectos impugnados».

El anterior artículo 217 del C. de P.P., bajo el cual se rituó la actuación glosada, establecía.

«Competencia del superior. El recurso de apelación y la consulta permiten al superior decidir sin limitación alguna sobre la providencia impugnada o consultada. Cuando se trate de sentencia condenatoria no se podrá agravar la pena impuesta salvo que el fiscal, el agente del Ministerio Público o la parte civil, cuando tuviere interés, la hubiere recurrido».

Tiénese entonces, que para cuando el Tribunal Superior de Santa Marta resolvió la apelación de la parte civil podía extenderse a todos los temas de trascendencia en el fallo independientemente del sujeto procesal que hubiera recurrido, con la única condición de que, tratándose de sentencia condenatoria, no se agravara la pena señalada en la primera instancia, salvo que los sujetos procesales distintos del condenado -entre ellos la parte civil con interés demostrado- la hubieran objetado.

Razón de más la anterior, tanto en el orden técnico como en el intrínseco del reclamo, para declarar la total ineficacia de la demanda.

De la Casación Oficiosa

La concesión del recurso de apelación de la sentencia de primera instancia suscita en el señor representante del Ministerio Público en esta sede extraordinaria, algunas inquietudes, que lo llevan a considerar la vulneración de la garantía del debido proceso, en los aspectos, tanto de la pena principal de prisión, como de la accesoria de suspensión de la patria potestad, respecto del condenado Castrillón Castro y los demás coprocesados que al igual que él fueron condenados por el Tribunal como coautores del concurso de hechos punibles de falsedad en documento privado y estafa, así no hayan impugnado el fallo.

En cuanto lo primero, se tiene: los tres hombres encausados como coautores del referido concurso delictivo, habían sido condenados en primera instancia solamente por el concurso de estafas a sendas penas de 18 meses de prisión, lo que implicó así mismo, la imposición de obligación indemnizatoria para cada uno en cuantías de cinco millones de pesos y el equivalente a 100 gramos oro por perjuicios materiales y morales respectivamente; así mismo, habían sido absueltos por el delito de falsedad en documento privado.

La mujer enjuiciada como cómplice del concurso de estafas había sido absuelta.

La representación de la parte civil apeló de las absoluciones contenidas en los numerales 2o. y 3o. de la sentencia del Juzgado, y aun cuando

centró primordialmente su inconformidad -según el escrito de interposición del recurso- en la conducta de la cómplice absuelta, y en lo atinente al resarcimiento del daño ocasionado por el delito respecto de los hombres absueltos por el atentado contra la fe pública, si bien se limitó a afirmar la existencia de prueba de responsabilidad, (fls. 921-923 cd.ppl.4), la falta de motivación suficiente en dicha impugnación no le hace perder a la parte civil el interés jurídico para recurrir el fallo en cuanto absolvía a los procesados respecto de un delito por el cual se les formuló resolución acusatoria en claro detrimento de su interés patrimonial por ser perjudicado; menos aún le asiste razón a la Delegada en este punto por no haber expresado el impugnante en concreto la cuantía de los perjuicios que dejaba de percibir con las absoluciones, porque su alegación en las instancias no está sometida a una técnica rigurosa como la exigida en el recurso extraordinario de casación.

Por manera que cuando el Tribunal, haciendo uso de la amplia cobertura que le permitía el entonces vigente artículo 217 del C. de P. P., conoció de todos los aspectos de la sentencia de primer grado y decidió revocarla en cuanto a las absoluciones, su competencia era plena y legítima para redosificar la pena de prisión, aumentándola por razón del concurso y los agravantes que consideró presentes; para imponer las accesorias correspondientes según la ley, para ocuparse de los subrogados y obviamente, para variar la indemnización de perjuicios conforme a lo decidido.

Ahora, la circunstancia de haber mantenido el Tribunal el monto indemnizatorio fijado por el Juzgado respecto de dos coautores, no significa, de acuerdo con la pretensión de la demanda, que el objetivo de la parte civil estuviese satisfecho, como equivocadamente lo entienden Delegado y recurrente extraordinario, sino más bien un desacierto del *ad quem*, respecto del cual nada puede hacer oficiosamente la Corte en sede de casación, ante el silencio de la parte afectada.

Careciendo entonces de razón la Delegada en este concreto punto, no hay lugar a casar el fallo.

En cuanto al segundo aspecto planteado por la Delegada, encuentra la Corte que le asiste toda la razón al demandar la nulidad parcial del fallo por haber impuesto la pena accesoria de suspensión de la patria potestad, sin registrar la sentencia acusada los motivos de esta aflictiva determinación.

Vulnerado de esta manera el derecho a la legalidad del proceso, el yerro debe enmendarse por esta vía extraordinaria, con fundamento en los artículos 228 y 229-1 del C. de P.P., en relación con todos los procesados, incluídos los no recurrentes en virtud de lo ordenado por el artículo 243 del C. de P.P., revocándose esa sanción accesoria y reemplazándola por la obligatoria (art.52 C.P.) de interdicción de derechos y funciones

públicas por término igual al de la de prisión impuesta a cada uno en el fallo y que fuera omitida inexplicablemente por las instancias.

Además, para todos los coautores -incluidos los no recurrentes-, como se observa que las instancias omitieron imponer la multa que como pena principal contempla el artículo 356 del C.P. para el delito de Estafa, se les impondrá a cada uno, como pena principal también, multa de cien mil pesos ($100.000) moneda corriente a favor del Tesoro Nacional y con destino a la Fiscalía General de la Nación.

En cuanto a la mujer absuelta por el Juzgado como cómplice de concurso de estafas, al observarse que el Tribunal incurrió en igual omisión (no imponerle la pena principal de multa ni la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas), por constituir ello desconocimiento del principio universal de legalidad, también habrá que imponerle dichas penas sin que ello sea un quebranto de los arts.31 C.N. y 227 del C.P.P. referidos a la prohibición de agravación punitiva, pues lo que hace la Corte es ajustar la pena por expreso mandato del artículo 230 de la Carta que obliga al Juez en sus decisiones a someterse «únicamente a la ley», y ésta imperativamente señala dichas penas para delitos de la naturaleza del aquí considerado. Se adicionará entonces el fallo respecto de esta procesada con la pena principal de $1.000.oo de multa, a favor del Tesoro Nacional, y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por término igual al de la pena privativa de la libertad impuesta.

Es que, por lo demás, la legalidad de la pena es un imperativo del debido proceso -que es derecho constitucional fundamental-, que no puede estar al arbitrio del fallador, pues la legislación ha previsto determinada clase de sanciones para cada tipo penal, así como los límites dentro de los cuales cada una de esas clases tiene legal operancia.

En el caso presente, el artículo 356 del C.P. ha establecido que junto con la pena de prisión y también en calidad de principal, al responsable se le sancione con multa de un mil a quinientos mil pesos, e igualmente el artículo 52 de la misma obra hace imperativa la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas cuando la principal sea de prisión. No puede en estos eventos el fallador ejercer una discrecionalidad de la cual carece y que admitida, terminaría convirtiéndolo en legislador, con grave detrimento de los principios basilares del Estado de derecho.

En todo lo demás, queda sin modificación el fallo recurrido.

Finalmente y, en cuanto respecto del vinculado con indagatoria Víctor Segundo Avendaño Herrera el Juzgado entonces instructor al definirle la situación jurídica (fl. 341 cd.ppl.2), declaró su no participación en los hechos punibles hasta ese momento procesal y ordenó su libertad, pero jamás resolvió de manera definitiva su situación jurídica, como tampoco se hizo en el restante decurso procesal, se ordenará la expedición de co-

pias de su indagatoria, del auto de definición de su situación jurídica, de las resoluciones calificatorias y de los fallos de las instancias, así como de esta sentencia, con destino a la correspondiente Unidad de Fiscalía, para lo de su cargo.

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

RESUELVE

1.- *DESESTIMAR* la demanda presentada.

2.- CASAR OFICIOSA y PARCIALMENTE la sentencia recurrida, en el sentido de:

a.- REVOCAR la pena accesoria de suspensión de la patria potestad impuesta a todos los procesados condenados por el Tribunal, incluidos los no recurrentes en casación.

b.- ADICIONAR la pena principal impuesta a Tomás Alberto Castrillo Castro, Jairo Daniel Cuello Moreno y Ezequiel Ayala Santoyo, en el sentido de condenarlos a multa de cien mil pesos ($100.000.oo) moneda corriente, a favor del Tesoro Nacional y con el destino que le fija la ley, en calidad de coautores del concurso de delitos de que trata el proceso; e imponerles a todos ellos, la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un término igual al de la pena principal privativa de la libertad impuesta a cada uno en el fallo recurrido.

c.- ADICIONAR la pena principal impuesta a Alma Rosa Montalvo, en el sentido de condenarla a multa de un mil pesos ($1.000.oo) moneda corriente, a favor del Tesoro Nacional y con el destino que le fija la ley, en calidad de cómplice del concurso de delitos por el que se le condenó; y como pena accesoria, imponerle la interdicción de derechos y funciones públicas por término igual al de la pena privativa de la libertad impuesta.

d.- En todo lo demás, queda sin modificación alguna el fallo impugnado.

3.- ORDENAR LA EXPEDICION de copias de que da cuenta la parte motiva de esta providencia, en relación con el vinculado Víctor Segundo Avendaño.

En firme, DEVUELVASE el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda Hugo, Humberto Rodríguez C. (conjuez); *Carlos E.Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

AUDIENCIA ESPECIAL/ PENA/ CONCURSO/ CONEXIDAD/ UNIDAD PROCESAL

Si el primer intento para la celebración de audiencia especial fracasó como consecuencia de la inasistencia del defensor en manera alguna puede derivarse de ello la vulneración del debido proceso por desconocimiento de las garantías procesales, porque el llamado a estar atento a la práctica decretada por el Fiscal es precisamente el interesado que incumplió y nadie puede beneficiarse ciertamente de su propia incuria.

2.-El artículo 26 del C.P. es una norma de las denominadas "modificadoras de los extremos punitivos" que el legislador fijó en los respectivos tipos penales, vale decir, que para el caso concreto -por haberse partido del mínimo precisamente- la pena aplicable era de 10 a 20 años de prisión, luego la punibilidad deducida ciertamente está distante de la suma aritmética de penas que se tendría si cada uno de los hechos punibles deducidos se hubiesen juzgado separadamente, que es lo que trata de evitar el legislador con las figuras del concurso y de la conexidad al imponer su juzgamiento a través de la unidad procesal.

Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C.,dieciocho de abril de mil novecientos noventa y seis.

Magistrado Ponente: Dr. *Dídimo Páez Velandia*

Aprobado Acta No. 58

Proceso No. 9187

Conoce la Corte del recurso de casación incoado por el defensor del procesado Alvaro Garcés Muñoz contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga en la que por confirmación de la de primera instancia se le condena por el delito de Homicidio en concurso homogéneo y sucesivo.

Hechos y Actuación Procesal

En la tarde del 30 de agosto de 1992, llegó Bernabé Garcés Muñoz en compañía de su hermano Alvaro a su residencia ubicada en el barrio Villa

Helena norte, primera etapa, de la ciudad de Bucaramanga, encontrándose en el umbral de la puerta de acceso a su vivienda con los ciudadanos José Eduardo Villamueva Luna y Pedro Oliveros Torres, quienes se dedicaban a conversar. Bernabé, quien desde tiempo atrás sostenía diferencias con José Eduardo, increpó a éste por su supuesta participación en un atentado contra la propiedad de que había sido objeto su compañera Paulina Rojas y de ello surgió una acalorada discusión que culminó, a consecuencia de los disparos de arma de fuego que hizo Alvaro Garcés sobre la humanidad de Villanueva y Oliveros Torres, con la muerte del primero en el mismo sitio de los acontecimientos al paso que al segundo, lo remató mientras herido corría a refugiarse en su residencia.

La investigación la asumió la Fiscalía 24 de la Unidad de Previas y permanente de la ciudad de Bucaramanga, la cual una vez evaluadas las primeras diligencias de indagación pasó el expediente a la Unidad de Fiscalía Especializada de su seccional, correspondiendo el conocimiento del caso al Fiscal Cuarto, quien definió situación jurídica al procesado en septiembre 9 de 1992, con detención preventiva por el doble delito de homicidio en las personas de José Eduardo Villanueva Luna y Pedro Oliveros Torres.

El mismo Fiscal calificó el mérito del sumario, con resolución acusatoria el 4 de enero de 1993, comprometiendo a GARCES MUÑOZ como autor material del doble homicidio simple referido.

Recurrida la decisión en apelación por la defensa, la Fiscalía Segunda Delegada ante el Tribunal Superior de Bucaramanga, la confirmó íntegramente en providencia de febrero 9, iniciándose así la etapa del juicio que estuvo a cargo del Juzgado Quinto Penal del Circuito de Bucaramanga, el que practicó pruebas en la causa, celebró la respectiva audiencia pública y profirió, en Junio diecisiete de 1993, sentencia de condena en contra de Alvaro Garcés Muñoz, imponiéndole la pena principal de dieciséis años de prisión y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un período de diez años. Negó además el subrogado penal de la condena de ejecución condicional y le impuso la obligación de resarcir el daño civil ocasionado con los delitos, tasando los perjuicios materiales en la suma de $286.808.oo por daño emergente y por lucro cesante, el equivalente a seiscientos gramos oro, y los morales en doscientos gramos de dicho metal, haciendo beneficiarios de ellos a la compañera permanente del occiso José Eduardo Villamueva y a los padres del también obitado Pedro Oliveros Torres.

Del fallo en cuestión conoció por vía de alzada el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, confirmándolo en octubre 11 de 1993 mediante el suyo, contra el cual recurrió extraordinariamente en casación la defensa.

La Demanda

Con invocación de la causal primera de casación prevista en el artículo 220 del C.de P.P., dirige el censor un cargo único en contra de las sentencias por ser «violatorias de una norma sustancial» (artículo 61 del Código Penal).

Como modalidad del error en la aplicación de la preceptiva sustancial aduce el de derecho y explica, entonces, que éste se dió en la medida en que no obstante reconocer los fallos de primera y segunda instancia que en la conducta atribuída a su cliente concurrieron varias circunstancias de atenuación punitiva, *verbi gratia* su presentación voluntaria a las autoridades, su buena conducta anterior, el haber actuado bajo los efectos del alcohol y haber sobrevenido el hecho después de una agria discusión con las víctimas, esos fallos emitidos no son consecuentes con tal reconocimiento porque al tasar el primero la pena imponible al procesado y teniendo como base el dicho reconocimiento, termina imponiendo una pena que no corresponde con el mismo, confirmada luego por el Tribunal, aproximándose extrañamente al tope que derivaría de una suma aritmética de penas teniendo en cuenta que se trató de dos homicidios simples, con lo que materializó un injusto en la medida en que aquello de lo que legalmente debía derivar el procesado un beneficio, vino a resultarle mayormente gravoso, por una aplicación indebida del artículo 61 del Código Penal.

Como consecuencia de sus asertos, el censor impetra la infirmación del fallo atacado y el proferimiento de uno sustitutivo que se acomode a las propias razones aducidas por los sentenciadores de instancia cuando se ocuparon de la tasación de la pena.

El Procurador

Sin referirse inicialmente a la demanda de casación presentada consigna la Procuradora Segunda Delegada en lo Penal, encargada, sus propias razones que, dice, son suficientes para derrumbar el fallo y dejar sin valor lo actuado a partir inclusive del auto por medio del cual se clausuró la investigación (el de diciembre 9 de 1992).

Arguimenta la Delegada que el procesado Alvaro Garcés Muñoz solicitó desde la misma etapa de investigación y ante el propio Fiscal Instructor la celebración de la audiencia anticipada del artículo 37 del C. de P.P. previa la negociación de la pena, sin que tal prerrogativa legal le fuera atendida, pues nunca llegó a celebrarse el susodicho acto.

Agrega el Procurador que aunque se hizo un primer intento para la práctica de la audiencia de terminación anticipada del proceso, sin que hubiese sido posible evacuarla en aquella ocasión por la inasistencia del defensor, no aparece dentro del plenario constancia relativa al hecho del

por qué dejó de practicarse en la segunda fecha que fijó la Fiscalía, no obstante que figuran constancias sobre la solicitud de remisión del preso para su práctica y el enteramiento personal del defensor lo que, a su modo de ver, indica una evidente contrariedad entre aquello que manda el principio del debido proceso y lo que surge de la realidad procesal, esto es, la vulneración de las garantías procesales, porque al sindicado debió garantizársele el agotamiento de aquel mecanismo procesal orientado a la terminación anticipada del proceso.

Posteriormente, a instancia de la Corte, el Delegado encargado se pronunció desfavorablemente a la prosperidad de la demanda por carecer de fundamento, según las reflexiones plasmadas en los fallos de las instancias para deducir la dosificación punitiva.

Consideraciones de la Corte

1.- Se ocupará previamente la Sala de la propuesta de la Delegada, orientada a la invalidación del rito por haberse pretermitido un paso esencial del mismo pues, de prosperar resultaría innecesario ocuparse de los cargos referidos en la demanda de casación presentada por el defensor del procesado Alvaro Garcés Muñoz.

Si bien es cierto que la situación fáctica sobre la cual apoya la tesis la Delegada tiene asidero en la realidad procesal, pues es verdad que el procesado por iniciativa propia y ante el Fiscal Instructor solicitó la práctica de la audiencia especial en cita, también lo es que su no práctica tiene una explicación y connotación procesal diversa de la dada por el proponente. En efecto: nótese, ante todo, que no fue producto de la negligencia del Fiscal instructor el que no se hubiese celebrado dicho acto, pues fueron dos las fechas que fijó aquél para ello, y tampoco hubo descuido de la secretaría, porque oportunamente se hicieron las citaciones respectivas y se solicitó al detenido en remisión solo que, llegada la primera fecha fijada para ese acto, no acudió el defensor del procesado imposibilitándose así la práctica de la susodicha audiencia; mientras que, en relación con la segunda fecha señalada, emerge, así inexista de ello constancia procesal expresa, que tampoco por descuido o desinterés del funcionario no logró llevarse a cabo la audiencia especial de juzgamiento anticipado.

Es evidente que si el primer intento para la celebración de dicha audiencia fracasó como consecuencia de la inasistencia del defensor, que era el mismo que recurre en casación y el autorizado por la norma vigente entonces (art.37 C.P.P.) para negociar la pena con el Fiscal y el procesado, en manera alguna puede derivarse de ello la vulneración del debido proceso por desconocimiento de las garantías procesales, porque el llamado a estar atento a la práctica decretada por el Fiscal era precisamente el interesado que incumplió (el defensor) y nadie puede beneficiarse ciertamente de su propia incuria. Ahora bien, que tampoco en la segunda fecha

fijada se hubiese logrado la práctica de dicha audiencia, no sugiere ni menos se confirma la vulneración que destaca la Delegada, porque la Fiscalía cumplió con citar en la forma legal exigida a quienes debían concurrir al acto. Si no existe constancia dentro del proceso del motivo que impidió en esa segunda ocasión la práctica de la audiencia especial de juzgamiento, ello obedece a un yerro secretarial que en nada desdibuja el propósito que incentivó al Fiscal de proteger y garantizar las formas procesales y respetar aquella prerrogativa legal de acceder a una sentencia anticipada que, por lo demás, con razón, su no realización no se alegó por los directos interesados en las instancias ni en esta sede casacional como desconocimiento de sus derechos; pero obsérvese que ni siquiera se insistió en tal pedimento, con lo que implícitamente ha de entenderse que desestimaba la conveniencia de la diligencia, limitándose la defensa a impetrar el allegamiento de otros elementos de convicción (folios 78, 83 y 85 del cuaderno original No 1), e instando con ello a la Fiscalía instructora a proseguir el trámite ordinario del proceso, como efectivamente sucedió. La conducta concluyente asumida por la defensa que, por lo demás, estaba notificada de la citación a audiencia anticipada (fol.73 v.), no permite duda sobre su cambio de opinión en calidad de parte interesada en el asunto y, por tanto, sobre la inexistencia de irregularidad sustancial alguna por parte de los administradores de justicia.

Carece entonces de sustento legal la supuesta vulneración del debido proceso y de la defensa, por lo que se desatenderá el reclamo de nulidad oficiosa que formula la Procuraduría Delegada.

2.- Respecto de la demanda presentada, encuentra la Corte que aunque no precisa el sentido de la violación de la ley sustancial (directa o indirecta), como ha debido hacerlo, claro resulta del desarrollo que el reproche se funda en una violación directa por aplicación indebida del artículo 61 del Código Penal.

El actor sostiene que, a esa violación se llegó porque no obstante haberse reconocido en el fallo de primer grado, confirmado luego integralmente por el Tribunal, que en la conducta atribuida a Garcés Muñoz concurrían plurales circunstancias genéricas de atenuación punitiva, la pena que en definitiva se impuso al acusado lejos estuvo de materializar las consecuencias de favor que se derivaban de dicho reconocimiento, acercándose, en cambio, la tasación al tope máximo derivado de una suma aritmética de penas, por el concurso de delitos materia del juzgamiento, lo que es indebido.

Carece de razón el impugnante en el cuestionamiento que hace a los fallos de las instancias, pues si se examinan detenidamente los contenidos de éstos habrá de concluirse necesariamente que ninguno de ellos incurrió en el yerro que destaca la demanda. En efecto: el Juzgado, si bien anunció que dosificaría la pena de acuerdo con los criterios señalados en

el artículo 61 del Estatuto punitivo, al hacerlo dijo: «...el delito de homicidio que preceptúa el artículo 323 del Código Penal, determina que el que matare a otro incurrirá en prisión de diez a quince años, de tal modo que *partiremos de su mínimo, es decir, de diez (10) años*, sin embargo, por *presentarse la figura del concurso conforme al artículo 26 ibidem*, pues las acciones desarrolladas por Alvaro Garcés Muñoz, recayeron en dos personas, José Eduardo Villanueva Luna y Pedro Oliveros Torres, *deberá incrementarse los diez años en seis (6) años más*, lo que quiere decir, que la pena a señalar como principal a Alvaro Garcés Muñoz, será de Dieciséis (16) Años de Prision, que deberá purgar en el establecimiento carcelario que le designe el Gobierno Nacional, como autor responsable del delito de Homicidio en José Eduardo Villanueva y Pedro Oliveros Torres. Como pena accesoria se le impondrá la interdicción de derechos y funciones públicas por un tiempo de diez años». (fl.87 C.1, las negrillas fuera de texto).

Por su parte, cuando el Tribunal al revisar el fallo sostiene que el *a quo* para fijar la pena «sí tuvo en cuenta los criterios dosimétricos de los artículos 61, 64, 66 y 67 del Código Penal», no lo hace con el alcance que le atribuye el casacionista, ya que seguidamente sostuvo dicha Corporación: «pues partió del mínimo de diez años de prisión señalado en la norma aplicable, esto es, el artículo 323 del estatuto punitivo, *pero como se trataba de un concurso de homicidios siguiendo lo normado en el artículo 26 le aumentó seis años*, para un total dieciséis años de prisión, pena justa y equitativa en consideración a las circunstancias que rodearon los hechos...» (fl.48 C. de Tribunal, la negrilla fuera de texto).

Lo sostenido por el Tribunal es, entonces, sencillamente la explicación del por qué se aplicó el mínimo de la sanción en el presente caso, esto es, con total respeto de los «criterios legales para fijar la pena» (art.61) y según las circunstancias genéricas de «atenuación punitiva» (art.64) y de «agravación punitiva» (art.66), porque perentoriamente el art.67 ordena que «Sólo podrá imponerse el máximo de la pena cuando concurran únicamente circunstancias de agravación punitiva y el mínimo, cuando concurran exclusivamente de atenuación...». Por ello, el párrafo siguiente del Tribunal, que transcribe la demanda : «Hechas estas precisiones, a juicio de la Sala, el cognoscente realizó una acertada tasación de la pena e impuso una justa y equitativa sanción, en consideración a que concurren plurales circunstancias de atenuación punitiva...» (fl.51 C.Tribunal).

Por manera que cuando la defensa ataca la sentencia por violación directa del artículo 61 del C.P. por lo que denomina indebida aplicación o «aplicación al revés» de ese precepto, doblemente desacierta: primero, porque las instancias al determinar la pena más grave aplicable seleccionaron la del homicidio cuyo mínimo era de diez (10) años de prisión (art.323

C.P.) y de ese mínimo partieron en consideración a «las plurales circunstancias de atenuación» existentes, en acatamiento estricto del contenido de los artículos 61 y 67 del Estatuto punitivo, para hacer el incremento ordenado en el artículo 26 del C.P. y, lo segundo, porque los seis años que aumentaron a ese mínimo no fueron en razón al precepto que cita como violado, el art.61, sino al que regula el concurso (art.26), luego si su inconformidad se circunscribía a dicho incremento, obviamente era su deber señalar este precepto y no aquél, como la norma sustancial aplicada indebidamente.

Ahora, es verdad que el casacionista al desarrollar el cargo alude al artículo 26 del C.P., pero lo hace apenas tangencialmente cuando refiriéndose en concreto al artículo 61, dice: «En otras palabras se aplican pero al revés. En lugar de beneficiar perjudican pues a diez y seis (16) años solo le faltan cuatro (4) para producir una acumulación francamente aritmética, vulnerando igualmente el artículo 26 del Código Penal» (fl.63), es decir, incurre en falla técnica insalvable toda vez que desarrolla la violación directa de un precepto sustantivo no enunciado en el cargo como aplicado indebidamente y, además, su afirmación queda como simple enunciado, esto es, huérfana de demostración alguna lo cual necesariamente implica el fracaso del reproche.

De otra parte, olvida el casacionista que el artículo 26 del C.P. es una norma de las denominadas «modificadoras de los extremos punitivos» que el legislador fijó en los respectivos tipos penales, vale decir, que para el caso concreto -por haberse partido del mínimo precisamente la pena aplicable era de 10 a 20 años de prisión, luego la punibilidad deducida ciertamente está distante de la suma aritmética de penas que se tendría si cada uno de los hechos punibles deducidos se hubiesen juzgado separadamente, que es lo que trata de evitar el legislador con las figuras del concurso y de la conexidad al imponer su juzgamiento a través de la unidad procesal.

Carece, entonces, de fundamento el cargo formulado en la demanda pues no hubo indebida aplicación de los artículos 61 y 26 del C.P.; ambas instancias al dosificar la pena hicieron uso adecuado de la discrecionalidad que les daba la ley para moverse dentro de unos límites legalmente determinados y en desarrollo de ella, impusieron la pena privativa de la libertad que consideraron justa frente al doble homicidio simple imputado al procesado.

No prospera, en consecuencia la demanda.

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

RESUELVE

NO CASAR el fallo impugnado extraordinariamente. En firme, regrese la actuación al Tribunal de origen.

Cópiese y cúmplase.

Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Carlos A. Gálvez Argote, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

COMPETENCIA/ ALCALDE/ CONFESION

1.- El artículo 70 del Código de Procedimiento Penal de 1987 (Decreto 050), al señalar la competencia de los jueces superiores, disponía, en su literal c): Los Jueces Superiores del Distrito Judicial, conocen: "De los hechos punibles cometidos por los Alcaldes en ejercicio de sus funciones o por razón de ellas". Y el artículo 73 ibidem, mediante el cual se fijaba la competencia de los Jueces de Instrucción, decía textualmente: "Los Jueces de Instrucción investigarán y calificarán los procesos por los delitos de competencia de los Jueces del Circuito y Superiores".

Frente a la claridad de los textos, cualquier consideración adicional resulta innecesaria.

2.- Una confesión se torna calificada cuando el indagado admite haber llevado a cabo la conducta típica, vinculando esta aceptación a una circunstancia modificante de la punibilidad en pro del reo.

Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Penal.- Santa Fe de Bogotá, D. C., dieciocho de abril de mil novecientos noventa y seis.

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

Aprobado Acta No.58

Proceso No. 9495

Conoce la Sala del recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de 2 de diciembre de 1993, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué condenó al procesado Edgar Rubio Aranda a la pena principal de 2 años de prisión, al declararlo responsable del delito de peculado por apropiación.

Antecedentes

1.- Los hechos materia del proceso los resume de la siguiente manera el fallo de primera instancia:

"Tuvieron ocurrencia entre el 6 de septiembre de 1989 y el 28 de enero de 1990 y consistieron en que el Plan Nacional de Rehabilitación (P.N.R.) para el Tolima, por conducto de la Corporación para la Promoción del

Desarrollo Rural y Agroindustrial del Departamento del Tolima 'Prohaciendo', el día 6 de septiembre de 1989, giró dos cheques de su cuenta corriente No.066-01790-6 del Bancafetero de Ibagué, distinguidos con los números 0412747 (fls.140) y 0412748 (fls.149), por la suma de $1'750.000.oo cada uno, para un total de $3'500.000.oo, con destino a la construcción de obras de infraestructura y ornamentación de las vías carreteables 'Revés-La Camelia' y 'Cuinde la Yuca'. Dichos cheques fueron girados en favor de la Alcaldía Municipal de Cunday y recibidos por el titular de ese Despacho, Edgar Rubio Aranda, quien en lugar de consignarlos en una de las cuentas del Municipio o de abrir una nueva a nombre del mismo por el P.N.R., los consignó en su cuenta personal de ahorros No.16302363-3 que posee en la agencia del Banco Cafetero de Cunday, el 14 de septiembre de 1989 y desde esa comenzó a realizar retiros a título personal por diferentes sumas, habiendo hecho el último el 28 de enero de este año (1990), por la suma de $50.000.oo quedando un saldo de $110.312.oo en la misma y estableciéndose por la comisión de veedores del P.N.R. de Cunday, que el dinero no fue invertido en las obras de infraestructura para el cual estaba destinado, cuando menos, hasta el 5 de febrero de 1990, fecha en la cual se realizó la última inspección a los sitios de las carreteras en las que debieron haberse construído 68 alcantarillas. Fue la razón por la que el concejal y miembro de la comisión de veedores del P.N.R., Humberto Villa Herrera, procedió a formular la denuncia penal que dió origen a la presente investigación» (Fls.268-5).

1.- Con fundamento en la denuncia formulada por Humberto Villa Herrera y las pruebas practicadas por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Cunday, el Juzgado 35 de Instrucción Criminal de Melgar, a donde pasaron las diligencias por competencia, abrió investigación el 19 de julio de 1990 (fls.161-1).

-Al proceso fueron aportados los comprobantes relativos al giro y entrega de los referidos cheques Nos.0412747 y 0412748, cada uno por valor de $1'750.000.oo, documentos de los que se desprende que el Plan Nacional de Rehabilitación (P.N.R.) giró a la Alcaldía Municipal de Cunday, por conducto de la Corporación para la Promoción del Desarrollo Rural y Agroindustrial del Departamento del Tolima (PROHACIENDO), los dineros indicados, para la construcción de 34 alcantarillas en la carretera «Revés-La Camelia» y otras tantas en la vía «El Cuinde-La Yuca» (fls.6, 82 y ss.-1).

-Los citados cheques fueron recibidos el 6 de septiembre de 1989, directamente por el Alcalde de entonces Edgar Rubio Aranda, quien los consignó en su cuenta de ahorros personal del Banco Cafetero de Cunday, para luego proceder a su retiro (fls.57.92 y 178-1).

-En inspección judicial practicada en la entidad bancaria, se determinó que los $3'500.000.oo ingresaron efectivamente a la cuenta de ahorros

el 14 de septiembre, y que su titular, señor Edgar Rubio Aranda, retiraba paulatinamente dineros, bien personalmente, o mediante autorización a personas como su esposa Luz Angela Trujillo, su hermano Gildardo Rubio Aranda, su chofer Andrés Felipe Parra y Jesús Hernando Amariles López (fls.168 y vto. -1.).

-El Tesorero del Municipio, Jesús Abel Villoria Aranda, declaró que el valor de este auxilio no ingresó a las cuentas oficiales, porque el procesado nunca lo entregó (fls.170 y ss-1).

-El Secretario del Banco Cafetero de Cunday, Amadeo Lozano Gutiérrez, dijo que permitió la consignación de los cheques en la cuenta personal del señor Alcalde porque el Gerente de la entidad, Carlos Eduardo Saniniguel, lo autorizó (fls.21 y ss.-4). Esta afirmación, fue luego desmentida por Saniniguel, quien declaró no haberlo hecho, como se puede constatar con la consignación, en la cual no aparece el visto bueno de la Gerencia. (fl.42-4).

-Eulises Reyes Díaz, Coordinador del Plan Nacional de Rehabilitación para el Oriente del Tolima (fl.22-1), Hernando López Henao (fl.27 vto.-1), Heriberto Vásquez Serna (fls.30-1, 21-5), Jaime Arturo Quintero Aranda (fl.95 vto.) y Humberto Villa Herrera, miembros del Consejo Municipal de Rehabilitación, declaran que en el mes de enero y primeros días de febrero de 1990, efectuaron visitas a las vías El Culnde-La Yuca y El Revés-Camelia, con el propósito de verificar la ejecución de las obras, pero que no vieron ninguna iniciada, al menos hasta esas fechas, encontrándose sí algunos materiales, respecto de los cuales no se pudo establecer si estaban destinados al objeto de los respectivos contratos.

-En Inspección judicial practicada en la vía El Revés-La Camelia, el 13 de junio de 1989, se comprobó la existencia de 21 alcantarillas construídas y de algunos materiales en la casa Fiscal del Municipio, habitada por Gustavo Carvajal Rey, y en la de propiedad de Luis Alberto Trujillo Vargas, suegro del Alcalde. La vía El Culnde La Yuca no pudo ser inspeccionada por el mal estado en que se encontraba. Antenor Ospina Herrera, constructor, manifestó en esta diligencia que las obras se habían iniciado en enero de ese año, pero que en la vía El Culnde-La Yuca aún no habían empezado por el mal estado de la misma (fls.132-1).

-Luis Alberto Trujillo Vargas y Gustavo Carvajal Rey, confirmaron haber recibido materiales en sus casas con destino a dichas obras (fls.13 y 14 vto.-2).

-Inicialmente en versión (fls.117-1), el imputado Rubio Aranda aceptó haber recibido los cheques mencionados, pero explicó que después de consultar con el Gerente del Banco por la forma más expedita de cobrar el dinero, fue autorizado para consignarlos en su cuenta personal. Agregó que no se apropió del dinero sino que lo invirtió en compra de material,

que era su destino oficial. Al terminar su exposición, aseguró haber comprado materiales a Pedro Sánchez Figueroa (madera), Piedad Lizcano de Ospina (cemento y tubos), Ernesto Godoy (varilla, puntillas y alambrel y Simón Nelson Ortiz (piedra, gravilla, arena). (fl.117-1).

En su injurada, repite en esencia lo anterior, agregando que no se hacían cuentas de cobro para la cancelación de las facturas correspondientes. Añade que autorizó a diversas personas para que retiraran los dineros, los cuales fueron utilizados para pagar a quienes le vendieron los materiales (fl.214-1).

-Luz Angela Trujillo García y Gildardo Rubio Aranda, cónyuge y hermano del sindicado, respectivamente, afirmaron haber efectuado retiros de la cuenta personal de éste con su autorización, dinero que inmediatamente le entregaban, quien lo utilizaba para la cancelación de cuentas por adquisición de materiales para las vías El Cuinde-La Yuca y El Revés-La Camelia (fls.3 y 5-2). Declaró también sobre lo mismo Jesús Hernando Amariles López, quien dijo que el retiro por veinte mil pesos que aparece a su nombre, fue para pagarle un dinero que le adeudaba el Municipio por su trabajo en la pavimentación de la calle donde el Alcalde tiene la casa (fls.41 vto.-4).

Pedro Sánchez Figueroa (fls.15 vto.-2), Simón Nelson Ortiz (fls.18-2) y Piedad Lizcano de Ospina (fls.16-4), confirman que vendieron materiales al Municipio, para ser utilizados en las obras El Revés-La Camelia y Cuinde-La Yuca. La última declarante, agrega que los pagos por venta de tubos y cemento se los hicieron mediante cheques de la Tesorería.

-Se dictó medida de aseguramiento de caución contra Rubio Aranda, por el delito de peculado por uso (fls.220 y ss.-1).

-Angel María Gutiérrez Culma, declaró haber asistido a la reunión en la cual le fueron entregados los cheques al Alcalde Rubio Aranda, y que le consta que con esos dineros se construyeron 22 obras en la Vereda La Camelia, pero que en El Revés no se hizo ninguna. Agrega que le han dicho que en el depósito hay un poco de cemento perdido y una cantidad de tubos para alcantarillas y que el Alcalde Rubio Aranda les dijo que todo el dinero lo invirtió en la compra de esos materiales (fls.39 y ss.-1).

-Alfonso Barrios Fandiño, miembro de la Junta de Acción Comunal de La Camelia, declaró que el contrato en su Vereda lo ejecutó el Ingeniero Antenor Ospina, quien hizo 22 alcantarillas. Y agrega: «en El Revés la mayoría de esas alcantarillas ya estaban, entonces las hicieron en La Camelia, hasta donde pudo entrar el carro..., en Cuinde no se pudo porque no entraban ni las mulas. Creo que con esa plata compró el señor Edgar Rubio, los materiales, creo que quedó lo de Cuinde los materiales en el depósito en el solar de don Alberto Trujillo, y el cemento en una casa del Municipio... Había más o menos 700 bultos de cemento»... esas obras

no se terminaron por causa del invierno... El Alcalde nos dijo que ahí estaban los materiales para la alcantarilla, pero no nos dijo cómo los habían comprado, ni a dónde...» (fls.40 y vto.).

2.- El Juzgado 35 de Instrucción Criminal de Melgar cerró la investigación y la calificó mediante auto de 27 de mayo de 1992 (fls.28 y ss-5), con resolución acusatoria contra Rubio Aranda por el delito de peculado por apropiación de que trata el artículo 133 del Código Penal, providencia que, apelada por el defensor del acusado, fue confirmada por la Fiscalía Cuarta Delegada ante el Tribunal de Ibagué (fls.109 y ss.).

El Juzgado Primero Penal del Circuito de Melgar asumió la causa, practicó algunas pruebas, celebró audiencia pública (fls.222, 258-5) y, mediante fallo de 19 de julio de 1993, en armonía con la acusación, condenó al procesado a las penas principales de 2 años de prisión, multa de $10.000.oo e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término, como autor responsable del delito de peculado por apropiación. De igual manera, al pago de los perjuicios, y le otorgó la condena de ejecución condicional (fls.268-5).

Apelado el fallo por el defensor del procesado, el Tribunal, por medio del suyo que recurrió en casación el primero, lo confirmó enteramente (fls.44 y ss.-6).

La Demanda

Cargo Primero

Al amparo de la causal primera del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, el casacionista acusa el fallo impugnado de violar indirectamente la ley sustancial, al incurrir en errores de hecho consistentes en desconocer la existencia en el proceso de los testimonios de Amadeo Lozano Gutiérrez, Piedad Lizcano de Ospina, Alfonso Barrios Fandiño, Jesús Abel Villoria Aranda, Angel María Gutiérrez Culma, Jesús Hernando Amariles López, Luz Angela Trujillo, Rafael Emilio Leyva Páez, Gildardo Rubio Aranda, Heriberto Vásquez Serna, Eulises Reyes Díaz y Luis Alberto Trujillo Vargas, así como las inspecciones judiciales practicadas para verificar la ejecución de las obras y la presencia de materiales de construcción, la certificación expedida por el Banco Cafetero de Cunday visible a folios 60 del primer cuaderno, los recibos y facturas hallados en la Alcaldía Municipal de Cunday (fls.1 a 10), y la confesión calificada del procesado Edgar Rubio Aranda (fls. 89 y 90 6).

Sostiene que de no haber sido ignorados esos elementos de juicio la sentencia habría tenido que ser de absolución, ya que por el solo hecho de haber consignado unos cheques oficiales en su cuenta de ahorros personal, no puede predicarse la comisión del delito de peculado por apropiación, «porque para que éste se dé, necesariamente debe suceder un

desplazamiento de los dineros públicos al patrimonio personal del funcionario o del tercero, y con el propósito cierto de querer tomarlos para sí, cuestión que no se da en el caso presente» (fls. 90).

Dice que según el testimonio de Amadeo Lozano, el Gerente del Banco Cafetero autorizó a Rubio Aranda para consignar el dinero en su cuenta personal, ya que no había «cuenta específicamente afectada a nombre del Municipio de Cunday para consignar tales dineros para esa obra concreta y ante la imposibilidad de abrir una por la carencia de la autorización de la Contraloría Departamental» (fl. 91).

Concretamente sobre los testimonios de Luz Angela Trujillo, Gildardo Rubio Aranda, Andrés Felipe Parra Parra y Jesús Fernando Amariles López, asegura que con ellos se demuestra que los dineros fueron retirados del Banco con autorización de Rubio Aranda, pero también que fueron gastados en materiales de construcción para las mencionadas obras.

Anota que según inspección judicial llevada a cabo en las nombradas vías, se pudo constatar la existencia material de 21 obras de ornamentación y de elementos de construcción. Que los recibos y facturas encontrados en la Alcaldía Municipal, prueban la compra de los referidos materiales. Y, que con la declaración de Gutiérrez Culma se establecen los pormenores e incidencias que rodearon la construcción de las obras de ornamentación de las Veredas El Revés, La Camelia, Cuinde, La Yuca, al igual que las razones que se tuvieron para no iniciar las obras en las vías El Revés-La Camelia, Cuinde-La Yuca. Destaca la afirmación que este deponente hace en el sentido de haber recibido «las obras a entera satisfacción» y de estar «siendo utilizadas», hecho que es corroborado «por la certificación de la Personería sobre recepción de obras y materiales comprados [sic] con los dineros de los cheques girados por el P.N.R. y que fueron consignados por el sindicado» (fl. 92-6).

Insiste en que el juzgador al no tener en cuenta el contenido de estas declaraciones y documentos, incurrió en error de hecho por falso juicio de existencia, al referirse a ellos de manera abstracta y genérica, «sin entrar a analizar de modo preciso y concreto y citando específicamente cada medio probatorio el tenor literal de lo dicho por cada uno de los declarantes y lo que se extracta [sic] de cada documento considerado en particular» (fl. 92).

Asegura que, de este modo, el Tribunal quebrantó «el contenido y los alcances de la norma del artículo 133 del Código Penal en armonía con el 1° y 2° del mismo y 264 y 279 del C. P. C., lo mismo que el 254, 303 y 247 del Código de Procedimiento Penal», por cuanto sin existir prueba de la apropiación, condenó al procesado por el referido ilícito. Además omitió tener en cuenta los documentos públicos y privados auténticados, los que al no estar tachados de falsedad debió tenerlos en el valor probatorio que legalmente les corresponde, el valor de plena prueba (fls.93 y 94).

Señala que los errores anotados lo condujeron a otro yerro de facto, al no aceptar el fallador la «confesión calificada del procesado dada en su injurada, en donde éste acepta haber consignado en su cuenta de ahorros, los cheques oficiales girados por el P. N. R.; hecho que lo perjudica, pero alega haber actuado así por sugerencia del Director del Banco Cafetero de Cunday», circunstancia que lo coloca dentro de la causal de inculpabilidad del artículo 40 del Código Penal, numeral 4° (fl.94).

Concluye diciendo que al procesado se le condenó «por una conducta que no es típica, ni antijurídica y menos culpable, con evidente violación de los artículos 1°, 2°, 3°, 4°, 5°, 35, 36, 39, 40.4 del Código Penal y 246, 247, 254, 264, 279, 300, 301, 302 y 303 del Código de Procedimiento Penal» (fls.94 y 95). Por estas razones, pide que se case la sentencia recurrida y se absuelva al acusado.

Cargo Segundo

Dentro del marco del cuerpo primero de la causal primera de casación, el casacionista afirma que se violó directamente la ley sustancial, «por error de derecho, ya que el juzgador de la segunda instancia dejó de aplicar la norma contenida en el artículo 38 de la Ley 81 de 1993 que reformó el artículo 299 del procedimiento penal, al haber confirmado la pena impuesta...» (fl. 96).

Sostiene que de la simple lectura de la indagatoria se desprende que el procesado confesó, pero que aún así no se le concedió rebaja alguna, lo cual permite afirmar que el Tribunal «incurrió en un error de derecho de modo directo» al no aplicar el artículo 299 del estatuto procesal (fl. 98).

En estos términos, pide que se case la sentencia impugnada y se entre a restablecer el orden jurídico quebrantado.

Cargo Tercero

Con fundamento en la causal tercera de casación, el censor acusa la sentencia impugnada por haberse dictado en un juicio viciado de nulidad, «por cuanto el proceso se adelantó en una investigación en donde se profirió auto cabeza de proceso por funcionario incompetente», con violación de los artículos 29 de la Constitución Nacional, 70 del Decreto 050 de enero 13 de 1987, 72 del Decreto 2700 de 1991, y 304 y 305 del Código de Procedimiento Penal».

En orden a demostrar esta censura, el actor argumenta:

«Según se lee a folio 161 del cuaderno No.1, el Juzgado 35 de Instrucción Criminal, con sede en Melgar (Tol), dictó el día 19 de julio de 1990, auto cabeza de proceso, o sea el de apertura de la investigación. Se establece igualmente, del texto del artículo 70 del Decreto 50 de 1987, que la competencia de los Jueces Superiores de Distrito Judicial para conocer

'*De los hechos punibles cometidos por los alcaldes en ejercicio de sus funciones o por razon de ellas*' le está radicada conforme a esta norma.

»En este orden de ideas, al Alcalde Edgar Rubio Aranda se le juzgó en un juicio viciado de nulidad absoluta, pues un funcionario -Juez Instructor- al dictar auto cabeza de proceso se abrogó una competencia que la ley procesal penal vigente por la época en que los hechos tuvieron ocurrencia, se la adscribía al Juez Superior del Espinal (Tol), por lo que fue juzgado por un funcionario incompetente y quebrantándose la garantía constitucional del debido proceso y con la inobservancia de las formas propias de este juicio, por lo que se quebrantó el precepto de rango constitucional consagrado por entonces en el artículo 26 de la Constitución de 1986 y hoy en el artículo 29 de la Carta Magna de 1991. De este modo el proceso en que se dictó la sentencia del 2 de diciembre de 1993, está viciado de nulidad absoluta, pues se violó el precepto del artículo 26 de la Constitución de 1986, y el artículo 29 de la Carta Política de 1991, y los preceptos legales de los artículos 305, 306, 307 del Decreto 050 de 1987 y 304 y 305 del Decreto 2700 de 1991 los artículos 70 del derogado código de procedimiento penal y 72 del vigente« (fls.98 y 99 del Cuaderno No.6).

Concepto del Ministerio Público

1.- Respecto de la nulidad propuesta por el actor, el Procurador Segundo Delegado en lo Penal sostiene que la motivación de la censura es del todo infundada, porque si se estudia la normatividad que fijaba la competencia para la realización de las etapas de instrucción y juzgamiento, cuando la investigación se inició, se observa que dichos preceptos asignaban para una y otra a los Jueces de Instrucción Criminal y Superiores.

Agrega que si el Juzgado Primero Penal del Circuito de Melgar avocó el conocimiento de la causa mediante auto de 18 de noviembre de 1992, fue porque el nuevo Código de Procedimiento Penal (Decreto 2700 de 1991, que entró en vigencia el 1° de julio de 1992) así lo dispuso, al eliminar la categoría de los Juzgados Superiores. Y, que tampoco era aplicable al caso la norma de competencia retenida (art.13 transitorio), porque la audiencia no se había iniciado.

Pide entonces que el cargo sea desechado

2. Sobre la no apreciación por parte del Tribunal de algunos elementos de prueba, la Delegada empieza diciendo que si bien el fallo atacado no hace mención expresa a cada uno de ellos, concretamente a los testimonios, la sentencia de primera instancia sí los relaciona, de lo que se deduce que en verdad fueron apreciados en su conjunto por los falladores, dada la unidad inescindible que surge entre las dos sentencias (fls.20 infra y 22).

Agrega que la impugnación revela el propósito del casacionista de hacer prevalecer su criterio sobre la evaluación probatoria hecha por el fallador, olvidando que la misma está cobijada por la doble presunción de acierto y legalidad.

Sostiene que cuando el censor se refiere a los documentos públicos y privados, para afirmar que el Tribunal debió darle el valor de plena prueba que la ley les asigna, se apartó del error de hecho por falso juicio de existencia que había invocado, para entrarse en el campo del «error de derecho por falso juicio de convicción, viraje que no resulta lógico y mucho menos atendible en esta sede extraordinaria» (fl.22).

Al margen de lo anotado, asegura que la apropiación de los dineros oficiales por parte del procesado está demostrada con la documentación pertinente y las inspecciones judiciales practicadas. El dinero, dice, «ingresa al patrimonio de Rubio Aranda confundiéndose con el que tenía depositado en su cuenta, dispone de él a su arbitrio, realizando diversos retiros, que en modo alguno guardan armonía en su cuantía con las supuestas adquisiciones de materiales para la construcción de las obras en las zonas rurales previamente establecidas, mas aun cuando dichos soportes son desvirtuados precisamente por una de las principales proveedoras, Piedad Lizcano de Ospina, quien afirma que 'me pagaron en varios plazos, a medida que iba entregando la tubería me iban cancelando el valor de la tubería con cheque, tenía que hacer el trámite para que me cancelaran, me pagó en la tesorería, allí recibía los cheques, pero no recuerdo el valor' (fl.16 cuaderno original); lo que indica que el dinero apropiado por el Alcalde fue utilizado en asuntos diversos» (fls.25).

En relación con las obras ejecutadas y los materiales de construcción adquiridos, según el resultado de las inspecciones judiciales y lo declarado por algunos testigos, advierte que «a la única conclusión a la que se puede llegar es a la del reintegro del dinero que posibilitó la rebaja conforme al artículo 139, inciso 2°, del régimen penal, mas no a la comprobación de que la intención del sentenciado no era la de apropiarse del recurso» (fl.26).

En su opinión, este segundo cargo tampoco está llamado a prosperar.

3. En punto a la rebaja de pena por confesión, la Delegada sostiene que el cargo, además de presentar fallas técnicas, carece en absoluto de fundamento. Agrega que el censor, al denunciar una supuesta violación directa de la ley sustancial, por error de derecho, desconoce que esta clase de yerro es propio de la violación indirecta, que se presenta específicamente como resultado de falsos juicios de legalidad o convicción, lo cual nada tiene que ver con el planteamiento de la censura.

Complementariamente afirma que Rubio Aranda no hizo ninguna aceptación de responsabilidad a lo largo del proceso, razón por la cual no le es aplicable la rebaja por confesión.

Pide en consecuencia a la Sala no casar la sentencia impugnada.

SE CONSIDERA

Causal Tercera

Cargo Unico

Incompetencia del Juzgado 35 de Instrucción Criminal de Melgar para iniciar el sumario.

Aparte de lo dicho por la Procuraduría, que la Sala comparte en su totalidad, es conveniente reiterar el contenido de las normas que regulaban la investigación y juzgamiento de los Alcaldes, para el día 19 de julio de 1990, fecha en la cual el Juzgado de Instrucción dictó auto cabeza de proceso (fls. 161-1).

El artículo 70 del Código de Procedimiento Penal de 1987 (Decreto 050), al señalar la competencia de los Jueces Superiores, disponía, en su literal c): Los Jueces Superiores de Distrito Judicial, conocen: «De los hechos punibles cometidos por los Alcaldes en ejercicio de sus funciones o por razón de ellas». Y el artículo 73 *ibidem*, mediante el cual se fijaba la competencia de los Jueces de Instrucción, decía textualmente: «Los Jueces de Instrucción investigarán y calificarán los procesos por los delitos de competencia de los Jueces de Circuito y Superiores».

Frente a la claridad de los textos, cualquier consideración adicional resulta innecesaria, pues no cabe duda ninguna sobre la competencia del Juzgado 35 de Instrucción Criminal de Melgar para abrir investigación, e incluso para calificarla, como lo hizo mediante proveídos de 19 de julio de 1990 y 27 de mayo de 1992, en su orden.

Ante la más absoluta carencia de fundamento, se desestima el cargo.

CAUSAL PRIMERA

Cargo Primero

Violación indirecta de la ley sustancial, por haber ignorado el Tribunal la existencia de varias pruebas.

Ante todo debe anotarse, de manera coincidente con la Delegada, que los fallos de primera y segunda instancia forman una unidad jurídica inescindible, y si el *a quo* al estudiar la prueba analizó prolijamente los elementos de convicción echados de menos por el censor, como ciertamente lo hizo, el cargo, al igual que el invocado al amparo de la causal tercera, antes respondido, queda sin fundamento fáctico.

Es claro, sin embargo, que a este reproche por falsos juicios de existencia, subyace una afirmación que es en definitiva el eje de toda la argu-

mentación: A pesar de que la prueba inequívocamente indica que el procesado Rubio Aranda consignó los dineros oficiales en su cuenta de ahorros personal, ello de suyo no demuestra que se haya apropiado de esas partidas.

Para llegar a esta conclusión, el casacionista presenta una valoración probatoria distinta de la que hizo el sentenciador. Con ello no sólo se sale del marco del error enunciado como motivo de su ataque, sino que olvida que el criterio jurídico expresado en el fallo ha de prevalecer sobre cualquier otro, en virtud de la doble presunción de acierto y legalidad que ampara las sentencias de instancia, prevalencia que ha de respetarse mientras dicho criterio no entrañe un atentado a la sana crítica, pues, de serlo, el censor debe presentar la censura bajo la forma de un error de hecho, indicando las razones por las cuales considera que la valoración del juzgador se apartó en forma manifiesta de los principios lógicos, científicos o prácticos, fundamentación que en manera alguna la demanda contiene.

Esta actitud del libelista se manifiesta en la posición que, por ejemplo, asume frente a la declaración de Amadeo Lozano Gutiérrez, Secretario del Banco Cafetero de Cunday, de cuyo contenido parte para buscar en esta sede el reconocimiento de una causal de inculpabilidad, sin tener en cuenta las consideraciones que las instancias hicieron respecto de este testimonio, ni las conclusiones a las cuales llegaron, principalmente la relativa a que la conducta del procesado no dejaba de ser punible por el hecho de que hubiera mediado autorización del Gerente del Banco, si es que se aceptara la versión del Secretario (fls.278 y 289-5 y 66 cd. Tribunal).

No es, entonces, que se haya desconocido la versión del procesado en cuanto a las explicaciones que dio sobre los motivos que lo llevaron a consignar los dineros en su cuenta personal, sino que los Juzgadores de instancia, tras el análisis de las pruebas allegadas al informativo, concluyeron que no eran atendibles.

Tampoco se ignoraron las pruebas que dan cuenta de la adquisición de materiales y la terminación de algunas obras, como lo indica el hecho de habérsele reconocido al acusado la atenuante del artículo 139 del Código Penal, con fundamento precisamente en la comprobación de esas inversiones.

Lo que ocurre, como se dijo al iniciar este acápite, es que para el censor, el solo hecho de la consignación de los dineros del Estado en la cuenta personal de Rubio Aranda, no es de suyo elemento que demuestre apropiación. Pero es que este argumento, no fue el único que los juzgadores de instancia esgrimieron para afirmar la tipicidad de la conducta. También tuvieron en cuenta el desfase existente entre el valor de los retiros parciales de la cuenta y el de las facturas presentadas por el Alcalde para acreditar la compra de materiales: la versión de Piedad Lizarazo de Ospina,

una de las proveedoras del Municipio, en el sentido de que los pagos siempre le fueron hechos con cheques de la Tesorería del Municipio, lo cual descartaba cualquier pago con dineros provenientes de la cuenta de ahorros del Alcalde; el testimonio de Jesús Hernando Amariles López, quien declaró que el retiro que hizo de la cuenta de ahorros por la suma de $20.000.oo, obedeció a que el Municipio le adeudaba esa suma por trabajos realizados en el casco urbano; y, la tardía iniciación de las obras, a las cuales solamente se dio comienzo cuando sobrevino el escándalo, cuatro meses después de entregado el dinero (fls.288, 283, 284-5 y 59 y 60 del cuaderno del Tribunal).

No se trata, por tanto, de la simple consignación de los dineros del Estado en una cuenta no oficial, como acto aislado, sino de una serie de circunstancias articuladas que permiten afirmar que el procesado los hizo suyos, con ánimo de señor y dueño. Por lo demás, oportuno es recordar lo dicho por esta Sala en la providencia que la Delegada transcribe y que ahora se reitera, sobre el manejo indebido de dineros oficiales en cuentas personales:

«Cuando el juez resuelve desplazar a cuenta personal esos dineros sin que exista ni se insinúe medio eficaz para entender y asegurar qué parte le pertenece a él y cuál a la administración de justicia o a terceros que han obedecido una orden de ésta, no puede verse en esa conducta lo que es imposible de diferenciar o percibir. Ese dinero tiene que entenderse como propio y exclusivamente propio del cuentacorrentista que así figura en la entidad crediticia y correr las contingencias a que su titular pueda verse enfrentado, dándose su afectación por obra del mismo, sin límites de tiempo, cuantía o destino, o por la acción de terceros como respuesta a compromisos adquiridos. El señorío del mismo lo demuestra la forma como puede ejercer el amplio e integral atributo de ser y de tenérsele por dueño» (Sentencia de enero 27/87, Mag. Pte. Dr. Gómez Velásquez).

Este reproche, en consecuencia, también será desechado.

Cargo Segundo

Violación directa de la ley sustancial, derivado de un error de derecho, por no haberse aplicado la rebaja de pena por confesión.

Compartiendo el criterio de la Delegada, dígase que el error de derecho en nuestro sistema procesal penal es el que se presenta como consecuencia de falsos juicios de legalidad o falsos juicios de convicción en la apreciación de las pruebas, formas que son propias de la violación indirecta de la ley sustancial. De allí que el planteamiento que el recurrente trae, entrañe un contrasentido.

Con todo, es sumamente claro que el procesado jamás confesó. Ni en forma simple, ni de manera calificada como lo pregona el casacionista.

Una confesión se torna calificada cuando el indagado admite haber llevado a cabo la conducta típica, vinculando esta aceptación a una circunstancia modificante de la punibilidad en pro del reo. Y, en el caso *sub judice*, si bien es cierto que Rubio Aranda reconoció haber consignado los cheques en su cuenta personal, nunca admitió que se hubiera apropiado de los dineros consignados, que es en esencia la conducta que se le imputa. Luego mal puede afirmarse que confesó el hecho en su descripción típica.

Este cargo tampoco puede prosperar.

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.

Devuélvase al tribunal de origen. Cúmplase.

Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Alvaro Orlando Pérez P. (Conjuez), *Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CULPABILIDAD/ PRUEBA/ SANA CRITICA

No es cierto que por el hecho de estar involucrado en la culpabilidad el fuero interno de las personas, pueda descalificarse el valor probatorio de algunos medios de convicción o exigirse condiciones especiales de aducción o análisis en otros, pues la ley no tiene establecidos parámetros distintos de la persuasión fundada en la crítica racional del funcionario para llegar al grado de certeza que requieren las decisiones judiciales, sin limitar o descartar las posibilidades probatorias que ofrecen los distintos medios de convicción válidamente allegados para exteriorizar la intención del sujeto agente.

Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., dieciocho.(18) de abril de mil novecientos noventa y seis (1996).

Magistrado Ponente. Dr. *Juan Manuel Torres Fresneda*

Aprobado por Acta No.58

Proceso No. 8808

Vistos

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de Jairo Enrique Valencia Galiano en contra del fallo del 17 de mayo de 1993, mediante el cual el Tribunal Superior de Medellín impartió confirmación integral a la sentencia del Juzgado Treinta y uno Penal de ese Circuito que condenó al acusado a 18 meses de prisión, interdicción de derechos y funciones públicas por tiempo igual al de la pena principal y al resarcimiento de los perjuicios materiales tasados en $ 12.505.837,96. concediéndole el beneficio de la ejecución condicional de la pena. por los delitos de estafa y fraude procesal.

Hechos y Actuación Procesal

El 13 de octubre de 1989 la representante de la «Fundación Caminos Unidos» y Jairo Enrique Valencia Galiano suscribieron un contrato de servicios por el que la entidad se comprometió a administrarle la rifa de

cinco cupos (para dos personas cada uno) del plan turístico «Viaje a Tokio con la ola verde del Atlético Nacional», siendo una de las obligaciones del empresario presentar la factura de compra de diez pasajes aéreos a fin de obtener la autorización oficial: así procedió, pero luego se comprobó que el valor de la factura expedida por la agencia de viajes «Jaller Ruad Ltda» de Barranquilla, aportada por Valencia Galiano por diez millones de pesos, no fue cancelado como dice el sello en ella impreso, ni girado el cheque allí relacionado, viéndose forzada la fundación denunciante a efectuar el pago del único premio que quedó en poder del público después de efectuados todos los sorteos, por lo que estimó el fraude en suma superior a los tres millones de pesos.

La denuncia penal formulada por la representante de la entidad administradora, señora Sofía Isabel Guzmán de Varona, correspondió por reparto al Juzgado Cincuenta de Instrucción Criminal de Medellín que abrió investigación el 16 de marzo de 1990 y al resolver la situación jurídica de Valencia Galiano el 13 de noviembre de 1990 se abstuvo de decretar medida de aseguramiento por no ser los hechos constitutivos de infracción penal: decisión que al ser recurrida el mismo juez repuso para imponer al procesado caución prendaria por el presunto delito de estafa, la que a su vez fue modificada por el Tribunal imponiéndole detención preventiva sin beneficio de excarcelación por considerarlo, además, incurso en fraude procesal.

Clausurada la investigación el instructor calificó su mérito el 20 de abril de 1992 con resolución acusatoria en contra del denunciado, por los delitos mencionados.

La etapa de juzgamiento le fue asignada, también por reparto, al Juzgado Treinta y uno Penal del Circuito de Medellín, despacho que presidió la audiencia pública y profirió sentencia condenatoria el 19 de febrero de 1993, imponiendo a Jairo Enrique Valencia Galiano por los delitos de estafa y fraude procesal 18 meses de prisión como pena principal, interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término como pena accesoria, y la obligación de pagar los perjuicios materiales valorados en $ 12.505.837,96.

Inconforme con la decisión, el defensor del sentenciado interpuso el recurso de apelación que desató el Tribunal Superior de Medellín mediante fallo del 17 de mayo de 1993 en el que confirmó en su integridad la sentencia de primer grado, y en contra de ella se opuso una vez más la defensa interponiendo el recurso extraordinario de casación que ocupa a la Sala.

La Demanda

Tres cargos formula el censor al amparo de la causal primera de casación, prevista en el artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, por

violación indirecta de los preceptos sustanciales contenidos en los artículos 5o., 35, 36, 182 y 356 del Código Penal, por haber incurrido el jugador en errores de hecho y de derecho que dieron lugar a su aplicación indebida.

Primer Cargo

Asegura el casacionista que el Tribunal «incurrió en error de derecho, por apreciación errónea de la prueba» al deducir del contrato y de la factura el ánimo de engañar y defraudar, siendo que el dolo no emana del convenio sino de la intención que lo anima, por eso su análisis requería de la apreciación en conjunto de otros elementos de juicio obrantes en el proceso, que por no tener en cuenta el *ad quem*, le guió únicamente por el enunciado de textos inertes que nada dicen sobre la intención, con desconocimiento del deber impuesto por el artículo 254 del Código de Procedimiento Penal.

Inferir la culpabilidad del compromiso contractual asumido por el acusado es válido desde el punto de vista de la responsabilidad civil, pero no para evidenciar el dolo en la obtención del comprobante de pago de los tiquetes aéreos, que es sin duda el momento en que surge el artificio, el ánimo de engañar y defraudar tanto a la oficina encargada de otorgar el permiso, como a la entidad contratista. Por eso, del contenido objetivo del contrato, el recibo y los testimonios de quienes se refieren a esos documentos no se puede extraer la intención dañina, que solamente podría percibirse en el instante mismo de la obtención de la factura.

La culpabilidad así deducida es el resultado del escrutinio de lo desfavorable, cuando lo indicado era analizar también los elementos de juicio relativos a la intención honesta y normal en transacciones como la realizada.

La sentencia elude el examen de la intención que, según el concepto de la Corte, en conductas como las aquí reprochadas «debe estar orientada a la obtención de un provecho ilícito de carácter patrimonial» y ese no era el propósito del procesado que lo único que pretendía era cumplir los requisitos exigidos para vender en forma lícita la boletería de la que esperaba un beneficio económico, sin engaños ni fraudes.

En apoyo de los argumentos expresados, el actor inserta apartes de una cita de Roxin sobre la certidumbre del juez y otra de Walter Stree sobre la libre apreciación de la prueba, tomadas del libro de Gerhard Walter en que se ocupa de este último tema.

Si no hubiera sido por el «protuberante error en la apreciación de la prueba», que dio lugar a la vulneración de las normas mencionadas, la sentencia habría sido absolutoria y en este sentido es que el libelista solicita el pronunciamiento de la Corte en el fallo de casación.

Segundo Cargo

El juzgador de segunda instancia incurrió en error de hecho al no apreciar algunos aspectos de la confesión del procesado y de los testimonios de Ana Victoria Jaller Raad y Juan Fernando Echeverri, que permiten descartar la existencia de dolo.

En la diligencia de indagatoria manifestó el acusado que la expedición de la factura se hizo de común acuerdo con la firma «Jaller Raad Ltda.» en vista de las excelentes relaciones comerciales que mantenían desde hacía cuatro o cinco años. Por su parte la señora Raad acepta la elaboración de la factura a solicitud de Valencia, y agrega que no podían expedir los tiquetes hasta no conocer los nombres de los ganadores y obtener la cancelación de su valor.

Eso demuestra la «venta de tiquetes al fiado» para ser expedidos después del sorteo, previo el pago de la factura; sin que el hecho de haber confiado la declarante en Valencia, porque había sido cumplido y «buena paga», la relevara de la obligación de entregar los pasajes a la fundación encargada de la rifa, si se tiene en cuenta que dio por recibido su valor. Es evidente que ese sistema de venta ya había sido utilizado entre las mismas partes que, además, confiaban en el éxito de la rifa en actitud que puede calificarse de negligente, imprudente o temeraria pero no dolosa, pues al expedir la factura no estaban pensando en defraudar o engañar; de donde resulta equivocado el juicio sobre culpabilidad.

La presentación de la factura ante la Oficina de Orden Ciudadano de Medellín tenía por objeto el cumplimiento de un formalismo exigido para la aprobación de la rifa, pero en ningún momento existió la intención de crear un artificio, engañar o defraudar; pero eso no lo entendió el Tribunal que al eludir el «examen en conjunto de la prueba: estuvo dominado por el subjetivismo de culpabilidad incrustado en su mente», de lo contrario habría concluido en la inexistencia de dolo.

Tampoco tuvo en cuenta la versión testimonial de Juan Fernando Echeverri, a quien por haber presenciado la firma del contrato le consta que tal hecho ocurrió después de verificado el primer sorteo, y se debió a los insistentes ruegos de Sofía Guzmán de Verona para que Jairo Valencia firmara a fin de evitar que la despidieran y para cumplir con las exigencias de la compañía de seguros; lo que aunado a las anteriores versiones, demuestra la honestidad del acusado que no tuvo inconveniente en suscribir el pacto varios meses después de entregar la factura y cuando ya se conocían los resultados del primer sorteo. Por tanto, debe la Corte casar la sentencia y absolver al procesado.

Tercer Cargo

El *ad quem* acogió como demostrado un hecho inexistente al que le dio valor demostrativo del dolo, incurriendo así en error de hecho; pues no

son ciertas las afirmaciones que hace la sentencia cuando dice «Jairo Enrique se negó a responder económicamente por el valor cancelado...» y «Valencia Galiano se dio entonces a la tarea de buscar evasivas para cancelar el importe del premio...». Ahora, si éstas fuesen verdaderas, no revelan el dolo al momento de la elaboración de la factura que es donde debe buscarse, sino la voluntad de incumplir el contrato por la razón que sea, pero sin intención dañina.

De todos modos, está demostrado en el proceso que ese no fue el comportamiento del procesado y así lo hace saber la denunciante cuando refiere que tanto ella como el Presidente de Caminos Unidos estuvieron en contacto telefónico con él y «solicitó un plazo para el pago de la deuda» pero el día que se había comprometido a pagar no tenía dinero y entonces ofreció pagos mensuales de cincuenta mil pesos que no fueron aceptados porque no cubrían los intereses de mora. Lo que indica el reconocimiento de la deuda sin que se negara a pagarla y, ante la carencia de recursos económicos (es estudiante y depende de la familia), se vio precisado a ofrecer la forma de pago indicada.

Las presuntas evasivas no están demostradas y no son otra cosa que la imposibilidad de cumplir con el pago, como lo manifiesta la denunciante, por insolvencia del deudor.

De no ser por esas frases que revelan el subjetivismo del Tribunal y afianzan el concepto de responsabilidad objetiva, la sentencia hubiera sido favorable al acusado. Solicita, en consecuencia, que se case el fallo impugnado.

NO RECURRENTES

Dentro del término de traslado a los no recurrentes el representante de la parte civil replicó los argumentos de la demanda afirmando que en la sentencia impugnada no existen errores de hecho o de derecho, como tampoco la consideración de acontecimientos que no hayan sucedido, y del análisis pormenorizado de las pruebas recaudadas en la investigación no se puede llegar a conclusión distinta de la asumida por el Tribunal.

Lamenta sí, que la responsabilidad no se hubiera extendido al personal de la agencia de viajes «Jaller Raad Ltda.» que en forma tan eficiente colaboró con el procesado facilitándole la factura espuria, sin la que no hubiera podido revestir la ficticia adquisición de los tiquetes de la apariencia que le sirvió para obtener en forma fraudulenta la autorización de la rifa y engañar a la Fundación Caminos Unidos, haciéndole creer que había dado cumplimiento al compromiso adquirido.

En nada afecta, dice el memorialista, que el contrato se haya firmado antes o después porque el escrito lo único que hizo fue recoger lo que previamente se había acordado, sin que se pueda afirmar que en ese mo-

mento no existía dolo, »pues éste se dio desde las conversaciones y se mantuvo en el tiempo hasta que fue descubierta la defraudación».

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

En opinión del señor Procurador Segundo Delegado en lo penal, pese a la aparente claridad en la formulación de los cargos, la demanda está avocada a la improsperidad debido a su deficiente desarrollo y por eso sugiere a la Corte no casar la sentencia recurrida. Al analizar separadamente cada uno de los tres reproches considera:

1.- El falso juicio de convicción que esboza el cargo primero termina mostrando el simple desacuerdo del defensor con la valoración que hizo el *ad quem* del contrato suscrito por el procesado, la factura que aportó para cumplir una de sus obligaciones y la resolución aprobatoria de la rifa, como si fueran éstas las únicas pruebas que sirvieron al juzgador para deducir la responsabilidad.

Además, en ausencia de un sistema tarifado de pruebas, debió el censor demostrar la transgresión de las reglas de la lógica y la experiencia, propias de la metodología de la sana crítica imperante en el ordenamiento penal colombiano; pues no basta exigir el análisis de la «prueba en conjunto» para pregonar la falta de dolo, sin demostrar los errores *in judicando* en que pudo haber incurrido el juzgador. Por tanto, es inevitable el fracaso del cargo.

2.- Destinado a combatir el falso por error de hecho consistente en el desconocimiento de apartes de la versión de indagatoria y de unos testimonios, el cargo se convierte en una nueva manifestación de inconformidad con el criterio valorativo del Tribunal, en la que no se concreta ni la apreciación omitida, ni su incidencia en la sentencia.

Se conformó el censor con decir que la venta de los tiquetes había sido «al fiado», según lo demuestran la indagatoria y la declaración de la representante de la agencia de viajes; ya que la trascendencia penal de la actitud del acusado no depende del mecanismo utilizado para obtener los tiquetes, o del posible incumplimiento de la cláusula pactada, sino de la forma engañosa como se sustrajo al cumplimiento de la obligación que, de haberse conocido antes, hubiera conducido a la desautorización de la rifa y a que Caminos Unidos rechazara el proceder del promotor oportunamente.

El adecuado análisis de los medios de convicción que revelan las sentencias de primera y segunda instancia, consideradas unidad jurídica, deja sin piso el reproche por falta de apreciación; formulado de manera inapropiada puesto que en sede de casación la Corte no actúa como tercera instancia que pueda absolver las divergencias planteadas.

En cuanto a la apreciación de la declaración de Juan Fernando Echeverri, crea el actor tal confusión entre la sugerida falta de evaluación y el «examen en conjunto de la prueba» que en últimas se traduce en inconformidad con la valoración, lo que no tiene cabida dentro de este cargo: defecto de técnica que impide su prosperidad.

3.- Aduce el libelista un error de hecho y para demostrarlo se limita a decir que dos «manifestaciones» de la sentencia «no son ciertas», dejando de lado la indicación de los errores *in judicando* o *in procedendo* que debía concretar, como era lo indicado.

El planteamiento es intrascendente, teniendo en cuenta que en la imputación por fraude procesal y estafa no interesa si el procesado buscó evasivas para realizar el pago o se negó a pagar, porque el ilícito surge «desde el mismo momento en que se hace creer a la Fundación Caminos Unidos que se han adquirido los tiquetes aéreos con la factura que mentirosamente mostraba ello». En consecuencia, resulta igualmente destinado a la improsperidad este reproche.

Consideraciones de la Corte

Es de anotar, primeramente, que en su integridad los reparos que formula la demanda apuntan al enervamiento de la responsabilidad del procesado como autor de los delitos de estafa y fraude procesal en concurso, por los cuales resultara condenado, así que por el actor no se discute ni la existencia del hecho, ni la vigencia de la acción, ni la adecuación típica que de aquel se hiciera a las normas indicadas.

Respecto del primer cargo de la demanda, con acierto el Ministerio Público anota la falta de solidez de la controversia sobre un posible falso juicio de convicción, atribuido al juzgador por haber inferido la culpabilidad de pruebas supuestamente carentes del valor que les fuera asignado en la sentencia, como si de antemano la ley hubiera establecido tarifariamente preferencias para los distintos medios de prueba y en la sentencia se hubiese procedido con desconocimiento de esa regla.

La valoración gradual que pretende establecer el censor no se prevé en el ordenamiento procesal penal vigente, regido como se halla por el sistema de la sana crítica que permite al funcionario judicial sopesar dentro de los claros parámetros de la experiencia y las reglas de la lógica el grado de convicción que los medios de persuasión en cada caso merecen, y ello conlleva a que la simple disparidad de criterios sobre el grado de certeza que ofrecen determinadas pruebas carezca de la fuerza demostrativa indispensable para quebrar la doble presunción de acierto y legalidad de que se hallan revestidas las sentencias a su arribo a esta sede.

Tampoco es cierto que por el hecho de estar involucrado en la culpabilidad el fuero interno de las personas, pueda descalificarse el valor proba-

torio de algunos medios de convicción o exigirse condiciones especiales de aducción o análisis en otros, pues la ley no tiene establecidos parámetros distintos de la persuasión fundada en la crítica racional del funcionario para llegar al grado de certeza que requieren las decisiones judiciales, sin limitar o descartar las posibilidades probatorias que ofrecen los distintos medios de convicción válidamente allegados para exteriorizar la intención del sujeto agente.

No se ve, entonces, de qué manera aquellos documentos que contienen expresiones de la voluntad del incriminado puedan impedir inferencias que comprometan su responsabilidad, ni mucho menos generar ese error de derecho que difusamente sugiere el censor. La factura impagada, con la apariencia de su cancelación, no revela otra cosa que el ánimo de inducir en error al empleado oficial del Departamento de Orden Ciudadano de Medellín que, con base en la simulada existencia de los premios, profirió la resolución que autorizó la rifa.

Igualmente la factura y el documento suscrito por Valencia Galiano para perfeccionar el contrato con la Fundación Caminos Unidos sobre administración de la rifa, que por su naturaleza consensual no constituían requisito necesario para demostrar la existencia o validez del pacto, se constituyen en medios demostrativos del artificio o escenificación que marginan la buena fe del acusado, quien no quería ni podía cumplir lo convenido, pero sí lucrarse a costa del riesgo económico de quienes creyeron en la existencia de los premios y luego de promover la rifa tuvieron que responder con su propio patrimonio para su pago al ganador, al descubrir tardíamente la falta de capacidad económica del obligado y la inexistencia del objeto ofrecido. Sobre ese aspecto cobra vigencia la siguiente doctrina de la Sala:

«Si una parte engaña a otra, por ejemplo, sobre su capacidad de pagar haciéndole creer que la tiene cuando, en realidad, carece de ella, bien sea de modo absoluto o en forma que, de saber su situación, la otra no hubiera contratado, o cuando calla estando obligado a manifestar su incapacidad de pagar, ya no se trata de un silencio o de una mentira lícitos, sino plenamente delictuosos» (Sentencia de casación del 23 de junio de 1982. Magistrado Ponente Dr. Luis Enrique Romero Soto).

De modo que cuestionar la credibilidad otorgada por el juzgador a determinadas pruebas con el solo argumento de que no son las requeridas para inferir la existencia de elementos constitutivos del hecho o la culpabilidad, sin demostrar la desnaturalización que sufrió el principio de persuasión racional en la aplicación de esos elementos de juicio, no pasa de ser una fallida pretensión de querer convertir un alegato de instancia en sustentación del recurso extraordinario, al margen de su dispar naturaleza y de la función que le compete a la Corte en esta sede.

El segundo cargo mediante el cual se plantea la ocurrencia de un error de hecho, no corre mejor suerte del anterior. Ahora desatiende el censor el deber ineludible de demostrar la trascendencia del yerro que aquí se hace consistir en la transgresión del significado objetivo de algunos apartes de la indagatoria y del testimonio de la persona que autorizó la expedición de la factura controvertida, con desconocimiento de la existencia de una venta a crédito o «al fiado» como se dice en la demanda, pactada entre el acusado y la firma «Jaller Raad Ltda.» para la adquisición de los tiquetes aéreos, tesis cuya aceptación hubiera permitido demostrar la inexistencia de culpabilidad.

Lejos de acreditar en este caso una tergiversación de las explicaciones dadas por el procesado, lo que operó ante las instancias fue el descrédito de la excusa, pues razonadamente se entendió que si en verdad el mecanismo de convicción utilizado por Valencia Galiano para obtener la factura de la agencia de viajes hubiera tenido la entidad que ahora se propone, no se hubiera encontrado con la renuencia de los representantes de «Jaller Raad Ltda.» a atender la entrega de los pasajes -por lo menos los dos del premio en poder del público-, pues la seriedad de la negociación hubiera bastado para respaldar el prestigio que le atribuían a su habitual cliente. Sin embargo, el haber asumido la firma una actitud opuesta demuestra no solamente su poca confianza en el comprador, sino el conocimiento del verdadero fin de la factura y la inexistencia del supuesto contrato.

De otra parte, el falso juicio de existencia por falta de apreciación del testimonio de Juan Fernando Echeverri no debió plantearse dentro de este mismo cargo, como lo advierte la Delegada, porque el error de técnica en que incurre el actor conlleva por sí solo la desestimación del reproche. Esta declaración no prueba la honestidad del acusado, como el casacionista lo pretende. La firma del escrito con posterioridad al primer sorteo no era el origen de la obligación de adquirir los premios, sino la existencia de un acuerdo verbal anticipado. Sólo que en cada uno de los momentos del convenio Valencia Galiano mantuvo la misma actitud, y con ella desvirtuó la esencia del compromiso que desde un comienzo sabía que no tenía la posibilidad de cumplir, pues carecía de la capacidad económica necesaria para asumirlo según el propio libelista lo reconoce, al resaltar que el procesado era apenas un estudiante todavía dependiente del apoyo familiar.

El tercer cargo propone un error de hecho tildando de inveraces algunas afirmaciones de la sentencia del *ad quem*, pero como sobre ellas no hace el casacionista mayor esfuerzo por demostrar su trascendencia en el desacierto de la decisión, ello impide que la Corte por iniciativa propia supla su silencio.

Peor aún si ninguna relevancia puede atribuirse a frases tan solo insertas dentro de la narración fáctica del caso como sucede en las siguientes: «Entonces Caminos Unidos entregó, como administrador de la rifa,

el pago del premio, lo que hizo en efectivo porque así lo quiso el ganador. *Jairo Enrique se negó a responder económicamente por el valor cancelado* y, luego de alguna espera, se formuló la denuncia criminal en su contra...». El texto subrayado, que es el destacado en la demanda, en nada comprometía el criterio del *ad quem*, ajeno como quedó a la parte considerativa donde se sientan los criterios orientadores de la decisión.

Ya afrontando el análisis de fondo, la sentencia asumió en su integridad la actividad previa, concomitante y posterior del acusado, y ello hace evidente que nunca fue con insularidad la actitud elusiva última de Jairo Valencia la que pesó en la valoración del dolo, sino que ella se asumió con las razones, oportunidad y modo de fraguar el engaño, y la insolvencia ya vista del contratista para atender los compromisos contraídos.

Tampoco la siguiente afirmación representa una alteración de la verdad: «Como una de las boletas correspondientes al primer sorteo... quedó en poder del público, *Valencia Galiano se dio enseguida a la tarea de buscar evasivas para cancelar el importe del premio* que el ganador pedía se le hiciera en dinero efectivo...» (subrayado ídem). Si se tiene en cuenta que efectivamente el premio se pagó, mas no por voluntad del acusado, sino porque la «Fundación Caminos Unidos» asumió esa responsabilidad y costas después de requerirlo infructuosamente para que entregara los pasajes o su valor, la afirmación del Tribunal no puede tenerse sino como expresión cabal de lo ocurrido. Y aquí de nuevo falla la demanda al considerar de modo aislado las evidencias incriminatorias, olvidando que frente a la causal invocada le era imprescindible desquiciar en su integridad la prueba adversa, pues conocido el engaño y la situación económica precaria del procesado, su aparente voluntad final de asumir el valor de los premios por disminuidas cuotas sólo podría a lo sumo interpretarse fruto de un arrepentimiento *ex post facto*, y nunca como subjetivamente se insinúa, a manera de una buena fe surgida luego de producido el engaño, ocasionado el daño y percibido el ilícito beneficio.

Los cargos, por lo anotado, 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 el fallo impugnado por el defensor del procesado Jairo Enrique Valencia Galiano.

Cópiese, devuélvase y cúmplase.

Fernando E. Arboleda Ripoll. Ricardo Calvete Rangel. Jorge Córdoba Poveda. Alvaro Eslava Ayala. (Conjuez); Carlos E. Mejía Escobar. Dídimo Páez Velandia. Nilson Pinilla Pinilla. Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar. Secretaria.

NOTIFICACION POR EDICTO/ NOTIFICACION POR CONDUCTA CONCLUYENTE/ IRREGULARIDAD/ DEBIDO PROCESO

En el evento de que la notificación por edicto, de mayor amplitud y cobertura que la surtida por estado, no hubiese sido la apropiada, esto constituiría una irregularidad irrelevante, favorable a los sujetos procesales.

"Aún en caso de exigirse notificación por estado, el supuesto vicio habría sido convalidado con la positiva actuación subsiguiente del representante de la parte civil".

Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá D.C., abril dieciocho (18) de mil novecientos noventa y seis (1996).

Magistrado Ponente: Dr. *Nilson Pinilla Pinilla*

Aprobado Acta No.58

Proceso No. 9700

Vistos

Decidirá la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el apoderado de la parte civil contra la sentencia de 22 de abril de 1994, mediante la cual el Tribunal Superior de Montería confirmó la dictada por el Juzgado Penal del Circuito de Cereté, que absolvió a Candelaria del Carmen Echenique Brunal de los cargos por falsedad material de particular en documento público y fraude procesal.

Hechos

Conforme a denuncia penal formulada por Otilia Garcés Vergara, actuando a nombre propio y de su padre Miguel Rosendo Garcés Cabrales, se tuvo noticia que Eduardo Garcés Pérez y Candelaria del Carmen Echenique Brunal, casados por el rito católico, se separaron después de cinco años de vida en común, sin haber dejado descendencia porque Eduar-

do no era apto para procrear, lo que dio lugar, según agrega, a que Candelaria se uniera en permanente concubinato con Jorge Mercado Vergara, concibiendo dos hijos de sexo masculino.

Con posterioridad a la muerte de Eduardo Garcés Pérez, ocurrida el 16 de diciembre de 1978 (fs. 3 y 90, primer cdno.), se presentó Candelaria a la Alcaldía Municipal de San Carlos (Córdoba) y el 26 de enero de 1987 se sienta el registro de nacimiento (f.98 ib.), donde aparece declarada Candelaria del Carmen Garcés Echenique como hija del matrimonio.

Frente a este hecho supone la denunciante que se falsificó la firma del extinto, haciéndolo aparecer después de muerto como interviniente en un acto al cual nunca concurrió, ni podía concurrir, pero se nota que es la de «Candelaria Echenique de Garcés» la única rúbrica que allí aparece, además de la del alcalde, y que para sentar el registro se tuvo como documento antecedente la partida de bautismo (f. 95 ib).

Refiere luego la denunciante que obtenido el registro civil de nacimiento, la acusada Candelaria otorgó poder a un abogado, para a nombre de su hija constituirse como parte dentro del proceso de filiación natural seguido en el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Montería contra Miguel Rosendo Garcés Cabrales, con el fin, según denuncia, de heredar a nombre de su hija lo que le pudiera corresponder por representación del también fallecido Eduardo Garcés Pérez, probable hijo de Garcés Cabrales.

Actuación Procesal

Iniciada la investigación por el Juzgado Cuarto de Instrucción Criminal de Cereté, no fue posible oír en declaración indagatoria a la inculpada Candelaria del Carmen Echenique, por lo cual fue emplazada y declarada persona ausente, designándosele defensor de oficio (f. 138 ib).

Recaudada abundante prueba testimonial y documental, el mencionado Juzgado por auto de 23 de enero de 1989 declaró cerrada la investigación mediante providencia notificada personalmente al agente del Ministerio Público y por edicto a las demás partes (fs.141 y 143 del expediente).

Superados algunos incidentes, el 4 de junio de 1991 el Juzgado de Instrucción Criminal calificó el mérito del sumario con resolución de acusación en contra de la procesada, por los delitos de falsedad material de particular en documento público y fraude procesal, ordenando su detención preventiva como medida de aseguramiento (f.162 *ibidem*).

Rituado el juicio y celebrada audiencia pública, el Juzgado Penal del Circuito de Cereté finiquitó la instancia absolviendo a la acusada Candelaria del Carmen Echenique Brunal de los cargos formulados en su contra; fallo apelado por el representante de la parte civil y confirmado por el

Tribunal Superior de Montería mediante el que es objeto del recurso de casación.

Coinciden los juzgadores en predicar la ausencia de prueba para condenar, pues no se logró establecer científicamente que Eduardo Garcés Pérez no pudiese engendrar, ni desvirtuar la presunción del artículo 213 del Código Civil conforme a la cual el niño concebido durante el matrimonio de sus padres es hijo legítimo; por el contrario, resultó probada la autenticidad de los documentos utilizados por la procesada para obtener el registro civil de nacimiento de su hija e intervenir dentro del proceso civil de filiación natural del difunto esposo y padre.

Demanda de Casación

Con fundamento en la causal tercera de casación se formula como único cargo a la sentencia impugnada, el de haber sido dictada en juicio viciado de nulidad «porque el auto que declaró cerrada la investigación no fue notificado en debida forma como lo indican claras y precisas normas procesales. En efecto, dicha providencia no se notificó como ordena la ley, esto es, por estado, sino por edicto, en flagrante violación de los artículos 174, 177 y 179, inciso 1°, del Código de Procedimiento Penal vigente para la época de trámite del proceso, que eran de rigurosa observancia como lo son los artículos 186 y 190 del actual Código, lo que condujo inexorablemente a que se quebrantara el artículo 29 de la Carta, por desconocimiento de las formas propias del juicio, integradoras del debido proceso».

De esta manera, argumenta el censor que la indebida notificación del auto de cierre de la investigación a los demás sujetos procesales, distintos del agente del Ministerio Público, a quienes les fue notificado por edicto y no por estado, como lo ordena la ley, vulneró una de las formas del debido proceso viciando de nulidad la actuación subsiguiente.

Solicita en consecuencia casar la sentencia impugnada y declarar la nulidad del proceso «por haberse preterm[i]tido, como se ha demostrado, formalidades que le son propias. Esta nulidad debe ser a partir de la providencia que declaró clausurada la investigación».

Alegación de Sujeto procesal no recurrente

El defensor de la procesada absuelta se opone a las pretensiones del recurrente porque, a su juicio, la notificación por edicto del auto que clausuró la etapa investigativa ofrece mayores garantías a los sujetos procesales, especialmente a la parte civil que gozó a plenitud de todas las prerrogativas para ejercitar sus derechos.

Ministerio Público

De similar parecer es el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, para quien «las glosas del censor terminan siendo simple pretexto»

de desconocimiento del debido proceso, toda vez que las normas procesales que considera infringidas fueron acatadas sin desmedro de dicha garantía fundamental, recordando que el artículo 177 del Decreto 050 de 1987, entonces vigente, establecía que si el procesado no privado de la libertad no comparecía, luego de citado, a recibir notificación, entre otros, del auto de cierre de la investigación, o se desconocía el lugar de su residencia o actividad, se le notificaba por edicto, tal como aconteció en el presente caso, en razón a que Candelaria del Carmen Echenique había sido declarada persona ausente y se ignoraba cómo ubicarla.

Consideraciones de la Corte

La notificación por edicto del auto que disponía el cierre de la investigación, para el procesado no privado de la libertad y el Ministerio Público, prevista en el artículo 177 del anterior Código de Procedimiento Penal (Decreto 050 de 1987), cuando citados no comparecían a recibir notificación personal de dicho proveído constituía, por sus especiales características, una clara excepción al principio general consagrado en el artículo 179 de dicha codificación, conforme al cual los autos se notificaban por estado.

De manera que si en el presente caso, el auto que dispuso la clausura de la fase investigativa, de fecha 23 de enero de 1989, anterior al 18 de agosto cuando entró en vigencia la reforma procesal introducida por el D.L. 1861/89, fue notificado en forma personal al agente del Ministerio Público y por edicto a la sindicada ausente, resulta incuestionable que la notificación de dicha providencia se ajustó a las ritualidades procedimentales entonces en vigor, patentizándose, por el contrario, la absoluta falta de fundamento del cargo de nulidad.

Pero aún en el evento de que la notificación por edicto, de mayor amplitud y cobertura que la surtida por estado, no hubiese sido la apropiada, ésto constituiría una irregularidad irrelevante, favorable a los sujetos procesales y, además, no debe pasarse por alto que la parte civil conoció la existencia del auto de cierre de la investigación puesto que su apoderado posteriormente solicitó al Juzgado Cuarto de Instrucción Criminal la formulación de cargos contra la procesada ausente (f.461 *ibidem*), lo que indica que se notificó de la misma por conducta concluyente (artículo 181 de la anterior codificación).

Con sobrada razón anota la Procuraduría Delegada que «Toda esta actividad comprueba con holgura que la finalidad de enterar a las partes sobre la existencia del citado auto se logró con la diligencia de notificación efectuada por la Secretaría del Juzgado, frente a lo cual el ataque del censor deviene inane, pues aun en caso de exigirse notificación por estado, el supuesto vicio habría sido convalidado con la positiva actuación subsiguiente del representante de la parte civil».

Si el objeto de las notificaciones es hacer conocer de los sujetos procesales las providencias dictadas dentro del proceso, para que se enteren y, si fuere del caso, ejerzan el derecho de impugnación, resulta palmar que la realizada respecto al auto que declaró cerrada la investigación, cumplió válidamente con dicho cometido.

Además, el demandante propugna por una ficticia nulidad que en nada favorece los verdaderos intereses de la justicia ni la pretensión de la parte civil que representa, pues lá conduciría a un riesgo de extinción de la acción penal, que desdice de su interés jurídico para recurrir por la vía aducida.

Probado entonces, que lejos de haberse preterm*i*tido una formalidad esencial del debido proceso, por la supuestamente irregular notificación de la providencia de cierre de la investigación, en fantasioso detrimento de los intereses resarcitorios de la parte civil, el cargo, a más de inane, es a todas luces infundado y debe desestimarse.

No prospera la impugnación.

DECISIÓN

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 absolutoria objeto de impugnación.

Cópiese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Bernardo Gaitán Mahecha, (Conjuez); Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

ACUMULACION JURIDICA DE CAUSAS/ ACUMULACION JURIDICA DE PENAS

La acumulación de causas busca otorgar ventajas procesales y sustanciales al acusado que a partir de su operancia concentrará su atención y esfuerzo defensivo en un sólo trámite procesal, hasta lograr su fin en una misma y única sentencia, que de llegar a ser adversa impedirá la imposición de penas aritméticamente adicionadas. Pero tales beneficios no autorizan su extensión más allá de los márgenes que específicamente en la ley se indican, y mucho menos para omitir o desconocer la evacuación de ritos imprescindibles, con todas las consecuencias que le son anejas.

Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Penal. - Santafé de Bogotá, D. C., dieciocho (18) de abril de mil novecientos noventa y seis (1996)

Magistrado Ponente: Dr. *Juan Manuel Torres Fresneda*

Aprobado Acta No.52 (Abril 10/96)

Proceso No. 11592

Vistos

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el defensor del procesado Luis Alvaro Sánchez Rodríguez, en contra del auto de 16 de febrero del corriente año por medio del cual el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá le negó el derecho a la libertad provisional.

ANTECEDENTES

1.-En contra del ex Juez Cuarto Laboral del Circuito de Santafé de Bogotá, doctor Luis Alvaro Sánchez Rodríguez, se promovieron varios procesos penales en virtud de actuaciones suyas cumplidas en ejercicio del mencionado encargo.

Ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial -Sala Penal- de Santafé de Bogotá, se adelantaban, simultáneamente, las siguientes causas:

1.-La radicada bajo el número 3557C, rituada ante el Despacho del Magistrado Luis Hernando Fajardo Vargas por los delitos de prevaricato

por acción, prevaricato por omisión, falsedad en documento público, concierto para delinquir y peculado, dentro de la cual se profirió resolución acusatoria que cobró legal ejecutoria el 30 de diciembre de 1994.

2.-La radicada bajo el número 9797A, adelantada por el Despacho del Magistrado Jorge Enrique Torres Romero, por los delitos de prevaricato y peculado, cuya resolución acusatoria alcanzó su ejecutoria el 2 de agosto de 1995, y

3.-La radicada bajo el número 10398A, seguida ante el Despacho de la Magistrada Gloria Inés Segovia Quintero, por el delito de prevaricato por acción, cuya calificación mediante resolución acusatoria cobró ejecutoria el 17 de noviembre de 1995.

A petición del defensor del doctor Luis Alvaro Sánchez Rodríguez, la citada Corporación, por auto de enero 19 anterior, encontró viable acceder a la acumulación de causas, y como consecuencia dispuso que los dos últimos procesos se unificaran con el primero (3557C), previendo «tramitarlos bajo una misma cuerda y decidirlos en una misma sentencia», a la vez que ordenó suspender el trámite del más adelantado hasta que los demás llegaran al mismo estadio procesal.

Posteriomente, por auto de enero 31 de 1996, se acumuló también a la causa 3557C, la radicada bajo el número 10672A por enriquecimiento ilícito que había sido repartida al Magistrado Darío Botero Arango y en la cual la resolución acusatoria quedó en firme el 3 del enero del corriente año.

2.-Consolidada la acumulación, el doctor Luis Alvaro Sánchez Rodríguez, solicitó por intermedio de su defensor, que se hiciera efectiva la libertad provisional ordenada por la Corte Suprema de Justicia en providencia de agosto 24 de 1995, para lo cual acompañó póliza judicial por suma equivalente a 700 salarios mínimos impuesta en determinación de la Corte surtida dentro del proceso al cual, posteriormente, se acumularían los tres restantes.

3. El Tribunal Superior del Distrito Judicial -Sala Penal- de Santafé de Bogotá, mediante proveído de febrero 16 anterior, despachó adversamente la pretensión, declarando que la excarcelación ordenada por la Corte al amparo de la causal 5a. del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal, no operaba automáticamente, menos cuando el procesado acaba de ser convocado nuevamente a juicio en el proceso número 10.672A, así que como

«... en él tan sólo comienza la etapa de la causa, lo que implica la suspensión de los demás acumulados, el término para celebración de la audiencia apenas se inicia, y de otro lado en este proceso que se adelanta por enriquecimiento ilícito, existe medida de aseguramiento vigente, sin

que su situación jurídica haya variado, agregado más que no hacen viables el otorgamiento (sic) de su excarcelación».

4.-Para la defensa la determinación del Tribunal se eleva contra lo ya ordenado por la Corte Suprema de Justicia en auto de agosto 24 de 1995, el que prácticamente revoca en contradicción con el expreso mandato del artículo 95 del Código de Procedimiento Penal, pues según éste:

«... Efectuada la acumulación, para todos los efectos legales, se entenderá que las diversas actuaciones se convierten en un solo proceso».

Controvierte además el recurrente, la afirmación del Tribunal según la cual la liberación del procesado constituiría en este asunto un indebido premio, porque se trata de un derecho reconocido por la Constitución y por la ley, el cual emerge de la demora ya reconocida en la celebración de la diligencia de audiencia, aspectos sobre los cuales evoca algunos pronunciamientos de la Sala alusivos a la preponderancia de la libertad como derecho y a la causal de excarcelación por vencimiento de términos en particular, como una forma de evitar la indefinida privación de libertad por inactividad judicial.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

El tema que plantea la defensa en esta ocasión por la vía de la alzada apunta concretamente a la operancia de la excarcelación dentro del sistema de causas acumuladas, centrándose las diferencias de criterio entre el Tribunal y el recurrente, en que para el primero se impone considerar la situación particular de cada uno de los procesos unificados, en tanto que para el solicitante debe operar la garantía de libertad dentro del principio contenido en el artículo 95 del Código de Procedimiento Penal relativo a la unificación de causas en una sola y para todos los efectos legales.

El principio de la acumulación de causas, concebido en inicio como un mecanismo procesal de economía encaminado al favorecimiento del procesado en procura de evitar una acumulación meramente matemática de penas, parecería haber perdido hoy buena parte de su razón de ser frente a la viabilidad de la acumulación jurídica de penas, constituyéndose más bien en una forma de entrabamiento y dilación de los procesos antes que en medio de agilización y celeridad, según resulta de consultar no sólo casos como el presente sino otros más donde a la complejidad de la causa se suma un número tal de procesados cuya pausada intervención apunta frecuentemente a la operancia de la prescripción.

Tratándose, sin embargo, de un sistema legal vigente, concierne ahora su análisis dentro de las particulares características que proyecta al ámbito de las medidas de aseguramiento, como de la excarcelación.

En tal propósito, una aparente dificultad tempranamente se vislumbra ante la posibilidad de que en las diversas causas acumuladas no haya

homogeneidad respecto de las medidas aseguratívas adoptadas, pues puede darse la eventualidad de que concurran en unos casos la detención, y en otros la caución o la conminación; hipótesis que haría cuando menos forzosa la adopción de una determinación encaminada a señalar su prevalencia, y como consecuencia a particularizar las repercusiones sobrevinientes hacia el ámbito de la excarcelación.

Esa misma disparidad de delitos y medidas incidirá a veces en el señalamiento de la competencia del funcionario que deba conocer del rito de la causa, abriendo la posibilidad de otras variables que dificultan la adopción de reglas generales, pues no es aquí indefectible la operancia del criterio del delito más grave, sino aquel del trámite más adelantado, para atraer y supeditar a él otros procesos, siendo con más frecuencia este factor el determinante del funcionario de conocimiento, como el mayor avance de la causa la base para regir su suspensión a la espera de actualización de las restantes.

Por otra parte, al consultar la disímil naturaleza de las causales de excarcelación previstas en el artículo 415 del Código de Procedimiento Penal, se hace forzoso reconocer que por encima del principio de la unidad de trámite «para todos los efectos legales» que la defensa proclama, lo cierto es que desde su origen las diversas medidas de aseguramiento se adoptan con independencia y autonomía unas de otras, y ello necesariamente repercute en el estudio del derecho a la excarcelación, así ésta en algún caso hubiere sido concedida, pues el motivo de su otorgamiento no es forzosamente aplicable a otros delitos o procesos como sucedería ante un reintegro en un delito de peculado cuya causa se acumula con la de otra infracción, o cuando llega el momento de analizar, también por vía de ejemplo, la eventual pena cumplida o el derecho a la libertad condicional, porque en estos últimos casos la operancia de la excarcelación se habrá supeditado a una re-graduación anticipada de la pena, o al estudio de más completas o complejas evidencias sobre la personalidad del acusado y sus antecedentes de todo orden, lo que impide acoger a ciegas la tesis que propone el apelante, según la cual se pretende que una excarcelación ya concedida impida por el principio de unidad su reconsideración frente a la acumulación de nuevas causas.

Para el caso concreto de la causal 6a. de excarcelación bajo la cual se había concedido al procesado doctor Sánchez Rodríguez su libertad caucionada por esta Sala de Casación Penal, la situación motivo de examen lleva a la estimación de las siguientes objetivas circunstancias:

Ya se ha visto que en el proceso más avanzado (radicación 3575C) al acusado se le había reconocido su excarcelación al superarse los términos de ley sin la iniciación de la vista pública, si bien, pese a ese otorgamiento, la libertad no se había hecho efectiva, por la no prestación oportuna de la caución fijada.

En todo caso, el mismo auto de agosto 24 último previno que el liberado quedaría por cuenta de otro de los procesos seguidos en su contra, de modo que para entonces ya se sabía de la existencia de otra medida de aseguramiento que obstruiría el goce de la excarcelación.

Bajo esta perspectiva se producen los autos de enero 19 y 31 de 1996 que acumularon los procesos radicados 9797A, 10395A y 10672 A, así que del contenido de dichas providencias como del texto del artículo 93 del Código de Procedimiento Penal, lo que emerge de la unificación es la suspensión de los procesos más adelantados «hasta lograr la uniformidad en el estado procesal que permita continuarlas simultáneamente», pero no necesariamente la operancia general de la excarcelación como uno más de aquellos «efectos», ni la sumatoria del tiempo transcurrido en cada uno de los procesos sin audiencia como para intentar extender a los demás la vigencia de la causal 6a. del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal, pues contrariando esta tesis defensiva se tiene que una vez suspendido el proceso más adelantado, los términos a contar en adelante son los que todavía penden en los procedimientos más recientes, hasta alcanzar la paridad que permita su prosecución en uno solo.

Esta que es la conclusión armónica de las disposiciones que se citan, lejos está de ser gratuita o fruto de una simple interpretación peyorativa, acomodada como se encuentra al reconocimiento de que la unificación del rito surge hacia el futuro, mas sin llegar a desconocer los antecedentes de cada uno de los procesos reunidos, pues basta ver que en ellos las medidas de aseguramiento tienen un fundamento, naturaleza y consecuencias independientes; como tampoco autorizar el desconocimiento de la autonomía de las distintas resoluciones acusatorias, lo que traslada sus consecuencias tanto a los fenómenos de la excarcelación, como también al de la prescripción y al de la preclusión de los distintos eventos procesales, lo que explica la necesidad de agotar en cada caso los ritos de la causa hasta alcanzar el tope del proceso más adelantado.

No se discute, entonces, que la acumulación de causas busca otorgar ventajas procesales y sustanciales al acusado que a partir de su operancia concentrará su atención y esfuerzo defensivo en un solo trámite procesal, hasta lograr su fin dentro de una misma y única sentencia, que de llegar a ser adversa impedirá la imposición de penas aritméticamente adicionadas. Pero tales beneficios no autorizan su extensión más allá de los márgenes que específicamente en la ley se indican, y mucho menos para omitir o desconocer la evacuación de ritos imprescindibles, con todas las consecuencias que les son anejas.

Tal es el caso de la celebración de la diligencia de audiencia, que por mandato legal no se podrá evacuar ahora sin reunir todos los requisitos previos que demanda, lo que impone atender en cuanto a su oportunidad al hecho aquí evidente de que la causa acumulada más reciente apenas

lleva por fecha de ejecutoria de la resolución de acusación el 3 de enero de 1996: desde la cual, a la presente, no se supera el tiempo requerido en la causal de excarcelación que había operado para reconocer la libertad al recurrente.

Añádase aún, que por el hecho de que cada proceso acumulado toma el originario en el estado en que lo encuentra, sin posibilidad de retrotraer en él actuación alguna ni de modificarlo en el propio, la tesis del recurrente se hace todavía más remota, siendo por tal motivo pareja la situación del procesado doctor Sanchez Rodríguez a la de aquellos co-acusados que sólo aparecen en uno de los procesos acumulados, y por lo mismo no pueden derivar del proceso inicial o de otro de los acumulados beneficios o gracias incompatibles con su situación particular y concreta.

Bueno será aclarar, entonces, que la confirmación de la providencia motivo de alzada no deriva de la no prestación oportuna de la caución impuesta dentro de la causa 3557C donde se había decretado la excarcelación del enjuiciado doctor Sánchez Rodríguez, sino de la acumulación sobreviniente de otros procedimientos bajo los cuales está prevista y operante su detención, al cual se agrega la orden judicial en firme de suspensión de aquel proceso, y de vigencia -hasta su actualización- del radicado 10672A, cuya resolución de acusación tiene por fecha de ejecutoria el 3 de enero de 1996.

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

RESUELVE:

CONFIRMAR en todas sus partes la providencia recurrida del 16 de febrero próximo pasado, por medio de la cual se niega al acusado doctor Luis Alvaro Sánchez Rodríguez su libertad provisional dentro de las presentes causas acumuladas.

Comuníquese y cúmplase.

Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Carlos E. Mejía Escobar Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CALUMNIA/ INJURIA

El artículo 21 de la Constitución Política establece: «Se garantiza el derecho a la honra. La ley señalará la forma de su protección».

A su vez el artículo 313 del Código Penal tipifica el delito de injuria diciendo: «El que haga a otra persona imputaciones deshonrosas, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años y multa de un mil a cien mil pesos».

La honra es entendida como la buena fama, o el buen concepto de que goza una persona ante la sociedad, de manera que la conducta punible consiste en hacer a alguien, conocido o determinable, imputaciones que tengan capacidad para dañar o menoscabar el prestigio, el buen nombre que tiene ante la opinión pública, independientemente del resultado que se produzca.

La legislación colombiana solo consagra como sancionable el comportamiento doloso, esto es, el realizado sabiendo que la imputación que se hace es deshonrosa para el agraviado, y pese a ello queriendo hacerla.

El hecho de considerar a los Concejales hombres públicos, cuya hoja de vida está sometida al permanente escrutinio de la ciudadanía, no significa, que puedan ser blanco de todo tipo de ataques contra su honra sin que ello se enmarque en las previsiones del Código Penal. La protección constitucional y legal no excluye a los personajes públicos, quienes justamente por su actividad están más expuestos a ser agredidos en su integridad moral, de manera que una cosa es que respecto de muchos abusos que se cometen no se presente la querella necesaria para activar la intervención judicial, y otra que esos hechos no constituyan lesión a un interés jurídico protegido.

Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Penal.- Santa Fe de Bogotá, D.C., abril dieciocho de mil novecientos noventa y seis.

Magistrado Ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel*

Aprobado Acta No. 58

Proceso No. 10657

Vistos

Agotado el trámite previo de rigor, procede la Sala a calificar el mérito del sumario, dentro del proceso adelantado contra el doctor Carlos Alonso Lucio López, Representante a la Cámara por la circunscripción electoral de Santafé de Bogotá.

Hechos y Actuación Procesal

El señor Jorge Gerlein Echeverría, mediante apoderado formuló querella por los delitos de calumnia e injuria contra el doctor Carlos Alonso Lucio, porque el 10 de agosto de 1992, éste militante del M-19 lanzó a través de los medios de comunicación escritos y hablados una serie de improperios contra su poderdante y otros Concejales de Barranquilla, a quienes llamó los «*Cinco Jinetes de la Corrupción*», equiparándolos con el libro los Jinetes de la Corrupción o del Apocalipsis, que trata de las personas que están comprometidas con el narcotráfico en Colombia.

Por los mismos hechos, el señor Alejandro Munárriz Salcedo formuló querella contra el doctor Lucio, haciendo enfásis en que éste afirmó por diferentes medios de comunicación, entre ellos los noticieros Televista y Cosmovisión, así como en los periódicos La Libertad, El Heraldo y el Tiempo, lo siguiente: «Creemos que hay que revocar el mandato de cinco concejales de Barranquilla, que en nuestra opinión simbolizan lo más tradicional y lo más corrupto de la política en la capital del Atlántico. Pensamos que es necesario revocar el mandato a los concejales Alejandro Munárriz Salcedo... creemos que estas personas simbolizan exactamente la compra de votos... ellos configuran un club de boleteadores desde el concejo hacia la alcaldía.»

Aunque las dos querellas inicialmente correspondieron a distintos juzgados, por tratarse del mismo objeto y del mismo sindicado, fueron reunidas en el Juzgado Octavo Penal Municipal de Barranquilla, en donde se adelantó la averiguación de manera conjunta.

Recibida la indagatoria, la situación jurídica fue resuelta con medida de aseguramiento de caución por valor de dos salarios mínimos, por el punible de injuria.

El 21 de abril del año pasado, dando cumplimiento al artículo 6o. de la Ley 81 de 1993, el juzgado citó a los sujetos procesales a una audiencia de conciliación, pero no hubo acuerdo.

Con posterioridad al cierre de la investigación el sindicado se posesionó como Representante a la Cámara, razón por la cual el expediente fue remitido a esta Corporación por competencia.

PRUEBAS RECAUDADAS

a. Declaración del doctor David H. Juliao Ramos, quien se ratificó de la querella y afirmó que el implicado siguió insistiendo por la prensa, la radio y la televisión, en que el señor Jorge Gerlein Echeverría es una persona corrupta y hace parte de los Cinco Jinetes de la Corrupción en Barranquilla.

b. Se allegó copia de los ejemplares de los diarios «El Heraldo» y «La Libertad», ediciones del 11 y 12 de agosto de 1992, donde se publicaron las entrevistas con Carlos Alonso Lucio.

c. Se escuchó en declaración al señor Mario Varon Olarte, quien sostiene que el querellado «...lanzó imputaciones injuriosas y calumniosas contra el Dr. Jorge Gerlein y otros como fueron de señalarlos como personas corruptas, como los Jinetes de la Corrupción de Barranquilla, como saqueadores del erario público de Barranquilla...» Estas afirmaciones las hizo a través de los medios de comunicación hablados, escritos y televisados.

d. Testimonio del señor Alejandro Munarriz Salcedo, quien refiere que el señor Carlos Alonso Lucio llegó a Barranquilla a calumniar, injuriar y denigrar contra la moral de algunos concejales de la ciudad, en forma irresponsable y causándoles graves perjuicios morales, sociales y económicos, ya que mediante la utilización de los medios masivos de comunicación y campañas con megáfonos, allo parlantes, afiches y pancartas, los ha tildado de «ratas», de «Jinetes de la corrupción» y de ser los responsables del desgreño administrativo de Barranquilla.

e. Versión jurada del señor Orlando Rodríguez Saavedra, quien afirmó que los epítetos lanzados por Carlos Alonso Lucio son calumniosos, y que no ha podido ni podrá demostrar su veracidad, en cambio se han visto profundamente afectados la honra, el bienestar familiar y la seguridad personal de los agraviados, porque han sido amenazados telefónicamente por estas publicaciones.

f. Testimonio de Yaneth Cecilia Suárez, quien afirma que conversó con el acriminado sobre una campaña de recolección de firmas que él había iniciado con el fin de solicitar la revocatoria del mandato de algunos Concejales de Barranquilla. Respecto de las aseveraciones injuriosas se enteró por los medios de comunicación, y por lo comentado en el Concejo.

g. El querellante Jorge Gerlein Echeverría, considera que las afirmaciones de Lucio al declararlo como uno de los integrantes de los «Cinco Jinetes de la Corrupción» le han causado un inmenso daño moral, económico, psicológico y social, porque el sindicado no tiene derecho a blasfemar en contra de la trayectoria de su familia que nunca ha sido sentenciado

por juez alguno y por otro lado, jamás se ha apropiado de absolutamente nada porque el patrimonio que posee es producto de su trabajo y lo que ha heredado.

h. Indagatoria rendida por el doctor Carlos Alonso Lucio López. Refiere que estando en vigencia la Constitución de 1991, adelantó la recolección de firmas para iniciar el proceso de revocatoria del mandato de cinco concejales a quienes denominó «los jinetes de la corrupción de Barranquilla».

Que decidió emprender esa lucha no en los estrados judiciales, sino en el ejercicio de la participación ciudadana que consagra la misma Constitución Nacional, porque con el respaldo de cien mil firmantes de la ciudad de Barranquilla, consideró que los concejales que en múltiples oportunidades habían sido elegidos simbolizaban la corrupción que aqueja a la ciudad.

Es así como Jorge Gerlein el día 21 de agosto de 1992 en el diario «La Libertad» de Barranquilla, luego de enumerar mas de 30 barrios, aseguró que él les había conseguido los servicios de agua, arreglado las vías e instalado redes eléctricas y dado educación.

Como estos servicios se realizaron con dineros públicos, el concejal no podía hacer tales afirmaciones, porque no fue de su patrimonio que dispuso los dineros para estas obras, y por lo tanto estima que esta es una « de las prácticas de corrupción política Colombiana».

Las afirmaciones que hizo sobre la situación política en Barranquilla no han sido exclusivas de él, existen documentos, como el discurso de posesión del padre Hoyos, donde hace una enumeración de los problemas de la ciudad y especialmente de la corrupción e inmoralidad administrativa por la que está atravesando.

Reconoce que visitó varios diarios y en ellos se publicaron las declaraciones expuestas en torno a la corrupción en la ciudad de Barranquilla, pero que él no le imputó un delito a persona determinada porque «...en primer lugar insisto en mi tesis que Jorge Gerlein Echeverría ha sido durante varios periodos incluido el actual, concejal de Barranquilla, que en relación con este concejal y con otros cuatro concejales inicié un proceso de revocatoria del mandato que es un proceso político y que tiene un clarísimo sustento constitucional, en segundo lugar yo no he lanzado improperios contra la integridad moral del Concejal Gerlein sino que expuse planteamientos que afirman que Gerlein Echeverría ha realizado prácticas que atentan contra el ejercicio de una sana democracia como politiquería, clientelismo, adjudicándose como propias obras que han sido realizadas con dineros públicos por la administración pública de Barranquilla y que este tipo de prácticas generan fenómenos de corrucción (sic) que, le repito, no son inventados por mí...»

Por último, argumenta que su intención nunca fue la de deshonrar a ningún ciudadano en particular, sino la de promover la revocatoria del mandato de unos concejales de Barranquilla que en sus condiciones de coadministradores formaban parte de la burocracia municipal.

ALEGATOS DE LAS PARTES

1o. El apoderado de la parte civil presentó un escrito ante el juzgado que venía conociendo del proceso, y en él solicita que se profiera resolución de acusación contra el imputado por el delito de injuria. Las razones en que se apoya son las siguientes:

Para que la injuria se tipifique es necesario que estén presentes sus dos elementos esenciales, la materialidad de una o varias palabras ultrajantes, lo cual está perfectamente demostrado en autos, y el ánimo de ofender o ultrajar, que se desprende de su condición de profesional del derecho, que no solo se dedicó a injuriar a través de medios de comunicación, sino que se mantiene en lo mismo cuando rinde su indagatoria, y trata de justificar su ilicitud con una carta y firmas que aporta al proceso, aduciendo su apoderado que se deberían vincular al proceso a todos los firmantes, cosa que no tiene sentido jurídico.

El elemento material requiere de la existencia de un acto externo que tenga la capacidad de manifestar a los sentidos ajenos la idea ultrajante, el *animus injuriandi*, es decir, el dolo, y éste es muy claro en el proceso. la intención maligna es obvia, pues el implicado pretendió acabar con la moral de varios Concejales en la ciudad de Barranquilla, causando daño a su poderdante. Lo que hizo no fue recoger el sentir del pueblo de Barranquilla a través de mecanismos democráticos, como él lo dice, sino encuadrar su conducta en el Código Penal, pues los artículos 20 y 40 de la Constitución Política no están reglamentados, y ellos no autorizan a que una persona atente contra la integridad moral de otra.

La tradición legislativa en Colombia siempre ha exigido que la imputación se haga a una persona conocida o fácilmente identificable, y en este caso, el doctor Jorge Gerlein es de reconocida honorabilidad, y a él se le atribuyó el hecho deshonroso.

Luego de referirse a las declaraciones recaudadas, concluye que hay suficiente prueba para proferir contra el querellado resolución acusatoria por el delito de injuria, con la agravante del inciso 1o. del artículo 316 del Código Penal.

2o. El defensor presentó a esta Corporación un memorial en el que solicita que al calificar el mérito del sumario se profiera resolución de preclusión de la instrucción, por estar demostrados los requisitos exigidos por el art. 36 del Código de Procedimiento Penal.

Considera que cuando su representado afirmó que los Concejales de Barranquilla son los «Jinetes de la Corrupción», no estaba haciendo otra cosa que interpretar un sentimiento expresado por la mayoría de los ciudadanos, quienes pensaban que algunos de los políticos se hacían elegir en cargos públicos o de elección popular, mediante prácticas clientelistas que tienen a la ciudad en la más absoluta corrupción administrativa.

Las críticas de Carlos Alonso Lucio pueden ser severas pero no deben considerarse fuentes de delito, pues no tienen la capacidad o virtud suficiente para herir la honra, reputación o dignidad de los doctores Jorge Gerlein Echeverría y Alejandro Munarriz, quienes como hombres públicos están sometidos al examen de su hoja de vida por parte del conglomerado social.

En la injuria el dolo está en el querer emitir la expresión ultrajante con la conciencia del poder ofensivo del medio empleado, y es necesario que las palabras pronunciadas constituyan un ataque al honor, y además que se hayan pronunciado con el ánimo de causar daño; y como la intención de Carlos Alonso Lucio no fue la de ofender a los denunciantes no existió el propósito de causar daño, por lo tanto no se configura el dolo, elemento necesario de la culpabilidad, el que no se puede presumir. Por lo tanto, no es culpable de este delito.

Consideraciones de la Sala

De las pruebas aportadas a la investigación aparecen debidamente acreditados los siguientes hechos:

1. El Dr. Carlos Alonso Lucio López fue elegido Representante a la Cámara por la circunscripción electoral de Santa Fe de Bogotá, para el período constitucional 1994-1998, y actualmente se halla en ejercicio de sus funciones, por consiguiente goza del fuero establecido en el artículo 186 de la Constitución Política, que en armonía con el numeral 3o. del artículo 235 ibidem, le otorga competencia a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia para la investigación y eventual juzgamiento de los hechos a él imputados.

2. El Congresista investigado hizo en Barranquilla afirmaciones que fueron divulgadas a través de diferentes medios de comunicación los días 10, 11 y 12 de agosto de 1992, en contra de los concejales de Barranquilla Jorge Gerlein Echeverría, Alejandro Munarriz Salcedo, Orlando Rodríguez Saavedra, Mario Varón Olarte y Hernán Mogollón Bacca, a quienes entre otros calificativos llamó «Los cinco jinetes de la corrupción», parodiando el título de un libro que para la época estaba en circulación y que hacía referencia a personas comprometidas con el narcotráfico, lo cual dió lugar a que los dos primeros presentaran oportuna querella en su contra.

En las distintas versiones recibidas se alude a que los ataques fueron divulgados en prensa escrita y noticieros de televisión y de radio, lo cual

no desmiente el acriminado, sin embargo lo que se allegó al expediente fue un ejemplar del diario «El Heraldo» de fecha 11 de agosto de 1992, y dos ejemplares del periódico «La Libertad», uno del 11 y el otro del 12 de agosto del mismo año. Sobre lo allí publicado el doctor Lucio dice textualmente en la indagatoria: «Si visité esas instalaciones y esos diarios recogieron las declaraciones que yo expresé».

Concretamente, en la página 6A del Heraldo, bajo el Título «Revocar la credencial a 5 Concejales, pedirá M 19», se lee lo siguiente:

«Lucio afirmó, en visita a esta redacción, que si no se lucha contra la corrupción no habrá desarrollo ni democracia y por eso solicitarán, a través de la recolección de 100 mil firmas que presentarán ante el Consejo Nacional Electoral, la revocatoria del mandato de los ediles Orlando Rodríguez, Hernando Mogollón, Alejandro Munárriz, Jorge Gerlein, y Mario Varón, que según Lucio, 'simbolizan la corrupción y las viejas formas de la acción politiquera en esta ciudad'".

Y más adelante agrega: «Creemos que revocarle el mandato a esas personas significa eliminar definitivamente a quienes boletean desde el Concejo la administración del Alcalde Hoyos. Eso significará quitarle una serie de amarras y de chantajes, para poder generar este proceso de renovación que espera ansioso el pueblo barranquillero»

«El ex-candidato a la Alcaldía de Bogotá dijo que desde Barranquilla generaremos la primera revocatoria del mandato de concejales en la historia del país.

«Afirmó que los motivos por los cuales deben ser removidos estos ediles son de conocimiento público en Barranquilla. 'La historia de la compra de votos y los muchísimos excesos y corrupciones, que hasta da vergüenza recordarlas, son motivos suficientes para revocarles sus credenciales'.

«Agregó que esas mismas razones son suficientes para que Barranquilla se dé el lujo de ver salir a los corruptos no porque se les acabe su período- sino porque la misma ciudadanía los expulsará.»

En la página 4A del periódico «La Libertad», con el título, «Por corruptos. Dirigente del M-19 pide revocar el mandato a cinco concejales», se publica un extenso reportaje, en cuyos apartes que interesan a la investigación dice:

« Creemos que hay que revocar el mandato de cinco concejales de Barranquilla, que en nuestra opinión simbolizan lo más tradicional y lo más corrupto de la política en la Capital del Atlántico. Pensamos que es necesario revocar el mandato a los concejales, Alejandro Munárriz Saledo, Mario Varón Olarte, Orlando Rodríguez, Hernán Mogollón y Jorge Gerlein', enfatizó Lucio».

«Expresó Lucio, que su propuesta de revocarle el mandato a los concejales antes mencionados, tenía dos orígenes, 'y lo están demostrando los acontecimientos, el propósito por erradicar la corrupción y por erradicar a los símbolos de la política corrupta en el Departamento, debe estar presente en la ciudadanía barranquillera y del Atlántico.

Creemos que esas personas simbolizan exactamente esas prácticas de la vieja política, la compra del voto, el manejo de los contratos, la presencia en la junta directiva de las EPM cuyos resultados son dolorosos y criminales en esta ciudad. Creemos además, que no podemos permitir que a la empresa del padre Bernardo Hoyos, se le cree un sindicato, anticambio, en el Concejo de Barranquilla, que lo boletee, lo chantajee y lo obligue a veces a hacer unos acuerdos que no son benéficos, para la ciudadanía».

En la edición del 12 de agosto, en el mismo periódico La Libertad, página 4A, con el título «El referéndum será el arma para derrotar a los cinco jinetes de la corrupción: Lucio»; y los subtítulos, « Ratifica acusaciones contra Munárriz, Rodríguez, Varón, Gerlein y Mogollón, a quienes llamó los Jinetes de la Corrupción. Afirma que 55 mil firmas serán suficientes para revocarles el mandato», se señala lo siguiente :

« Y si el desafío que tenemos es conseguir cien mil firmas hay la absoluta seguridad, de que no solamente es el hecho jurídico sino el peso político de la decisión popular de lo que va a estar por encima de cualquier pataleta de estos cinco 'Jinetes de la Corrupción' en Barranquilla, enfatizó Lucio».

3o. El artículo 21 de la Constitución Política establece: «Se garantiza el derecho a la honra. La ley señalara la forma de su protección».

A su vez el artículo 313 del Código Penal tipifica el delito de injuria diciendo: «El que haga a otra persona imputaciones deshonrosas, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años y multa de un mil a cien mil pesos».

La honra es entendida como la buena fama, o el buen concepto de que goza una persona ante la sociedad, de manera que la conducta punible consiste en hacer a alguien, conocido o determinable, imputaciones que tengan capacidad para dañar o menoscabar el prestigio, el buen nombre que tiene ante la opinión pública, independientemente del resultado que se produzca.

La legislación colombiana sólo consagra como sancionable el comportamiento doloso, esto es, el realizado sabiendo que la imputación que se hace es deshonrosa para el agraviado, y pese a ello queriendo hacerla.

En el caso concreto que nos ocupa, está debidamente acreditado que el doctor Lucio imputó a los querellantes la condición de «corruptos», en el

sentido de ser símbolos de la politiquería, de participar en la Junta Directiva de las Empresas Públicas Municipales con resultados dolosos y criminales, y de no ser dignos de pertenecer al Concejo por ser los autores del deterioro de Barranquilla, todo lo cual englobó en el calificativo de ser los «jinetes de la corrupción».

No obstante el empleo de términos muy cercanos al ámbito del Derecho Penal, en realidad no se infiere que de manera concreta haya hecho la imputación de una conducta punible, pero sí es claro que en forma pública y directa, a través de medios de comunicación, los señaló como personas incorrectas en el manejo de los asuntos que les fueron confiados como miembros del Concejo de Barranquilla.

La campaña de desprestigio emprendida por el ahora Congresista, comprometió tan seriamente la honra de los señalados como corruptos, que en el expediente hay pruebas que indican que ante las injurias proferidas empezaron a recibir amenazas e insultos que alteraron notablemente su tranquilidad personal y familiar.

4o. A diferencia de lo afirmado a los medios de comunicación, el implicado trata en la indagatoria de que se vean sus palabras como pronunciadas en forma genérica, abstracta, como de denuncia de un problema de Barranquilla, y como ejercicio de una posibilidad constitucional de revocatoria del mandato, ajena a la intención de deshonrar a unos ciudadanos, a quienes no conoce.

La excusa no es de recibo, pues lo que emerge de la prueba recaudada es que pretendió liderar la revocatoria del mandato de unos Concejales perfectamente individualizados e identificados, empleando como estrategia una campaña para presentarlos ante la sociedad como «corruptos», expresión cuya connotación social los asimila a deshonestos, no honrados, pillos, etc., y así lograr las firmas requeridas para su cometido.

La argumentación empleada en la injurada es incluso contradictoria, pues por momentos trata de demostrar que su dicho corresponde a la verdad, pero las situaciones que plantea son muy débiles probatoriamente, y con ellas lo que logra es poner en evidencia que si el único motivo que tuvo para su ataque es lo que expone, utilizó expresiones desmedidas y lesivas de la honra de unas personas que no tenía por qué agraviar de esa manera, y mucho menos si ni siquiera las conocía.

5o. La tesis del defensor, consistente en que su cliente no obró con dolo, también se aleja de la realidad procesal, pues lo que resulta ostensible es que el doctor Lucio era plenamente conciente de que las imputaciones que lanzaba contra los doctores Gerlein y Munárriz los lesionaba en su honra y buen nombre, a tal punto, que posiblemente por ese ilícito medio lograría apoyo para sacarlos del Concejo.

Como ya se advirtió, tampoco es cierto que las expresiones injuriosas no fueran dirigidas contra personas determinadas, pues está establecido que siempre tuvo el cuidado de relacionarlas con nombres propios, de modo que las distintas publicaciones son uniformes al precisar los sujetos pasivos de los ataques proferidos por el acriminado, y en ninguna de ellas hay la más mínima confusión en ese aspecto.

El hecho de considerar a los Concejales hombres públicos, cuya hoja de vida está sometida al permanente escrutinio de la ciudadanía, no significa, como erradamente lo cree el defensor, que puedan ser blanco de todo tipo de ataques contra su honra sin que ello se enmarque en las previsiones del Código Penal. La protección constitucional y legal no excluye a los personajes públicos, quienes justamente por su actividad están más expuestos a ser agredidos en su integridad moral, de manera que una cosa es que respecto de muchos abusos que se cometen no se presente la querella necesaria para activar la intervención judicial, y otra que esos hechos no contituyan lesión a un interés jurídico protegido.

4o. La conducta analizada está prevista en el Título XII, capítulo Unico, artículos 313 y 316 del Código Penal, y respecto de ella no hay en este momento causal de justificación o de inculpabilidad atendible.

De otra parte, también se reunen a cabalidad los requisitos sustanciales para proferir resolución de acusación, pues está demostrada la ocurrencia del hecho, y la prueba documental, testimonial, y la propia versión del indagado, comprometen seriamente su responsabilidad.

8. Como la medida de aseguramiento prevista para el delito por el cual se procede es la de caución, y ella fue impuesta en el momento de resolver la situación jurídica, dicha medida se mantiene en los mismos términos, por lo tanto el procesado seguirá sometido al cumplimiento de las obligaciones previstas en el artículo 419 del Código de Procedimiento Penal.

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

RESUELVE

PRIMERO: Proferir resolución de acusación en contra del aforado, doctor Carlos Alonso Lucio Lopez, de condiciones civiles y personales conocidas en autos, como presunto autor responsable del delito de injuria, conducta tipificada en el Código Penal, Libro II, Título XII, Capítulo Unico, según los hechos y circunstancias descritas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Mantener la medida de aseguramiento impuesta en los términos anotados en la providencia del 2 de junio de 1993.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Fernando E. Arboleda Ripoll. Ricardo Calvete Rangel , Jorge Córdoba Poveda, Carlos E. Mejía Escobar. Carlos Augusto Gálvez Argote, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar. Secretaria.

RECUSACION/ ACCION DE TUTELA

Las acciones de tutela en las que se ampara la recusación planteada no tienen el poder vinculante que la ley le otorga al proceso penal o al disciplinario. Las diferencias entre ellos son ostensibles en cuanto su naturaleza, orígenes, fines y trámites que los hace insalvables.

Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., diecinueve (19) de abril de mil novecientos noventa y seis (1996).

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

Aprobado Acta No.59

Proceso No. 9872

Vistos

Procede la Corte a pronunciarse sobre la recusación inaceptada por los Magistrado Doctor Didimo Páez Velandia Y Jaime Rico Carvajal.

Antecedentes

Mediante escrito del 10 de octubre de 1995, con base en la causal prevista en el numeral 10 del artículo 103 del Código de Procedimiento Penal, el procesado José Angel Aparicio Gómez recusó a los integrantes de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, por haber instaurado en su contra varias acciones de tutela dentro de las cuales la Corporación en su condición de demandada quedó vinculada jurídicamente.

Mediante auto del 12 de marzo de 1996 los doctores Didimo Páez Velandia, y Jaime Rico Carvajal, rechazan la recusación por considerarla infundada, ya que los argumentos exhibidos por el peticionario no logran adecuarse a las descripciones fácticas que contienen la causal invocada. Además, ninguno de ellos tiene conocimiento de que el accionante haya formulado denuncia o querella ante los organismos competentes que justifique la separación del conocimiento del proceso.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La causal aducida por el peticionario como sustento de la recusación presentada, hace relación a que el funcionario judicial haya estado vinculado legalmente a una investigación penal o disciplinaria en la que se le hayan formulado cargos por denuncia instaurada con anterioridad a la iniciación del proceso por cualesquiera de los sujetos procesales.

Igualmente, cuando la denuncia sea posterior a la iniciación del proceso, caso en el cual procederá el impedimento o la recusación, al ordenarse dentro de él la vinculación jurídica del funcionario judicial.

Entonces, esta causal prospera cuando se trate de un proceso penal o disciplinario que se inicie o se hubiere iniciado contra el funcionario judicial que conoce del diligenciamiento, por denuncia o querella presentada por cualquiera de los sujetos procesales.

Así las cosas, surge diáfana la improcedencia de la recusación formulada, toda vez que los hechos relatados por el recusante no se adecuan a la causal legal invocada.

En efecto, las acciones de tutela en las que se ampara la recusación planteada no tienen el poder vinculante que la ley le otorga al proceso penal o al disciplinario. Las diferencias entre ellos son ostensibles en cuanto su naturaleza, orígenes, fines y trámite que los hacen inasimilables, razón por la cual se impone la desestimación de la recusación incoada.

Finalmente, cabe señalar que en el proceso no existe constancia en el sentido de que los Magistrados integrantes de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, hubieren sido vinculados a un proceso penal o disciplinario en razón de denuncia o querella presentada por el recusante José Angel Aparicio Gómez.

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

RESUELVE

DECLARAR INFUNDADA la recusación presentada contra los Magistrados integrantes de esta Sala, Doctores Dídimo Páez Velandia y Jaime Rico Carvajal.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos E. Mejía Escobar, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

TIPICIDAD/ SECUESTRO EXTORSIVO/ CONCUSION

Ninguna similitud jurídica existe entre la descripción típica que el artículo 140 del Código Penal hace de la concusión, con la que el artículo 268 ibidem respecto al secuestro extorsivo, pues aunque en uno y otro puede haber exigencia de dinero, dada la naturaleza del bien jurídico protegido no puede en ningún caso descuidarse el análisis de la situación fáctica en que la misma se presenta.

Si la exigencia de dinero se hace reteniendo o privando de la libertad a una persona, ninguna duda puede existir de que se está ante un secuestro extorsivo, pues lo exigido se constituye en el precio de la libertad de quien involuntariamente la ha perdido.

En efecto, el delito de secuestro extorsivo, de conformidad con la descripción típica que hace el artículo 268 del Código Penal, tiene como núcleo principal la afectación de la libertad personal, de ahí, que las conductas alternativas allí previstas, en su sentido natural implican su vulneración, tales como arrebatar, sustraer, retener, ocultar a una persona con el propósito de exigir por su libertad un provecho o cualquier otra utilidad, o para que se haga u omita algo, o con fines publicitarios o de carácter político.

Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Penal. Santafé de Bogotá, D.C., veintitrés (23) de abril de mil novecientos noventa y seis (1996).

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos Augusto Gálvez Argote*

Aprobado Acta no. 61

Proceso 11472

VISTOS

Decide la Corte la colisión negativa de competencias suscitada entre el Tribunal Nacional y el Tribunal Superior de Medellín, dentro del proceso seguido en contra de Luis Alirio Velandia Rodríguez, Antonio María Múnera Salazar y James Rodríguez Alvira por los delitos de secuestro extorsivo y secuestro simple.

ANTECEDENTES

Los hechos que dieron origen a la presente investigación tuvieron ocurrencia la noche del 15 de agosto de 1990, en la ciudad de Medellín, aproximadamente a las 10:00 de la noche, cuando Jesús Humberto Roldán Jiménez, salió del estadio Atanasio Girardot hacia su casa, luego de ver un partido de fútbol en compañía de su amigo Pedro Peláez, habiendo sido interceptados por un vehículo mazda en donde se transportaban varios sujetos vestidos de civil, manifestando que pertenecían al F-2 y debían retenerlo, pues en contra de él pesaba una orden de captura con fines de extradición emitida por uno de los entonces Juzgados de Orden Público de esta ciudad. Respecto de Pedro Peláez, manifestaron que se hacía igualmente necesario retenerlo, a efectos de investigar sus antecedentes.

Varios de los sujetos, se subieron al vehículo conducido por Roldán exigiéndole que siguiera el mazda en el que se transportaban los otros, advirtiéndole que sería conducido a las instalaciones del F 2 y puesto a órdenes de sus superiores si no les entregaba la suma de ciento cincuenta millones de pesos, pues conocían su situación económica. Sin embargo, los dos "retenidos" fueron trasladados por los sujetos a varios sitios de la ciudad, y en horas de la madrugada fueron dejados en libertad bajo el término perentorio de doce horas para que consiguieran la suma de treinta millones de pesos, pues de lo contrario correría riesgo su vida y la de su familia.

Tales hechos, fueron comentados inicialmente a un ex oficial del ejército, amigo de Jesús Roldán, quien lo acompañó a las instalaciones de la policía a formular la correspondiente denuncia, el 16 de agosto de 1990, la cual sirvió de base para la captura de los agentes de la policía Reinaldo Ramírez González y Luis Alirio Velandia Rodríguez. Tales diligencias fueron enviadas por el Juzgado setenta y tres de Instrucción Penal Militar a un Juez especializado, por considerar que los hechos imputados a los capturados no guardaban relación con el servicio.

El entonces Juzgado Quinto Especializado de Medellín, mediante auto del 2 de agosto de 1990, avocó el conocimiento de la investigación, vinculando mediante indagatoria a los capturados (fs. 10 y 13), no obstante, mediante auto del 24 de agosto del mismo año (f. 16) remitió la actuación a los Jueces de Instrucción Criminal proponiendo colisión de competencia negativa, como quiera que en su criterio, el delito que podía imputárseles a los vinculados era el de concusión.

En la misma fecha, asumió el conocimiento de la actuación, el Juez Noveno de Instrucción Criminal Ambulante (f. 17), y mediante auto del 27 de agosto resolvió la situación jurídica de los aprehendidos con medida de aseguramiento consistente en detención preventiva por el delito de concusión.

Así mismo, después de recepcionar alguna prueba testimonial, arriba a la conclusión de que el delito a tipificar es el de secuestro extorsivo, disponiendo el envío de las diligencias al Tribunal Superior de Medellín, mediante auto del 30 de agosto de 1990 (f. 40), para que resolviera la colisión de competencias propuesta inicialmente por el Juzgado Quinto Especializado, habiéndose abstenido dicha Corporación de conocer del asunto, por cuanto la colisión "no se planteó legalmente".

Devuelta entonces la actuación al Juzgado Noveno de Instrucción Criminal, recepcionó otras declaraciones, y por auto del 6 de septiembre de 1990 (f.57) remitió la actuación al Juzgado Quinto Especializado, pues, como se dijo, en su criterio, se tipificaba el delito de secuestro extorsivo.

Recibidas las diligencias por el Juez Especializado (f.58), avocó el conocimiento de la investigación el 7 de septiembre del mismo año, a la cual se allegaron los autos proferidos por el Juzgado Noventa y dos de Instrucción Penal Militar, por medio de los cuales se dispuso la libertad a Antonio María Múnera Salazar y se ordenó la captura del mismo habida consideración de que el delito por el que se le investigaba -secuestro extorsivo- no permite su excarcelación, procediéndose de nuevo a su captura y a vincularlo mediante indagatoria, para luego resolverle la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva por el delito de secuestro extorsivo (f. 75).

El 19 de noviembre siguiente, el defensor de Reinaldo Ramírez González le solicitó al Juez Especializado se declarara incompetente (f. 146), habida consideración de que la conducta de los procesados se adecuaba al delito de concusión, habiéndosele resuelto negativamente, el 4 de diciembre (f. 153).

Resuelto desfavorablemente el recurso de reposición interpuesto, se concedió subsidiariamente el de apelación, que desató el entonces Tribunal de Orden Público, el 14 de marzo de 1991 (f. 203) confirmando el auto impugnado y concediendo libertad provisional a los procesados con fundamento en el artículo 439.4 del Código de Procedimiento Penal.

Habiéndose desaparecido el proceso durante el envío de Bogotá a Medellín, por cuenta del Tribunal de Orden Público, se dispuso su reconstrucción, y ya en vigencia del Decreto 2700 de 1991, reconstruido el mismo, continuó la investigación un Fiscal Regional (f.217), ordenando la vinculación mediante indagatoria de James Ramírez Alvira, disponiéndose su captura, sin resultados positivos, razón por la cual fue declarado ausente (f.277) y afectado con detención preventiva por los delitos de secuestro extorsivo y secuestro simple, insistiendo además en su captura, al momento de resolverle la situación jurídica (f. 289), al tiempo que se aclaró la situación jurídica de Alirio Velandia en el sentido de modificar la calificación provisional por los mismos delitos imputados a Ramírez Alvira.

El 26 de abril de 1994 (f. 245) se precluyó la investigación respecto de Reinaldo Ramírez González, como quiera que se demostró que su muerte ocurrió en esta ciudad el 8 de mayo de 1993.

Clausurada la investigación el 15 de septiembre de 1994 (f.301), se calificó el mérito probatorio del sumario el 31 de octubre de 1994, profiriendo resolución acusatoria en contra de James Ramírez Alvira, Antonio María Múnera Salazar y Luis Alirio Velandia Rodríguez por los delitos de secuestro extorsivo y secuestro simple, revocando en consecuencia la libertad provisional concedida durante la instrucción y disponiendo al efecto su captura.

Apelada la anterior decisión por el defensor de Velandia y Múnera fue confirmada por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional, el 7 de febrero de 1995 (f. 416).

En la etapa del juicio un Juez Regional de Medellín decretó y practicó las pruebas solicitadas por el defensor de Velandia Ramírez y el Ministerio Público, citando para sentencia el 24 de julio de 1995 y recibidos los alegatos correspondientes, profirió el fallo de primera instancia el 15 de septiembre del año anterior, condenando a los procesados a la pena principal de ochenta y un (81) meses de prisión y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo.

Contra el fallo anterior el defensor de los procesados Velandia Rodríguez y Múnera Salazar interpuso recurso de apelación, que el Tribunal Nacional resolvió de la siguiente manera:

a. Desechó la solicitud de nulidad de la sentencia, por falta de motivación, aunque acepta que es parca en análisis y comentarios.

b. Consideró procedente "examinar el otro aspecto de la alegación defensista en el sentido de que no valoró la prueba con el rigor científico exigible del cual lo cual hubiera permitido confirmar su acerto (sic) de que no existe en el informativo medio de convicción que exige la ley para dictar sentencia condenatoria por el delito de secuestro extorsivo, sino a lo sumo por concusión y detención arbitraria, lo que de confirmarse generaría causal de inhibición, para esta instancia, por falta de factor funcional de competencia".

A partir de esto, inicia el análisis probatorio resaltando la importancia que para el proceso han tenido la descripción de los hechos y sus autores hecha por los ofendidos Roldán y Peláez, para concluir que como los procesados actuaron invocando su investidura oficial, así como la existencia de una presunta orden de captura en contra de Roldán y la necesidad de investigar a Peláez sobre sus antecedentes, lo que existe es una "aparente asimilación a la conducta del secuestro extorsivo", pues "debe decirse agrega

que dada la calidad del agente activo del reato, cualificada y las condiciones modales del hecho y del comportamiento desplegado por los mismos, la norma a aplicar sería la del art. 140 del C.P.P."

Vuelve a apreciar probatoriamente los hechos, para denotar cómo los argumentos expuestos en la primera instancia para estructurar la existencia del secuestro extorsivo, esto es, que no existía orden de captura en contra de las víctimas, ni mucho menos que estos fueran buscados, son equivocados como quiera que tratándose de un delito contra la administración pública lo que "se viola es el deber que el funcionario tiene en razón de su institución, utilizando tal investidura en su propio beneficio y en perjuicio de un tercero, no siendo por lo tanto necesario que actúe dentro de los marcos de su función, sino en razón de su función...".

Entendidos así los hechos, para el Tribunal Nacional, la amenaza de hacer efectiva una presunta orden de captura contra Roldán y la necesidad de investigar a Peláez constituyó el constreñimiento necesario para que se vieran en la obligación de aceptar las exigencias de dinero, existiendo por tanto un concurso delictual entre la concusión y la privación ilegal de la libertad, vulnerándose por ende el bien jurídico de la administración pública y la libertad individual.

En consecuencia, se inhibe de conocer de la sentencia recurrida y dispone el envío de la actuación al Tribunal Superior de Medellín proponiéndole colisión de competencia negativa.

Por su parte, el Tribunal de Medellín se aparta por completo de las razones expuestas por el Tribunal Nacional respecto de la tipificación del delito, pues mientras la concusión se caracteriza por el constreñimiento o la inducción sobre la persona afectada, el secuestro exige como núcleo esencial la retención por la fuerza, apoyándose para ello en jurisprudencia de esta Sala, y denotando a continuación que en el caso presente, las víctimas no sólo fueron amenazadas aduciendo una falsa orden de captura para fines de extradición, sino que para lograr la entrega del dinero exigido se amenazó con matar a Roldán, indicándole que toda su familia estaba localizada, aceptando en consecuencia la colisión propuesta y disponiendo el proceso a ésta Corporación, para los fines de esta decisión.

Consideraciones

Las concretas y acertadas razones del Tribunal de Medellín resultan más que suficientes para que, desde ahora, afirme la Sala que la competencia para conocer de este asunto corresponde indiscutiblemente al Tribunal Nacional.

Sin embargo, la Corte estima necesario hacer algunas precisiones, habida cuenta de la protuberante confusión conceptual que en torno a estos dos tipos penales deja al descubierto el Tribunal Nacional. Veamos:

1. Debe la Sala señalar en primer lugar la contradicción que entraña el pronunciamiento del Tribunal Nacional al inhibirse de revisar la sentencia impugnada so pretexto de considerarse incompetente, cuando en últimas asume el conocimiento de la misma estudiando los argumentos que sirvieron para sustentar el recurso en virtud del cual emitió su pronunciamiento, como que analiza en primer lugar la nulidad que por falta de motivación de la sentencia adujo el apelante, al igual que de la adecuación típica de la conducta por la que se investigó y juzgó a los procesados, aunque de ello analiza la incompetencia para decidir.

2. La mecánica que fuera de contexto y alejada por completo de la tradición jurisprudencial que respecto al tratamiento y análisis que merece la hermenéutica jurídico-penal de los diferentes tipos en orden a la prevalencia, que por su esencia tiene el núcleo típico, entendido como el verbo rector, en cuanto determina la conducta sancionable penalmente, frente a los diferentes elementos integrantes del mismo, no deja duda de la ligereza con la que el Tribunal decidió evitar el conocimiento del presente proceso.

3. Ninguna similitud jurídica existe entre la descripción típica que el artículo 140 del Código Penal hace de la concusión, con la que el artículo 268 *ibidem* respecto al secuestro extorsivo, pues aunque en uno y otro puede haber exigencia de dinero, dada la naturaleza del bien jurídico protegido no puede en ningún caso descuidarse el análisis de la situación fáctica en que la misma se presenta.

En efecto, la Sala en reciente oportunidad, cumpliendo la función de ponente quien ahora funge igual calidad, al estudiar lo relativo con el proceso de adecuación típica, explicó cómo no se puede olvidar que éste "está compuesto de una doble función científica que debe quedar clara, pues *el hecho de que para establecer la tipicidad de una conducta implique confrontar el supuesto fáctico con la descripción legal no está significando que en esa mecánica mental quede agotada la función, como en principio suele creerse, ya que esta exige una doble labor previa como es la concreción del contenido y alcance de la descripción típica*. Por tanto se debe insistir- primero debe establecerse el sentido típico para luego saber si una determinada conducta corresponde al alcance hermenéutico que previamente se le ha dado; de ahí que sea la ley la que se interpreta y no los hechos, pues estos se valoran" (Decisión de marzo 13 de 1996, proceso No. 11.297. Resaltado fuera de texto).

4. Tales presupuestos, es evidente, ni siquiera fueron recordados por el Tribunal Nacional, quien a pesar de haberse pronunciado sobre la calificación de la conducta al decidir un recurso de apelación, en la época que ostentaba la denominación de Tribunal de Orden Público, afirmó que dicha jurisdicción era la competente para conocer del asunto, toda vez que

no se daban los elementos estructurales del delito de concusión, y por el contrario se daban los del secuestro extorsivo, así:

"en efecto, si bien en el comportamiento desarrollado por los sindicados pueden tener cabida elementos estructurales de los delitos de concusión y detención arbitraria, ya que aquellos eran empleados oficiales y abusando de la investidura de miembros de la Policía Nacional quisieron obtener provecho económico, privando del ejercicio de locomoción a Jesús Roldán y a su acompañante Pedro Peláez, no cabe duda que la norma transgredida es el artículo 268 del Código de las Penas que describe el secuestro extorsivo, pues si respecto del sujeto pasivo de los hechos que se investigan no pesaban órdenes de captura, ni era predicable el estado de flagrancia y no existen constancias de que fueran públicamente requeridos por las autoridades, es obvio, se repite, que los sindicados quedaron incursos en la norma en comento." (f. 206).

No puede admitir entonces la Sala, esos cambios de parecer, cuando ninguna prueba de especial importancia se recepcionó con posterioridad a tal decisión, que de suyo fue la que propició que el proceso lo calificara un Fiscal Regional y lo fallara un Juez de la misma categoría, para que a última hora, decida declararse incompetente, y lo que es más grave, so pretexto de una interpretación normativa que lo único que ha suscitado es la dilación injustificada del curso normal del proceso.

5. En efecto, la confusión del Tribunal Nacional para considerar que la conducta realizada por los aquí procesados radica, fundamentalmente, en la calidad que estos podían detentar al momento de la comisión del ilícito, así como la invocación que de ella hicieron ante sus víctimas, procurando una mayor credibilidad en sus propósitos de obtener el provecho económico, pues no de otra forma podría entenderse el contrasentido que implica su afirmación respecto a que no es necesario que el agente actúe "dentro de los marcos de su función, sino en razón de su función", pues es apenas lógico que si el delito se comete abusando del cargo o de la función la persona necesariamente debe estar en ejercicio del cargo o de la función, lo cual no aconteció en este caso.

Olvidó entonces el Tribunal Nacional la imprescindible relación de causalidad que debe existir en el ejercicio del cargo o de las funciones frente al acto de constreñimiento, inducción a efectos de obtener dinero u otra utilidad indebida.

6. Tampoco puede entenderse, que la privación de la libertad o cualquier otra limitación a la libertad de locomoción, pueda utilizarse como una forma del constreñimiento a que se refiere el artículo 140, pues resulta incuestionable que si el sujeto acude a mecanismos de presión de esta naturaleza para lograr un provecho ilícito de parte de su víctima no es el bien jurídico de la administración pública el que resulta vulnerado, sino bienes jurídicos de la más alta categorización dentro del plano de los

derechos fundamentales constitucionales de las personas, como lo son la libertad de locomoción, la autonomía personal y por su puesto la dignidad humana, ya que la víctima queda sometida a la voluntad de su captor, debiendo hacer lo que este le permite y le obliga bajo la amenaza de causarle un perjuicio.

Menos aún, resulta admisible afirmar, como lo hizo el Tribunal Nacional, que los procesados "se refugiaron en su condición de funcionarios con potestad para restringir la libertad de los ofendidos", ya que una tal forma de concebir la función policiva, resulta absolutamente desconocedora de que los procesados actuaron aquí como particulares, pues como reiteradamente lo ha sostenido la jurisprudencia, en ninguna forma podría entenderse que es función de la policía cometer delitos comunes estando en franquicia, como sucedió en este caso.

7. De igual manera, queda sin ningún sustento jurídico atendible, la afirmación en cuanto a la tipificación del delito de privación ilegal de la libertad, que -para el Tribunal- entraría a concursar con el de concusión, en la medida en que se afectó la libertad personal de las víctimas, pretendiendo con ello no dejar en el vacío la afectación de la libertad personal, con el procedimiento utilizado por los procesados.

Tal hipótesis no deja de ser en sí misma contradictoria como quiera que aparte de que estaría fraccionando una sóla conducta típica con la que se vulneró la libertad individual -de Roldán y de Peláez-, ya que estructura este segundo delito sobre un elemento que anteriormente le sirvió para tipificar el de concusión, y que aparte de quebrantar el *non bis in idem*, es en sí mismo contradictorio, pues el tipo penal que recoge íntegramente el comportamiento desplegado por los procesados es el de secuestro extorsivo, que en virtud del principio de especialidad es el que prima.

8. Por ello si la exigencia de dinero se hace reteniendo o privando de la libertad a una persona, ninguna duda puede existir de que se está ante un secuestro extorsivo, pues lo exigido se constituye en el precio de la libertad de quien involuntariamente la ha perdido.

En efecto, el delito de secuestro extorsivo, de conformidad con la descripción típica que hace el artículo 268 del Código Penal, tiene como núcleo principal la afectación de la libertad personal, de ahí, que las conductas alternativas allí previstas, en su sentido natural implican su vulneración, tales como arrebatar, sustraer, retener, ocultar a una persona con el propósito de exigir por su libertad un provecho o cualquier otra utilidad, o para que se haga u omita algo, o con fines publicitarios o de carácter político.

8. En el caso concreto, no existe duda de que los policiales involucrados en la presente investigación, tenían conocimiento suficiente sobre las actividades y situación económica de Jesús Roldán y la retención que respec-

to de él y su acompañante tuvo como único propósito obtener de este la suma de ciento cincuenta millones de pesos, que posteriormente redujeron a treinta, así como que su liberación se produjo bajo el compromiso de que Roldán los entregaría al día siguiente, pues de lo contrario corría peligro el y su familia, configurándose en consecuencia el delito de secuestro extorsivo, de competencia de la justicia regional.

Finalmente, la Corte estima necesario expedir copias de esta decisión y de la del Tribunal Nacional, con destino a la Fiscalías Delegadas ante la Corte Suprema de Justicia, a efectos de que se investigue a los Magistrados integrantes de dicha Sala, por el posible delito de prevaricato en que pudiesen haber incurrido.

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

RESUELVE

1o. Asignar definitivamente la competencia para conocer de este proceso al Tribunal Nacional, a donde se remitirá el expediente.

2o. Comunicar esta decisión al Tribunal Superior de Medellín.

3o. Expedir copias de esta decisión y la de fecha 19 de diciembre de 1995, proferida por el Tribunal Nacional, con destino a las Fiscalías Delegadas ante esta Coporación para los fines expuestos en la parte motiva.

Cúmplase.

Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

PENA PRINCIPAL/ SUSPENSION EN EL EJERCICIO DEL ARTE DE CONDUCIR VEHICULOS AUTOMOTORES/ PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Observa la Sala que la pena de suspensión en el oficio de conducir automotores por cinco años, se le impuso al procesado como accesoria, estando contemplada como principal para el delito de homicidio culposo, por el artículo 329 del Código Penal, con lo que se vulneró el principio de legalidad de la sanción, razón por la cual se casará oficiosamente el fallo y al tenor de lo dispuesto por los artículos 228 y 229-1 del C. de P.P., se ordenará que la suspensión en el arte de conducir sea impuesta como pena principal, por el lapso anteriormente señalado.

Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá D.C., veintitrés (23) de abril de mil novecientos noventa y seis (1996).

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

Aprobado Acta Nro.58

Proceso No. 9255

VISTOS

Mediante sentencia del 10 de septiembre de 1993, el Juzgado 15 Penal del Circuito de Medellín condenó al señor José Humberto Duque Zea, como autor responsable de los delitos de homicidio y lesiones culposas, a la pena principal de treinta y un (31) meses de prisión y multa de cinco mil pesos y a las accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas, por un período igual al de la pena privativa de la libertad; y de suspensión en el ejercicio del arte de conducir vehículos automotores, por cinco (5) años. Esta decisión fue confirmada integralmente en sentencia del 28 de octubre del mismo año, proferida por el Tribunal Superior de dicha ciudad.

Interpuesto oportunamente el recurso extraordinario de casación fue concedido. Posteriormente esta superioridad declaró la demanda ajustada a las exigencias legales y por ello dispuso oír al Ministerio Público, el

cual rindió el concepto que la ley le impone, en cabeza del Procurador Segundo en lo Penal quien insinúa que no se case el fallo impugnado.

Ahora la Sala procede a resolver lo pertinente luego de hacer un análisis de los siguientes:

HECHOS

El 19 de diciembre de 1991, más o menos hacia las seis de la tarde, colisionaron la motocicleta que conducía Carlos Augusto Botero y el automóvil Renault 4 manejado por José Humberto Duque Zea.

Como consecuencia del impacto resultó herido y posteriormente falleció el parrillero de la motocicleta, Omar Alonso Mejía Restrepo, y sufrió heridas el conductor de este vehículo, Carlos Augusto Botero.

ACTUACIÓN PROCESAL

El proceso penal se abrió por auto del 2 de enero de 1992. Antes de finalizar ese mes se le recibió indagatoria al sindicado Duque Zea y el 24 de febrero se cumplió la misma diligencia con Carlos Augusto Botero López.

En proveído del 6 de abril se decretó la detención de los dos procesados.

Con fecha del 23 de diciembre de 1992 se dictó resolución de acusación contra el señor Duque Zea por los delitos de homicidio y lesiones culposas y se decretó el cese de procedimiento en favor del otro sindicado.

La anterior decisión fue confirmada por la Fiscalía Delegada ante los Tribunales Superiores.

La diligencia de audiencia pública se realizó el 30 de julio de 1993 y las sentencias de primero y segundo grado se dictaron el 10 de septiembre y el 28 de octubre del mismo año.

ARGUMENTOS DE LA DEMANDA

La censura se enmarcó en la causal primera porque el actor considera que la sentencia infringió de manera directa una norma de carácter sustancial, concretamente el artículo 21 del C.P., pues en su opinión, se aplicó indebidamente, dejándose de aplicar el artículo 5o. que proscribe la responsabilidad objetiva y el 35 que determina las diversas formas de la culpabilidad.

El impugnante inicia una serie de consideraciones sobre la causalidad y la culpa, para concluir que el fenómeno culposo se fundamenta en el deber objetivo de cuidado, que es la precaución normal que debe tener el ciudadano medio para prever y evitar las posibles consecuencias riesgosas de su conducta y que se concreta cuando se evidencia un comportamiento descuidado del sujeto agente.

Tales reflexiones lo llevan a concluir que en el caso debatido los resultados ilícitos que se presentaron no fueron consecuencia del actuar del doctor Duque Zea; y si bien acepta que el procesado padece una severa miopía asegura que ella se encuentra corregida en un 90% de la visión frontal, correspondiendo la parte no corregida a la visión lateral.

Lo anterior lo lleva a rechazar las afirmaciones de las instancias que ubican a su protegido casi que en situación de ceguera y le atribuyen una imprudencia tan grave que raya con el dolo, porque estima que colocando en las mismas circunstancias a un hombre prudente con el ciento por ciento de su visión, el accidente se hubiera presentado igualmente; y aduce que si esto es así «es porque el aumento del riesgo que le es imputable a mi defendido no fue la causa normativamente hablando, del resultado. O dicho de otra manera, el resultado en este caso no es imputable objetivamente al aumento de riesgo creado por el actuar del procesado sino a un hecho distinto, que puede ser atribuible más bien al aumento del riesgo creado por la víctima (conducir a las 6:10 p.m. en momentos en que la oscuridad del día ya es evidente, sin luces, sin pito y sin las máximas precauciones que exigen estas circunstancias) o a un caso fortuito».

Bajo las anteriores consideraciones el casacionista termina solicitando se case el fallo y se profiera uno sustitutivo de carácter absolutorio.

Crítico del Procurador

Segundo Delegado en lo Penal

El representante del Ministerio Público concepúa que a pesar de que el cargo es preciso en su enunciado «esta inicial exactitud plasmada en la invocación del cargo no perdura, porque el libelista cuña su argumentación a disentir de los hechos declarados en la sentencia y no, en estricto sentido, de las normas sustanciales como debería serlo en acogimiento de la causal enunciada».

Su afirmación la basa en que el demandante concreta los elementos normativos necesarios para que se pueda estructurar un delito culposo pero termina proponiendo «una situación fáctica diferente a la considerada en la sentencia impugnada y sobre los hechos que presenta, el casacionista reclama consecuencias jurídicas de irresponsabilidad penal para el comportamiento imputado al procesado».

Estima que el censor le concede la razón a los falladores en cuanto acepta que las severas limitaciones visuales del procesado aumentaban las posibilidades del accidente, pero a renglón seguido presenta su hipótesis sobre la ocurrencia de los hechos, diversa a los hechos aceptados y declarados en la sentencia impugnada y que debía aceptar si pretendía demostrar una violación directa de la ley sustancial.

El Delegado prosigue manifestando que el censor asegura que los resultados punibles, homicidio y lesiones personales, «no pueden ser atribuidos a la disminución del 10% de la visual del procesado», con lo cual el casacionista se opone a la conclusión que en punto al actuar imprudente y su consiguiente responsabilidad dedujeron los falladores en contra del procesado. Y que cuando afirma que los resultados dañosos se producen como consecuencia del actuar imprudente de la víctima que conducía la motocicleta, está planteando una modalidad fáctica completamente diversa a la aceptada por las instancias.

Cita apartes de las argumentaciones del funcionario de primera instancia donde se descarta un actuar imprudente por parte del motociclista pese a estar circulando sin luces, para concluir en la evidente imprudencia del procesado. Se dice que a pesar de haber hecho el pare y de haber posiblemente mirado en ambos sentidos no vio el otro vehículo por la ostensible limitación visual que padece.

Transcribe igualmente fragmentos de la decisión de segunda instancia en la que el Tribunal descarta la imprudencia del motociclista, al reconocer la existencia de luz solar en el momento del accidente, y atribuye la responsabilidad y causa directa del accidente en el doctor Duque y sus marcadas limitaciones visuales.

De las anteriores transcripciones concluye: «Entonces, claro resulta que el libelista no demuestra error del juzgador en la selección de la norma sustancial aplicada al caso, porque para tal empeño ha debido admitir los acontecimientos tal y conforme lo hizo el fallador y no oponerse a ellos, pues una tal discusión impide establecer si el sentenciador creyó equivocadamente que la norma escogida regía el caso concreto, e igualmente evidencia que el reclamo del censor se dirige a pedir la aplicación de reglas legales reguladoras de otros hechos, los propuestos por él, pero no, se insiste, los acogidos por el sentenciador».

Termina solicitando no se case el fallo impugnado.

Consideraciones de la Sala

Razón le asiste al Procurador Delegado cuando critica la protuberante falla técnica en que incurre el censor, porque, como suficientemente lo ha precisado la jurisprudencia de esta Corporación, cuando la causal escogida para la formulación del cargo en el recurso extraordinario de casación es la violación directa, el actor debe aceptar los hechos y las pruebas tal como fueron tenidos y apreciados por el fallador.

Ello obedece a que la violación directa de la ley sustancial, en sus diversas hipótesis, es un error *in iudicando* que, como tal, comporta una controversia eminentemente jurídica. Cuando el juez se enfrenta a una determinada situación fáctica debe realizar un proceso de selección de la

norma aplicable, de tal manera que el hecho que es motivo de juzgamiento se adecúe correctamente a la descripción típica. Pero ese proceso de selección puede resultar errado por falta de aplicación de la norma que subsumía los hechos objeto de sentenciamiento, o porque se aplicó una que no concuerda con ellos, o finalmente porque se aplicó la disposición correcta pero con un erróneo sentido o interpretación.

En el presente caso, si la pretensión era demostrar que no se dieron los delitos culposos por los que fue condenado el procesado, el censor debió probar en qué consistió el error de selección de la norma aplicada.

En lugar de hacer este esfuerzo, en la demostración del cargo, el impugnante se dedica a desconocer la hipótesis fáctica que los sentenciadores tomaron como base (imprudencia por ostensibles fallas visuales del sujeto agente) para proponer la suya, en el sentido de que la causa directa del accidente no fue la demostrada falencia visual, sino el comportamiento imprudente del conductor de la motocicleta. Esta proposición desconoce la técnica porque desvía el sentido de la censura y en tales condiciones es imperativo rechazar el cargo, dada su errada postulación.

La veracidad de este aserto surge inequívocamente de las amplias reflexiones que sobre esta situación fáctica hicieron los jueces en las instancias: Es así como en la primera, luego de transcribir el dictamen médico-legal sobre las deficiencias visuales del procesado, se concluye:

«Concreciones científicas que solventan la explicación del sindicado José Humberto Duque Zea de que «no vio» la motocicleta con la cual colisionó apenas pasadas las seis de la tarde del 19 de diciembre de 1991, no precisamente por la hipotética y reinventada oscuridad del momento, sino por sus grandes carencias visuales que se agudizan a partir de las cinco o seis de la tarde, por estímulos exógenos como la penumbra o el deslumbramiento de frente, mientras permanentemente su visión lateral está grandemente limitada. Es decir, el doctor Duque Zea es un verdadero peligro cuando conduce automotores «casi como un ciego manejando», como gráficamente no alcanza a imaginárselo el fiscal actuante en la audiencia, porque le parece increíble que no hubiera producido más tragedias en el tiempo que actuó como conductor».

Criterios ratificados por la segunda instancia, cuando asevera:

«La colegiatura estima que la causa determinante del lamentable accidente fue, como se puntualizó en primera instancia,' la falta de aptitud física por parte del médico Duque Zea para conducir automóviles como efecto de sus marcadas limitaciones visuales, de miopía, que padecía desde años atrás a la comisión de los hechos».

Es por ello que cuando el impugnante afirma que así el conductor del automotor no hubiese padecido tales deficiencias visuales, el accidente se

hubiera producido como consecuencia de la imprudencia del motociclista, porque la visión frontal del procesado se encuentra corregida en un 90% y que al hacer el pare ha debido mirar volteando la cabeza y no de reojo, simplemente está proponiendo otra hipótesis fáctica, diversa de la que consideraron probada las instancias, desviando así el sentido de la impugnación. Al respecto se debe recordar otro aparte del fallo de segunda instancia que dice:

«Así, el médico legista afirma que el encartado padece de severa miopía bilateral que, al ser corregida, disminuye el campo visual periférico, estando su grado de sensibilidad visual grandemente disminuido ante la penumbra o luces intensas directas y sumado a ello la situación de refracción no corregida suficientemente pues por el ojo izquierdo ve menos de lo normal, aun con lentes. Por ello, la utilización de gafas por el sindicado resulta insuficiente y limitante y las «opacidades que se presentan en su fondo de ojo» no permiten su capacidad de conducir automotores sin riesgo para sí mismo y la comunidad o asociados, concluye terminantemente el experto médico del Instituto de Medicina Legal de la ciudad».

Es de concluir, entonces, que no se presentó un error del juzgador en la selección de la norma y por tanto no existe la predicada violación directa de la ley sustancial. Por ello, de conformidad con el criterio del Procurador Segundo Delegado en lo Penal, se rechazará el cargo formulado.

Sin embargo, observa la Sala que la pena de suspensión en el oficio de conducir vehículos automotores por cinco años, se le impuso al procesado como accesoria, estando contemplada como principal para el homicidio culposo, por el art.329 del Código Penal, con lo que se vulneró el principio de legalidad de la sanción, razón por la cual se casará oficiosamente el fallo y al tenor de lo dispuesto por los artículos 228 y 229-1 del C. de P.P., se ordenará que la suspensión en el arte de conducir sea impuesta como pena principal, por el lapso anteriormente señalado.

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

PRIMERO: Desestimar la demanda.

SEGUNDO: Casar de oficio parcialmente el fallo, para disponer que la pena de suspensión en el arte de conducir vehículos automotores a la que fue condenado el procesado, José Humberto Duque Zea, se imponga como principal.

TERCERO: En todo lo demás queda sin modificación la sentencia impugnada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase a la oficina de origen.

Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge E. Córdoba Poveda, José Ignacio Talero Lozada. (Conjuez), Carlos Eduardo Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

FUERO/ JUEZ DE EJECUCION DE PENAS

En la actualidad, no obstante la existencia de los jueces de ejecución de penas, estima la Sala que la competencia del fallador se mantiene inalterable, pues mal podría entenderse que la garantía del fuero termina con el proferimiento de la sentencia, como quiera que en la etapa posterior a ella, esto es, durante su ejecución, hay decisiones de trascendental importancia, respecto de las cuales obran las mismas razones que fundamentan el fuero para la investigación y/o el juzgamiento.

Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá D.C., abril veinticuatro de mil novecientos noventa y seis.

Magistrado Ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel*

Aprobado Acta No. 62

Proceso No. 4083

Vistos

Resuelve la Sala la solicitud elevada por los condenados José Heriberto Velásquez Ramos, Nohora Curca García, Alvaro de Jesús del Valle Oviedo, Dairo de Jesús Sosa Cárdenas y Eduardo Ignacio Lucero Acosta, en relación con la extinción de la condena impuesta y la devolución de las cauciones prestadas con las cuales garantizaban el cumplimiento de las obligaciones propias de la suspensión de la ejecución condicional.

Antecedentes

1o.- Esta Corporación mediante sentencia de fecha septiembre ocho de mil novecientos noventa y tres, condenó a los ex-Magistrados del Tribunal de Aduanas Nohora Curca, Heriberto Velásquez Ramos, Eduardo Ignacio Lucero Acosta, Dairo Sosa Cárdenas y Alvaro del Valle Oviedo, a la pena principal de dieciocho (18) meses de prisión e interdicción de derechos y funciones públicas, como coautores responsables del delito de prevaricato por acción.

2o.- A los sentenciados se les concedió la condena de ejecución condicional, en cuanto a la pena privativa de la libertad, por un período de prueba de dos (2) años y para tal efecto suscribieron diligencia de compromiso en la cual se les impuso las obligaciones establecidas en el artículo 69 del Código Penal, cuyo cumplimiento quedó garantizado con la caución prestada al momento de entrar a disfrutar de la libertad provisional concedida en el auto que calificó el mérito del sumario.

3o.- Los condenados suscribieron la correspondiente diligencia en la cual se comprometieron a informar todo cambio de residencia, ejercer oficio, profesión u ocupación lícita, abstenerse de consumir bebidas embriagantes y observar buena conducta.

4o.- Vencido el término estipulado en el fallo, solicitan declarar extinguida la condena impuesta y la devolución de las cauciones prestadas.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1o. La petición elevada hace referencia a la situación prevista en el artículo 71 del Código Penal que es del siguiente tenor:

«Art. 71.Extinción. Transcurrido el período de prueba sin que el condenado incurra en los hechos de que trata el artículo anterior, la condena queda extinguida, previa resolución judicial que así lo determine».

2o. El artículo 75 del Código de Procedimiento Penal, asigna a los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad la competencia para adoptar la decisión que ordena la extinción de la condena.

A su turno, el artículo 15 transitorio del Decreto 2700 de 1991, estableció que mientras eran designados dichos jueces esa función la asumía el Juez que hubiera proferido la sentencia de primera instancia, premisa que ya se cumplió, pues en este momento el Consejo Superior de la Judicatura ya proveyó los cargos para el Distrito Capital.

Atendiendo a estos preceptos, en oportunidades anteriores la Sala se pronunció sobre la extinción de la condena en casos de aforados, advirtiendo que lo hacía mientras eran nombrados los jueces de ejecución de penas, a quienes correspondería en el futuro tomar esas decisiones.

No obstante esa inicial apreciación, este es el primer caso en que existiendo los jueces de ejecución de penas se pide a la Corte la extinción de la condena de unos aforados, razón por la cual es la oportunidad para ocuparse del punto con mayor detalle.

3o. El fuero es una garantía que establece la Constitución o la ley para determinadas personas, consistente en que por razón del cargo o de la función que desempeñan sólo pueden ser investigadas y/o juzgadas por funcionarios a quienes se les asigna esa competencia especialmente.

Es la voluntad del constituyente o del legislador sustraer los procesos que se adelanten contra dichas personas, de la intervención de los funcionarios ordinariamente competentes por razón de la naturaleza del hecho.

Así las cosas, cuando no se habían creado los jueces de ejecución de penas era muy claro que al funcionario sentenciador correspondía resolver todas las peticiones e incidentes que se presentaran a partir del fallo.

En la actualidad, no obstante la existencia de los jueces de ejecución de penas, estima la Sala que la competencia del fallador se mantiene inalterable, pues mal podría entenderse que la garantía del fuero termina con el proferimiento de la sentencia, como quiera que en la etapa posterior a ella, esto es, durante su ejecución, hay decisiones de trascendental importancia, respecto de las cuales obran las mismas razones que fundamentan el fuero para la investigación y/o el juzgamiento.

El otorgamiento de la libertad condicional, la acumulación de penas, el reconocimiento de rebajas, la revocatoria de subrogados, la extinción de la pena, etc., son pronunciamientos para los que resulta necesario respetar el fuero, por lo tanto sólo deben ser efectuados por el funcionario que en atención a esa calidad dictó la sentencia.

En atención a lo dicho corresponde a la Sala resolver sobre la petición en estudio.

4o. A los ex Magistrados del Tribunal de Aduanas se les concedió la condena de ejecución condicional, en cuanto a la pena privativa de la libertad, por un período de prueba de dos (2) años, y para tal efecto suscribieron la diligencia de compromiso en los meses de octubre y noviembre de 1993, en la cual se les impusieron las obligaciones de que trata el artículo 69 del Código Penal.

El período de prueba ya venció y no aparece constancia alguna de la cual se infiera que los condenados incumplieron las obligaciones contraídas en el acta compromisoria, o que hayan cometido un nuevo delito, de manera que es procedente declarar extinguida la condena y ordenar la devolución de las cauciones.

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

RESUELVE

1o. Declarar extinguida la condena impuesta a los doctores Nhora Currea García, Alvaro de Jesús del Valle Oviedo, José Heriberto Velásquez Ramos, Dairo de Jesús Sosa Cárdenas y Eduardo Ignacio Lucero Acosta.

2o. Cancelar las cauciones prestadas para gozar de la libertad por los condenados anteriormente mencionados, a cuyo favor se ordenará la entrega de su valor.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CASACION DISCRECIONAL/ DESARROLLO JURISPRUDENCIAL

En tratándose de la casación discrecional por la necesidad del desarrollo jurisprudencial, cuando no existan fallos de la Corte al respecto, la concesión del recurso no puede surgir únicamente de la comprobada inexistencia de pronunciamientos de esta Corporación sobre determinados tipos penales, sino de la demostración que el peticionario haga respecto de la norma, de la que solicita el desarrollo hermenéutico, de que ella posee vacíos, o contradicciones intrínsecas o extrínsecas, o en general que su sentido no es claro, advirtiendo y fundando, con precisión cada uno de estos hechos, o cualesquiera otro que sea capaz de demostrar con la seriedad necesaria como para que la Corte pueda fundar en él la decisión de aceptar una casación discrecional para desarrollar jurisprudencia.

Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Penal - Santa Fe de Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de abril de mil novecientos noventa y seis (1996).

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

Aprobado Acta No. 62 (24-04-96)

Proceso No. 11219

Vistos

Resuelve la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia lo que en derecho corresponda respecto del recurso extraordinario de Casación concedido por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta (Norte de Santander), de conformidad con lo establecido en el inciso 3º del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, contra su fallo del 2 de agosto de 1995 por medio del cual revocó el de primera instancia para condenar al sindicado Jesús Abad Gómez Gómez como autor responsable del delito de ejercicio lícito de actividad monopolística de arbitrio rentístico.

Antecedentes

Dentro de la investigación previa que adelantaba la Fiscalía Previa y Permanente de la Dirección Seccional de Fiscalías de Cúcuta, se practicó

diligencia de allanamiento el 16 de febrero de 1994 a la sede sindical de ultranorte, en la ciudad de Cúcuta (Norte de Santander), donde se incautaron 60.874 boletas de una rifa de carácter permanente denominada " Bono Benéfico Estudiantil; Profondos Hijo del Chancero", que sorteaba premios en efectivo a los cuales tenían derecho las boletas cuyos números coincidieran con las tres últimas cifras de la lotería que jugara en la fecha anotada en la rifa, por lo que se aprehendió a Jesús Abad Gómez Gómez a quien se consideró incurso en flagrante violación del artículo 241A del Código Penal.

Ordenada la apertura de instrucción el 17 de febrero de 1994, se asignó posteriormente la investigación a un Fiscal de la Unidad Primera de Patrimonio Económico, quien definió la situación jurídica del previamente indagado Jesús Abad Gómez Gómez imponiéndole medida de aseguramiento de detención preventiva..

Adelantada la investigación, se clausuró parcialmente, en cuanto a Gómez Gómez, y se calificó profiriendo en su contra resolución de acusación como presunto coautor del ilícito de ejercicio ilícito de actividad monopolística de arbitrio rentístico.

Celebrada la correspondiente audiencia pública, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Cúcuta profirió el 24 de febrero de 1995 sentencia absolutoria en favor del encartado Gómez Gómez, al encontrar atípicos los hechos por los que se le estaban procesando.

Recurrida la sentencia por el Fiscal y la Parte Civil, la Sala de Decisión de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta resolvió el recurso revocando el fallo apelado y en su lugar condenó al procesado Jesús Abad Gómez Gómez a la pena principal de 4 años de prisión y multa de 20 salarios mínimos legales como autor responsable del punible de ejercicio ilícito de actividad monopolística de arbitrio Rentístico.

Del Recurso de Casación

Mediante la anotación de la expresión "apelo", por parte del condenado en el acto de notificación personal, y por escrito posterior del defensor en el que manifestó interponer el recurso extraordinario de Casación, de conformidad con el inciso final del artículo 218 para que "la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia discrecionalmente considere que es necesario desarrollar jurisprudencia al respecto (se refiere al artículo 241A del Código Penal), por ser una ley nueva, que a diario, los ciudadanos la violan sin tomar conciencia de la alta pena con la que se sanciona esta conducta", se recurrió la sentencia de segunda instancia.

El Tribunal, a pesar de la evidencia de tratarse de la impugnación excepcional, concedió el recurso, mediante proveído en el que además

ordenó correr los traslados de ley, tanto al recurrente como a los no recurrentes.

En cumplimiento del deber de sustentación del recurso extraordinario, el nuevo defensor designado por el condenado, presentó una demanda de Casación ordinaria, a través de la cual ataca la sentencia de segundo grado acusándola de ser "violatoria de la ley sustancial, por infracción directa y aplicación indebid", dedicando el texto de su disertación a la que el considera correcta demostración de la causal invocada, así:

Afirma que el artículo 241A del Código Penal le fue indebidamente aplicado a su defendido, por cuanto la conducta por él desplegada es completamente atípica. Para la demostración de su aserto, transcribe la norma mencionada y la califica de tipo en blanco, el que es necesario integrar con otras normas legales en las que se definan cuáles son los monopolios que están constituídos como arbitrio rentístico.

Considera el actor que como el tipo penal del artículo 241 A del Código Penal no define lo que es un monopolio de arbitrio rentístico, debe acudirse al artículo 336 de la Constitución Política, del que transcribe el inciso 1°, donde aunque se menciona el tema, no se dilucida, y, continúa, debe entonces acudirse a la Ley 100 de 1990, por medio de la cual se crea ECOSALUD, pero como tampoco la encuentra suficiente para la integración de la norma, termina echando mano del acuerdo No. 04 del 16 de marzo de 1993 proferido por Ecosalud, donde se reglamentan los juegos de suerte y azar en irregulares e ilegales y regulares o autorizados.

Enlaza el anterior argumento con la citación del Decreto 2626 de 1994, con fundamento en el cual reitera la atipicidad de los hechos por los que se investigó a su defendido, pues advierte que la rifa era de aquellas que este decreto califica como menores pues su plan de premios no superó los 250 salarios mínimos, no èntregaba premios en efectivo y además no era de carácter permanente, lo que convierte la actividad de Gómez Gómez en una mera infracción administrativa, lo que hace necesario que la Corte case la sentencia de segunda instancia.

Finaliza, con el acápite que denomina " Pretensión ", solicitando que la Sala "se pronuncie sobre los hechos materia de Casación, en virtud al escaso material jurisprudencial existente sobre la materia, por lo novedoso e importante que resulta para unificar criterios en torno a la Ley 57 de 1.993".

Consideraciones de la Corte

1.- Encuentra la Corte, otra vez, oportunidad para recordar anteriores pronunciamientos respecto de la mecánica de la concesión del recurso extraordinario de Casación, cuando quiera que se trate de la interposición del mismo con fundamento en el inciso tercero del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal.

En reiteradas decisiones se ha señalado que en sede de Casación y tratándose de la modalidad llamada discrecional, " la competencia para la concesión siempre recae en la Corte, que puede ejercitar su discrecionalidad para aceptar el recurso siempre y cuando considere que se da uno o ambos condicionantes: la necesidad de su intervención para el desarrollo de la jurisprudencia y/o la garantía de los derechos fundamentales, aunque la sentencia acusada - que indefectiblemente ha de ser de segundo grado e impugnada oportunamente - provenga de juzgado de Circuito y aunque el delito por el cual se proceda tenga señalada pena no privativa de la libertad, o el límite de la privativa sea inferior a los cinco años "[1]

En el caso que hoy ocupa a la Sala, se trata de una sentencia de segunda instancia, proferida por una Sala de Decisión de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, impugnado dentro del término legal y por un delito cuya pena máxima, para este caso específico, no supera los 6 años de prisión, por lo que no hay duda que se trata de un caso de Casación discrecional, en el que el Tribunal ha debido limitarse a la recepción del memorial impugnatorio y a la remisión del mismo, junto con el expediente, con destino a esta Corporación para que se adopte la decisión que en derecho corresponda.

Al no obrar el a-quó en la forma atrás señalada, desbordó su ámbito de competencia, por lo que los actos así producidos devienen nulos por la causal señalada en el ordinal 1° del artículo 304 del Código de Procedimiento Penal, en mérito de lo cual, la Sala así lo decretará a partir del auto del 11 de septiembre de 1.995, inclusive.

2.- Consecuencia natural de la declaratoria de nulidad es el regreso de las cosas al estadio procesal en que se hallaban antes del proferimiento del acto procesal declarado nulo, que en este caso concreto lo sitúa al momento de la interposición del recurso, por el encartado y su defensor, por lo que la Corte aprehenderá el estudio del mismo, como hubiera correspondido de haber sido correctamente tramitado por el Tribunal.

Corresponde entonces analizar, si el escrito del defensor del procesado Jesús Abad Gómez Gómez, reúne los requisitos condicionantes del inciso tercero del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal para la aceptación del recurso extraordinario de Casación, en la modalidad de discrecional.

" Como primera medida, es necesario que el impugnante fundamente de manera clara las razones por las cuales interpone el recurso, señalando los aspectos relacionados con el caso concreto y que considera deben ser desarrollados por la jurisprudencia de esta Corporación, e igualmente, cuáles los derechos fundamentales vulnerados por el fallo acusado "[2].

El escrito de impugnación del defensor del procesado Gómez Gómez, se limita a señalar que la Casación discrecional procedería por la necesi-

dad de desarrollar la jurisprudencia respecto de la Ley 57 de 1993, en cuanto hace al artículo 241A del Código Penal, "por ser una ley nueva, que a diario, los ciudadanos la violan sin tomar conciencia de la alta pena con la que se sanciona esta conducta ".

Como se puede apreciar del escrito impugnatorio (folio 34, cuaderno del Tribunal), que es el único que puede tenerse en cuenta para efectos de determinar la concesión o no del recurso, por el principio de la oportunidad de los actos procesales, el abogado no entrega a la Corte verdaderas razones que le señalen a esta Corporación cuál es la necesidad del desarrollo jurisprudencial sobre la interpretación de esa norma, pues la razón que alude no es una de aquellas a las que pueda ponerse coto mediante la exposición de las tesis hermenéuticas de la Corte sobre la precisión y alcance del artículo 241A del Código Penal.

En efecto, la violación de la norma por un alto número de ciudadanos, sin tener en cuenta la alta pena que la misma consagra, no es un problema que pueda resolverse con el desarrollo de la jurisprudencia, que en tratándose del punto de la pena, por ejemplo, tiene variados pronunciamientos en torno a la dosificación penal, que no por haberse proferido en casos diferentes, dejan de ser aplicables, pues los criterios de dosimetría del Código Penal son de carácter general y no particularizados con respecto a un tipo penal en concreto.

Ahora bien, como atrás se advirtió, el problema jurídico que plantea el recurrente, no es ni siquiera uno de aquellos que puedan resolver los Jueces de la República, cualquiera que sea su categoría, pues la función de tales servidores públicos, no es la publicidad de las normas, sino la administración de justicia mediante la aplicación de las mismas, por lo que, aún desarrollándose jurisprudencia sobre el tema, el problema de la criminalidad seguiría existiendo, pues no obedece, según lo plantea el recurrente, a falta de claridad de la norma.

De otra parte, en tratándose de la Casación discrecional por la necesidad del desarrollo jurisprudencial, cuando no existan fallos de la Corte al respecto, la concesión del recurso no puede surgir únicamente de la comprobada inexistencia de pronunciamientos de esta Coporación sobre determinados tipos penales, sino de la demostración que el peticionario haga respecto de la norma, de la que solicita el desarrollo hermenéutico, de que ella posee vacíos, o contradicciones intrínsecas o extrínsecas, o en general que su sentido no es claro, advirtiendo y fundando, con precisión, cada uno de estos hechos, o cualesquiera otro que sea capaz de demostrar con la seriedad necesaria como para que la Corte pueda fundar en él la decisión de aceptar una Casación discrecional para desarrollar jurisprudencia.

No obrando el recurrente en la forma atrás señalada, pues, se repite, se limitó apenas a transcribir una de las situaciones condicionantes de la

Casación discrecional, la Corte deberá negar el acceso excepcional del recurso a esta sede de Casación.

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

RESUELVE

1°.- Declarar la nulidad de la actuación surtida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, a partir del auto del 11 de septiembre de 1995, inclusive.

2°.- NEGAR la concesión del recurso extraordinario de Casación que por la vía excepcional interpuso el defensor del procesado Jesús Abad Gómez Gómez.

Notifíquese y cúmplase.

Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

COLISION DE COMPETENCIA/ JUEZ REGIONAL/ CONEXIDAD/ CONSULTA

El principio de que las nulidades deben ser decretadas por el funcionario competente se respeta en esos eventos, porque por mandamiento legal el único que puede invalidar una sentencia es el superior funcional del juez que la dictó, y esto opera en segunda instancia y en casación. Una indebida interpretación de este principio genera una situación no contemplada en la ley, como es que la apelación o la consulta la terminen resolviendo horizontalmente, o lo que es más inadmisible, por parte de un inferior.

Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Penal.- Santa Fe de Bogotá, D.C., abril veinticuatro de mil novecientos noventa y seis.

Magistrado Ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel*

Aprobado Acta No. 62

Proceso No. 11540

VISTOS

Procede la Sala a decidir la colisión de competencias negativa surgida entre el Tribunal Nacional y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, dentro del proceso adelantado contra Ulises García Fonseca por los punibles contemplados en el artículo 19 del Decreto 180 de 1988 y en el artículo 350 del Código Penal.

ANTECEDENTES

1. A las 11:30 de la mañana del 27 de mayo de 1993, fue capturado por dos ciudadanos Ulises García Fonseca, cuando huía por el monte después de haber penetrado en forma violenta a la Casa Fiscal del Grupo Mecanizado Silva Plazas, de donde sustrajo prendas militares, dinero y otros objetos personales del miembro del Ejército Nacional Aldemar Largo Sosa.

2. La investigación estuvo a cargo de la Fiscalía Once Especializada de Duitama, y el 19 de abril la Unidad Especializada de Terrorismo de la

Dirección Regional de Fiscalías, profirió resolución de acusación en contra del procesado por los delitos de Porte ilegal de uniformes e insignias y hurto.

3. El juicio concluyó con sentencia condenatoria dictada por un Juez Regional de Bogotá, mediante la cual se declaró a Ulises García Fonseca autor inimputable del concurso delictivo, imponiéndole medida de seguridad de internación en casa de estudio o de trabajo por un período mínimo de dos (2) años, al haberse demostrado su inmadurez sicológica permanente.

4. En el trámite de la consulta el Tribunal Nacional se declaró incompetente para resolver, argumentando atipicidad de la conducta imputada al procesado, la cual se halla descrita en el artículo 19 del Decreto 180 de 1988, por lo tanto propuso colisión negativa de competencias al Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, en los siguientes términos:

«Podría argüirse que el delito previsto en el artículo 19 del Decreto 180 de 1988 comprende la acción de portar y de sustraer, pero sería válido en el evento en que el infractor hubiere alcanzado a abandonar el escenario de los hechos; hubiere salido de la esfera de vigilancia y protección de los bienes, pero se repite, fue sorprendido en flagrancia con relación al apoderamiento, sin ningún nexo con el uso ilegal de uniformes militares. Una vez apoderado de las prendas, los captores le cayeron encima, sin posibilidad alguna de utilización. El hecho de llevar con él las prendas, obedece al desenvolvimiento natural y lógico del delito, pues cuando un ladrón tiene la intención de apoderarse de alguna cosa y logra su sustracción, tendrá que poseerla, más cuando la actuación es individual, como en este caso.»

5. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo aceptó la colisión planteada, porque el artículo 19 del Decreto 180 de 1988 señala alternativos núcleos rectores del tipo entre los que se encuentra la sustracción, y este actuar delictivo se materializó con el apoderamiento de uniformes de uso privativo del ejército, sin que tenga relevancia jurídica la utilización de los elementos hallados en poder del acriminado García Fonseca.

Concluye que el Tribunal Nacional es el competente para conocer de la consulta, y remite el expediente a esta Corporación para que decida el conflicto.

Consideraciones de la Corte

1. Por tratarse de una colisión de competencias surgido entre el Tribunal Nacional y un Tribunal de Distrito Judicial, le corresponde a esta Corporación dirimirlo de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 68 del Código de Procedimiento Penal.

2. El artículo 71 ordinal 4o. *ibidem*, dispone que la competencia para conocer del delito a que se refiere el artículo 19 del Decreto 180 de 1988, adoptado como legislación permanente por el Decreto 2266 de 1991, corresponde a los Jueces Regionales.

A su vez, el inciso segundo del artículo 89 del estatuto procesal penal establece que cuando se trate de hechos punibles conexos cuya competencia esté atribuida a un Juez Regional y cualquier otro funcionario judicial, el juzgamiento corresponde al primero.

En el evento que nos ocupa el procesado fue condenado en primera instancia por un Juez Regional, por los delitos de porte de uniformes de uso privativo de la fuerza pública en concurso con hurto calificado, luego la consulta debe surtirse ante el Tribunal Nacional que es el superior funcional del funcionario que dictó el fallo.

3. Si el Tribunal Nacional considera que una de las conductas imputadas es atípica debe absolver por ella, así sea la que determinó la competencia del juzgado regional, pues es absurdo pretender que el Tribunal Superior de Santa Rosa, que no es superior funcional, resuelva la consulta, y aún peor, que lo termine haciendo el Juez del circuito.

La razón de ser del grado de jurisdicción de la consulta es que el superior conozca siempre de determinadas providencias proferidas en primera instancia, de manera que si no son apeladas sea obligatorio consultarlas, con el fin de que se corrijan los errores *in iudicando* o *in procedendo* que resulten subsanables, o que se invalide lo actuado y se reenvíe el expediente al funcionario que corresponda para que rehaga la actuación.

El principio de que las nulidades deben ser decretadas por el funcionario competente se respeta en esos eventos, porque por mandamiento legal el único que puede invalidar una sentencia es el superior funcional del juez que la dictó, y esto opera en segunda instancia y en casación. Una indebida interpretación de este principio genera una situación no contemplada en la ley, como es que la apelación o la consulta la terminen resolviendo horizontalmente, o lo que es más inadmisible, por parte de un inferior.

Así las cosas, no hay duda de que la competencia para absolver la consulta es del Tribunal Nacional, a donde se remitirá el proceso para los fines pertinentes.

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

RESUELVE:

Primero. Declarar que la competencia para conocer de las presentes diligencias radica en el Tribunal Nacional, a donde se enviará el proceso para que resuelva la consulta.

Segundo. Comuníquese esta decisión al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo y cúmplase.

Fernando E. Arboleda Ripol, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Carlos A. Gálvez Argote, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

NULIDAD

Las nulidades en sede del recurso extraordinario, solamente proceden mediante alegación formal dentro de la respectiva demanda de casación, o por vía de conocimiento oficioso, pero dentro del fallo de fondo.

Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., abril treinta (30) de mil novecientos noventa y seis (1996).

Magistrado Ponente: Dr. *Juan Manuel Torres Fresneda*

Aprobado por Acta No.65

Proceso No. 11604

VISTOS

Guillermo León Valencia Grajales pide que, como consecuencia de un fallo reciente de la Corte Constitucional relacionado con la nulidad de los procesos adelantados con «abogados de oficio», se le conceda la libertad por cuanto quien lo representó «no hizo nada».

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Como quiera que la principal pretensión del procesado es obtener la invalidación del proceso, resulta oportuno advertirle que las nulidades en sede del presente recurso extraordinario, solamente proceden mediante su alegación formal dentro de la respectiva demanda de casación, o por vía de conocimiento oficioso, pero dentro del fallo de fondo.

De lo advertido se infiere que no es ésta la oportunidad para un planteamiento de esa estirpe, por lo que se abstendrá la Sala de darle curso a la petición de nulidad.

Y como la libertad por la razón aludida está supeditada a la improcedente invalidación, no otra decisión actual procede que su denegación, pues tampoco asoma en este momento procesal alguna otra causal legalmente prevista que lleve a atender favorablemente su reclamo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal, resuelve abstenerse de tramitar la solicitud de nulidad

inferida y Denegar la libertad del procesado Guillermo León Valencia Grajales.

Notifíquese y cúmplase.

Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEFENSA TECNICA/ LIBERTAD PROVISIONAL

Los juicios sobre la legalidad de la sentencia deben aducirse en la respectiva demanda de casación, toda vez que la procedencia o no de la libertad necesariamente está condicionada a un estudio de fondo que solo puede llevarse a cabo al momento de proferir el respectivo fallo de casación, sin perjuicio de las facultades oficiosas que le confiere a la Corte el artículo 228 del Código de Procedimiento Penal.

El fallo de la Corte Constitucional por medio del cual se declaró la inconstitucionalidad del artículo 148 ejusdem, en modo alguno expuso que los procesados que no hubiesen sido asistidos por un abogado titulado en la diligencia de indagatoria debieran salir en libertad, pues su función en este tipo de decisiones se contrae al análisis de la norma demandada con la constitución. pues la decisión sobre la libertad de los procesados, únicamente compete al Juez penal.

Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Penal.- Santa Fe de Bogotá, D. C., treinta (30) de abril de mil novecientos noventa y seis (1996).

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos Augusto Gálvez Argote*

Aprobado Acta N° 65

Proceso No. 10428

VISTOS

Los procesados Pedro Pablo Sierra, Orlando de Jesús y Gilberto Antonio Sierra Mueriel, quienes se encuetran recluídos en la Penitenciaria Nacional de Itagüi, solicitan su "libertad inmediata", con base en la inconstitucionalidad del artículo 148 del Código de Procedimiento Penal, declarada por la Corte Constitucional, afirmado que en dicho pronunciamiento se dijo que "todas las personas que en su indagatoria no allan (sic) sido asistidas por un abogado inscrito. Estas deben ser puestas en libertad de inmediato". Afirman entonces la violación del debido proceso y del derecho a la defensa, pues no fueron asistidos por un profesional de derecho en la diligencia de indagatoria, procediendo entonces por favorabilidad la petición incoada.

Consideraciones

En fallo del 30 de may de 1994, el Tribunal Superior de Antioquia confirmó la sentencia proferida por el Juzgado Penal del Circuito de Fredonia, por medio de la cual se condenó a Pedro Pablo Sierra, Orlando de Jesús y Gilberto Antonio Sierra Mueriel la pena principal de veintidós (22) años de prisión como autores de dos delitos de homicidio agravado, decisión que fue impugnada en casación por el defensor de los procesados, encontrándose actualmente en trámite dicho recurso.

Debe advertirse en primer lugar que tal petición no puede entenderse como de libertad provisional, pues ésta comporta un juicio de legalidad contra la sentencia, tal como se dijo al resolver la solicitud de José Ignacio Muriel Echeverry.

En efecto, a raíz del pronunciamiento de constitucionalidad referenciado por los peticntes, ha venido sosteniendo la jurisprudencia de esta sala, que los juicios sobre la legalidad de la sentencia deben aducirse en la respectiva demanda de casación, razón por la cual peticiones de esta naturaleza resultan inadmisibles, toda vez que la procedencia o no de la libertad necesariamente está condicionada a un estudio de fondo que sólo puede llevarse a cabo al momento de proferir el respectivo fallo de casación, sin perjuicio de las facultades oficiosas que le confiere a la Corte el artículo 228 del Código de Procedimiento Penal.

Finalmente, la Sala estima oportuno aclarar a los procesados que el fallo de la Corte Constitucional por medio del cual se declaró la inconstitucionalidad del referido artículo 148 *efusdem*, en modo alguno expuso que los procesados que no hubiesen sido asistidos por un abogado titulado en la diligencia de indagatoria debieran salir en libertad, pues su función en este tipo de decisiones se contrae al análisis de la norma demandada con la constitución, pues la decisión sobre la libertad de los procesados únicamente compete al juez penal.

Siendo ello así se resolverá negativamente dicha solicitud.

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

Resuelve

Negar la libertad inmediata solicitada por los procesados Pedro Pablo Sierra y Orlando de Jesús y Gilberto Antonio Sierra Mueriel.

Notifíquese y cúmplase.

Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

NULIDAD/ UNIDAD PROCESAL

1. Para que un cargo de nulidad pueda prosperar es necesario que se precise la clase de nulidad invocada, la fundamentación que según la irregularidad que se pretende demostrar le corresponde y su trascendencia.

2. La circunstancia de que dos delitos se investiguen conjuntamente no implica que ambos tengan que correr fatalmente la misma suerte, pues las pruebas deben ser apreciadas independientemente frente a cada uno de ellos, siendo entonces perfectamente posible que se acuse por uno y se precluya respecto del otro

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal.- Santa Fe de Bogotá, D. C., treinta (30) de abril de mil novecientos noventa y seis (1996).

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

Aprobado Acta No. 65

Proceso No. 9462

Vistos

Procede la Sala a resolver el recurso extraordinario de casación, interpuesto por el defensor del procesado Didier Manrique Salazar contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, mediante la cual confirmó el fallo de primer grado donde se condenó a éste a 25 años de prisión y las accesorias de rigor, como autor responsable del delito de homicidio simple, cometido en la persona de Juan Carlos Alvarez Bustamante.

El recurso lo concedió el Tribunal debidamente, en tanto que la correspondiente demanda de casación fue declarada por la Corte como ajustada a las formalidades legales.

Hechos

Sucedieron el 29 de enero de 1993 a las nueve de la mañana en el parque Gaitán, ubicado en el barrio Manrique de la ciudad de Medellín,

donde se encontraba el señor Juan Carlos Alvarez Bustamante dialogando con Jesús María Rivera, padre de su novia, cuando de repente se acercó por detrás un individuo y sin dirigir palabra alguna disparó contra aquél en dos ocasiones un arma de fuego, ocasionándole graves lesiones en el cráneo que produjeron su muerte a pesar de haber sido trasladado de inmediato a la Policlínica Municipal donde resultaron infructuosos los esfuerzos por salvarlo.

Minutos más tarde, cerca al lugar de los hechos, la policía retuvo a Didier Manrique Salazar, quien se desplazaba por el sector hacia donde huyó el asesino y su vestimenta coincidía con la señalada por testigos que presenciaron el hecho.

ACTUACION PROCESAL

La Fiscalía Séptima Grupo de Vida - de Medellín abrió la investigación el 30 de enero de 1993. Luego de recepcionarse la indagatoria del imputado le fue resuelta su situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva por los delitos de homicidio y porte ilegal de armas.

Evacuadas numerosas pruebas, entre las cuales se destaca el examen siquiátrico practicado al procesado, fue cerrada la investigación y se calificó el mérito sumarial profiriéndose resolución acusatoria contra Didier Manrique Salazar por el homicidio, en tanto que se precluyó la investigación por el porte ilegal de armas.

El juzgado Treinta y Cuatro Penal de Circuito de Medellín avocó conocimiento del juicio y una vez concluida la audiencia pública profirió fallo el 27 de septiembre de 1993 condenando al procesado a 25 años de prisión como autor responsable del punible de homicidio simple consagrado en el artículo 323 del C. Penal, modificado por el artículo 29 de la Ley 40 de 1993.

Inconforme con la decisión, la defensa interpuso recurso de apelación, que al ser resuelto por el Tribunal Superior de Medellín le impartió confirmación en sentencia de enero 27 de 1994, la cual fue impugnada a través del presente recurso extraordinario.

LA DEMANDA

Al amparo de la causal tercera de casación el censor propone un solo cargo contra la sentencia del Tribunal por considerar que fue proferida en un juicio viciado de nulidad, toda vez que en la resolución acusatoria la Fiscalía plasmó dos proposiciones contradictorias, pues en una afirma lo que en la otra niega, a saber: acusa al procesado como presunto autor responsable del homicidio cometido con arma de fuego de que fue víctima Alvarez Bustamante, y seguidamente le precluye la investigación por por-

le ilegal de armas, con lo cual desvirtúa la utilización de ese instrumento letal en la comisión del delito.

Tal proceder, a juicio del demandante, implica ostensible antinomia constitutiva de irregularidad sustancial que vicia de nulidad todo lo actuado, dado que la resolución acusatoria como pieza fundamental que es dentro de la estructura procesal debe edificarse de manera precisa, clara y completa, respetando el principio de la necesidad de la prueba y conservando la unidad lógica y conceptual entre sus partes motiva y resolutiva a fin de que no se presenten dilogías antinómicas o conclusiones contradictorias como las que se advierten en el caso de estudio.

Tras consignar que no se demostró el medio comisivo utilizado en el homicidio, estructurante del fenómeno de la tipicidad, concluye solicitando a la Corte anular el proceso a partir del auto que clausuró el ciclo instructivo, no sin antes advertir que lo evidente no se demuestra sino se enuncia, razón que explica la simplicidad de su libelo.

Concepto Del Ministerio Público

Para la Procuraduría Tercera Delegada en lo Penal el censor no hizo cosa distinta que solicitar la infirmación del fallo de segunda instancia bajo el argumento de que la resolución acusatoria contiene una contradicción que puede generar dificultades para la defensa, pero sin hacer esfuerzo alguno por demostrar lo que en el fondo era requisito de la alegación: que la pretendida incoherencia del pliego de cargos restó posibilidades defensivas concretas, omisión que de por sí determina el fracaso de la censura, toda vez que las causales de nulidad no protegen las formas por las formas mismas, sino aquellas exigencias rituales de la actuación en cuanto permiten el ejercicio de la defensa y legitiman la respuesta punitiva del Estado frente a los comportamientos penalmente investigados.

El simple reconocimiento de dilogía de proposiciones en el pliego de cargos no constituye base suficiente para anular la actuación, pues se requiere que el libelista demuestre en qué forma la contradicción conceptual dificultó la defensa del enjuiciado o causó lesión concreta y trascendente a cualquiera de las garantías procesales.

Y, al contrario de lo que se pretende mostrar, en lo actuado se evidencia que la susodicha anfibología, lejos de constituir un obstáculo para la adecuada defensa, proporcionó al censor herramientas que fueron oportunamente utilizadas, aunque sin éxito, en procura de la absolución de su defendido.

De otro lado, la posición del demandante se revela inconsecuente, pues de acogerse su pretensión anulatoria, por lo menos en una de las alternativas de solución, habría que dictar resolución de acusación contra el procesado por el delito de porte ilegal de armas, situación que resultaría manifiestamente contraria a los intereses que representa.

Además, examinando con detenimiento la resolución acusatoria, puede apreciarse que no contiene la contradicción a que alude el casacionista, pues siendo que los dos hechos punibles a que se contrae este diligenciamiento se investigaron bajo una misma cuerda, conservando cada uno de ellos la autonomía de su descripción típica, era jurídicamente viable acusar por uno y precluir por el otro simultáneamente, como se hizo.

Adviértase que la preclusión por el porte ilegal de armas no se fundamentó en que el procesado no hubiere disparado el arma homicida, sino en el discutible criterio de que no fue sorprendido portándola y nadie lo vió con ella en la mano, es decir, por falta de demostración de la conducta mas no por atipicidad de la misma.

De ahí que el funcionario acusador hubiera precisado no tener dudas acerca de la comisión del delito de homicidio, aunque la ausencia de la prueba de rigor le impidiera endilgarle al mismo procesado el punible de porte ilegal de armas.

En consecuencia, solicita a la Corte NO CASAR la sentencia impugnada.

Consideraciones de la Corte

Para que un cargo de nulidad pueda prosperar es necesario que se precise la clase de nulidad invocada, la fundamentación que según la irregularidad que se pretende demostrar le corresponde, y su trascendencia. Así lo ha sostenido desde antiguo esta Corporación, como puede evidenciarse entre otros fallos en el proferido el 2 de diciembre de 1992, radicación Casación 6183, Magistrado Ponente, Dr. Ricardo Calvete Rangel (Gaceta CCXXI, segunda parte, pág. 493).

En el presente caso, se acusa la nulidad del proceso a partir del calificatorio, inclusive, por supuesta contradicción o antinomia en las dos decisiones allí tomadas: la primera, acusar a Didier Manrique Salazar por el delito de homicidio que con arma de fuego se cometió contra la humanidad de Juan Carlos Alvarez Bustamante, y la segunda, precluir la investigación en favor del mismo por el presunto delito de porte ilegal de armas.

Dicha calificación sumarial, a juicio del recurrente, entraña la nulidad consagrada en el artículo 304-2 del C. de P.P. cuyo tenor se transcribe a continuación:

«2a.- La comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso.»

La fundamentación del cargo resalta la importancia de la resolución acusatoria como pieza basilar del juzgamiento, condición privilegiada que

a juicio del demandante impide tolerar en ella vacíos, confusiones y mucho menos contradicciones

Nadie discute la veracidad de ese aserto, pero lo que no corresponde a la realidad es que la resolución acusatoria proferida en este proceso se encuentre viciada de nulidad, porque tal como acertadamente lo expresara el Ministerio Público, la circunstancia de que dos delitos se investiguen conjuntamente no implica que ambos tengan que correr fatalmente la misma suerte, pues las pruebas deben ser apreciadas independientemente frente a cada uno de ellos, siendo entonces perfectamente posible que se acuse por uno y se precluya respecto del otro, como ocurrió en el presente caso, si los elementos de convicción así lo sugieren.

Además, luego de analizar cabalmente el material probatorio, la Fiscalía señaló en la resolución acusatoria no tener dudas en cuanto a la realización del homicidio por parte del procesado, a pesar de no poder atribuirle a éste el delito de porte ilegal de armas, en razón de que no fue sorprendido portando el arma homicida y de que tampoco ninguno de los declarantes dio fé sobre ese hecho (fol.112).

Conforme con lo anterior se concluye que no existió violación sustancial insalvable en la resolución acusatoria y, por tanto, carece de fundamento la nulidad deprecada.

Cuestión distinta es que el censor no comparta la calificación dada a las sumarias, como tampoco la encuentra acertada la Corte, porque si bien es cierto no obraba en el plenario prueba directa indicativa de que Didier Manrique Salazar portara un arma de fuego el día de marras, ese hecho se infería lógicamente de su demostrada participación como autor material del homicidio investigado, aunada a la ausencia del respectivo salvoconducto, y por consiguiente, también ha debido acusársele por el delito de porte ilegal de armas.

Evidentemente esa equívoca preclusión benefició al procesado y seguirá beneficiándolo ante la imposibilidad de removerla en esta fase procesal, pero resulta ilógico que sea el propio defensor quien pretenda la anulación de la misma, ya que como bien lo anotó la Procuraduría, de accederse a su inaceptable solicitud tendría que rehacerse el calificatorio y muy posiblemente su defendido terminaría condenado por los dos delitos en vez de uno, como actualmente se encuentra, lo que repercutiría en la ausencia de interés para recurrir en casación.

Sobre ello, el Tribunal apuntó con notable precisión:

"No queremos terminar sin antes referirnos en forma breve a la forma antinómica en que se calificó la investigación y de la que tanto se duele la defensa, lo cual, desde ya lo anticipamos, ninguna virtualidad tiene de sembrar inquietudes en torno a la demostración sobre la autoría del homicidio. La verdad es que, material y procesalmente hablando, poco afor-

lunada resulta en verdad esa decisión de acusar por un homicidio cometido con arma de fuego y sin embargo precluir por el porte de tal instrumento, preclusión ahora inmodificable por haber hecho ya tránsito a cosa juzgada, y menos aún por las equívocas razones consignadas en el correspondiente auto, pues la tenencia o no de salvoconducto es materia de fácil prueba y ella no había sido agotada en el proceso como para desestimar radicalmente el cargo, frente al cual no se debió entonces cerrar investigación con tal deficiencia probatoria. Pero el hecho entonces es que esa cuestionable decisión, sin necesidad de ahondar en el otro fundamento de la preclusión, basado en una eventual conservación trocada sólo en porte para la ejecución del designio criminal, deleznable e insostenible al máximo, no contiene dicotomía alguna en la valoración de la prueba tenida en cuenta para la deducción del otro cargo, por lo que, desde esta perspectiva, no se afecta la coherencia lógica y la fundamentación misma de la acusación como para pensar que ésta es en sí contradictoria. Es claro que para uno y otro cargo se valoraron distintos elementos de juicio sin que en ningún momento para negar el uno se desvirtuara el otro, lo que no tiene entonces, aparte del mero cuestionamiento académico, ninguna potencialidad de afectar la resolución de acusación".

En conclusión, el cargo no puede prosperar.

Por lo expuesto, La *Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal*, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del Ministerio Público y de acuerdo con éste,

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia impugnada, de naturaleza, fecha y orígen señalados en la parte motiva.

Cúmplase y devuélvase.

Nilson Pinilla Pinilla, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CONDENA/ INVASION DE TIERRAS/ ERROR DE PROHIBICION

De acuerdo con el artículo 247 de la ley procesal penal, para proferir sentencia de condena se requiere que la prueba obrante en el proceso tenga la virtualidad de producir certeza sobre la existencia del hecho punible y la responsabilidad del procesado.

2.-El comportamiento que afecta el bien jurídico protegido en las diferentes hipótesis contempladas en el Título que alude a los atentados contra el patrimonio económico, se circunscribirá a aquel que se indica en cada figura cuya vulneración o amenaza apareja la sanción. La actividad punible, en el caso del precepto transcrito (art. 367 C.P.) estaría dada por la invasión de terreno o edificio ajeno, con ánimo de aprovechamiento.

Para que el error de que trata el artículo 40 del C.P., llámese de prohibición o de tipo, tenga la virtualidad de excusar la conducta, precisa la existencia de circunstancias que generen en el agente la convicción invencible de que su actuación la ampara una causal de justificación, o de que no concurre un elemento de la situación descrita por el tipo. Huelga decir que, en cualquiera de estos supuestos, es "conditio sine qua non" la buena fe del agente.

Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., treinta de abril de mil novecientos noventa y seis.

Magistrado Ponente: Dr. *Dídimo Páez Velandia*

Aprobado Acta No.65

Proceso No. 10909

VISTOS

Por vía de apelación, conoce la Corte la sentencia de fecha 17 de julio de 1995, mediante la cual la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva (H), resolvió condenar al doctor Gustavo José Sánchez Barroso, Juez 2o. Penal del Circuito de Garzón, como autor del punible de prevaricato por acción, en concurso homogéneo, a la pena principal de

dieciséis (16) meses de prisión, concediéndole la condena de ejecución condicional.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL.

1. En el Juzgado Promiscuo Municipal de Altamira, con base en denuncia formulada por Alba Segura de Castaño, se tramitó proceso por el delito de invasión de Tierras, porque Raquel Castro Pava se introdujo fraudulentamente al predio «Haro la Esperanza» del que aquella era propietaria, según compra hecha a Juan Carlos Castro Monje, sobrino de la invasora, como rezaba en la respectiva escritura y en el certificado de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados.

2. Dentro de dicho proceso el Juez de primera instancia dictó el 25 de noviembre de 1992 medida de aseguramiento de caución prendaria contra la procesada, y luego resolución de acusación el 28 de julio de 1993, siendo ambas determinaciones revocadas por el Juez 2o. Penal del Circuito de Garzón en proveídos calendados el 21 de enero y el 25 de agosto de 1993, respectivamente.

3. Al entender la señora Alba Segura de Castaño que con estas decisiones el Juez Penal del Circuito se había apartado manifiestamente de la ley, formuló en su contra denuncia penal por prevaricato.

4. Con base en la denuncia anterior y las diligencias previas que se realizaron, la Unidad de Fiscalías Delegadas ante el Tribunal Superior de Neiva (H) abrió la correspondiente investigación penal (fl.34 Cdno. original I), recibió indagatoria al imputado (fl.54), resolvió su situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva, con derecho a excarcelación (fl.59), y tras la clausura de la investigación, calificó el mérito del sumario formulándole acusación por el delito de prevaricato (fl.178), que confirmó una Fiscalía Delegada ante la Corte Suprema de Justicia cuando conoció de la misma por apelación (fl.4 Cdno.Fiscalía 2a.Instancia), el 6 de octubre de 1994.

En el adelantamiento del juicio se llevó a cabo el acto de la audiencia pública, al cabo del cual el Tribunal *a quo* puso fin a la instancia dictando la sentencia de cuya revisión se trata por vía de apelación.

FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA

Luego de hacerse referencia a los medios probatorios allegados al proceso que por invasión de tierra se tramitó en el Juzgado Promiscuo de Altamira, se discurre por el Tribunal en la sentencia de primer grado, así:

«...Una sana y desprevenida valoración de tales pruebas, al momento de desatar la apelación contra la medida de aseguramiento, imponían legalmente una decisión del todo diferente y por demás contraria a la que

se tomó por el Juez procesado. La escritura pública debidamente registrada que daba cuenta de la propiedad del inmueble en cabeza de Alba Segura, las declaraciones que indicaban su señorío y del conocimiento que de ello tenían Juan Carlos y su tía Raquel cuando a través de sospechosa negociación se apoderaron del predio, imponían mantener la medida de aseguramiento: esta era la situación legal que debía atenderse y respetarse y que el procesado desconoció con singular avilantez, valiéndose de pretextos y omitiendo la clara realidad asumió posición distinta. En manifiesta contrariedad con la prueba e ignorando las previsiones del artículo 388 del C. de P. Penal, consideró que no existía mérito para la medida, aduciendo que en las convenciones obliga respetar las condiciones de los contratantes siempre y cuando se cumplan a cabalidad los términos de la negociación...».

Sobre su actuación ilegal de cara a la revocatoria de la resolución de acusación, precisa:

«...El ánimo malicioso del Juez Sánchez Barroso de desconocer la evidencia procesal gravita, de manera indubitable, también en la providencia que revisó por apelación la resolución acusatoria proferida por el *a quo* contra la Castro Pava como responsable del delito de Invasión de Tierras, oportunidad en la que aquel contaba con campo probatorio aún más cimentado que le permitía una juiciosa resolución de bastante trascendencia para confirmarla y que sin embargo revocó despojándo de connotación penal, en confuso y contradictorio proveído, la conducta de la Castro Monje...»

Acerca de las explicaciones del procesado sobre que procedió de esa manera en el entendimiento de que se estaba frente a una controversia de carácter civil, solucionable por los jueces de esa especialidad, dice:

«...No son de recibo las explicaciones que sobre su comportamiento aduce el proceso; el asunto que tenía entre manos era, como imputación del hecho punible de Invasión de Tierras que se le decía a Raquel Castro Pava, de índole penal que no civil, como así termina por admitirlo al declarar que «...no se trataba de que yo dirimiera quién era el dueño o titular del predio, sino que no se configuraba el delito de usurpación por el que condenaban a (sic) llamaban a juicio a una persona...»

Sustentación de la Apelación

Admite la defensa que las cuestionadas decisiones del Juez Sánchez Barroso fueron contrarias a la ley, pero agrega: «...él no tuvo la más remota intensión (sic) de cometer el hecho punible por el cual se le condena y que define y sanciona el art.149 del C.P., vale decir, de ser culpable de prevaricato por acción...».

Hace citas de tratadistas extranjeros y nacionales y transcribe apartes de jurisprudencia de esta Corporación, para demostrar que no basta la existencia de inconformidad entre lo decidido por el Juez y la ley para que se pueda condenar por prevaricato, sino que es necesario que medie el dolo, el cual resulta imprediçable en el caso del procesado, pues éste obró de buena fe.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

De acuerdo con el artículo 247 de la ley procesal penal, para proferir sentencia de condena se requiere que la prueba obrante en el proceso tenga la virtualidad de producir certeza sobre la existencia del hecho punible y la responsabilidad del procesado.

La acusación que pesa contra el doctor Gustavo José Sánchez Barroso por el punible de prevaricato se hace consistir en que, en el desempeño del cargo de Juez Segundo Penal del Circuito de Garzón, cuya condición documentalmente se acreditó, profirió dos resoluciones manifiestamente contrarias a la ley dentro del proceso que adelantara el Juzgado Promiscuo Municipal de Altamira (H) contra Raquel Castro Pava por el delito de Invasión de Tierras; la primera, cuando revocó la medida de aseguramiento dictada en contra de Castro Pava, y la última cuando de igual manera dejó sin efecto la resolución de acusación producida en su contra, para en su lugar «...Declarar Extinguida La Acción Penal en este caso contra Raquel Castro Pava, de acuerdo a lo establecido en el art.36 del C. de P.P...».

El hecho que fue motivo de investigación y que llegó a conocimiento del procesado como Juez ad-quem, se halla consagrado en el Título XIV del Código Penal, referido a los Delitos contra el patrimonio económico, y tipificado en el artículo 367 de la siguiente manera:

«Invasión de tierras o edificios. El que con el fin de obtener provecho ilícito invada terrenos o edificio ajenos, incurrirá en...».

El comportamiento que afecta el bien jurídico protegido en las diferentes hipótesis contempladas en el Título que alude a los atentados contra el patrimonio económico, se circunscribirá a aquél que se indica en cada figura cuya vulneración o amenaza apareja la sanción. La actividad punible, en el caso del precepto transcrito, estaría dada por la invasión de terreno o edificio ajeno, con ánimo de aprovechamiento.

Luego, para establecer si el Juez Penal del Circuito fue infiel o no a la función pública de administrar justicia al dictar aquellas resoluciones, debe indagarse si dentro del citado proceso ya se encontraban elementos de persuación indicativos de que la invasión efectivamente existió y de que los terrenos eran ajenos al invasor, pues sólo así se puede válidamente realizar el juicio de valor de si las decisiones fueron marcadamente

contrarias a la ley, como lo exige el tipo penal que describe el prevaricato por acción.

Sobre este último extremo aparece demostrado que evidentemente la denunciante Alba Segura de Castaño, adquirió por compra que hiciera a Juan Carlos Castro Monje la finca «Hato la Esperanza», como aparece en la escritura pública No.337 protocolizada el 2 de marzo de 1991 en la Notaría Unica del Círculo de Garzón, en la cual consta la cláusula 5ª que dice: «...ya se hizo a la compradora la entrega real y material del predio vendido, dejándola en posesión de él a su satisfacción..» (fl.2 Cdno.3 anexo). Se encuentra igualmente, el folio de Matrícula inmobiliaria No.2020003826 donde se registra la venta en mención (fl. 5 anexo 3).

Según la denuncia, el acto perturbador se produjo por Raquel Castro el 2 de enero de 1992, cuando llegó a la finca exhibiendo al mayordomo un documento de compra-venta suscrito por el anterior dueño y sobrino de ésta logrando así engañosamente despojarla de la posesión.

Juan Carlos Castro Monje (fl. 4 Cdno anexo 1) aceptó la venta que hizo a la denunciante, pero añade que en vista de que no cumplió con el pago del precio, resolvió prometerle en venta el predio a su tía RAQUEL dejándola en posesión del mismo.

En la indagatoria Raquel Castro Pava admitió que su sobrino había vendido el predio en cuestión a Alba Segura, pero como no pagó su precio resolvió adquirirlo en asocio de sus hermanos Fernando y Gilberto, para lo cual se suscribió la correspondiente promesa de compra-venta, tomando posesión de la finca (fl. 22 anexo 1).

En el contrato de promesa de compra-venta citado por Castro Pava y que obra al folio 26 del cuaderno anexo 1, se advierte, al señalarse la forma de pago, que «...la suma de Tres Millones Setecientos Cincuenta Mil ($3.750.000.oo) se pagarán a la señora Alba Segura De Castaño, una vez finalice el proceso que por lesión enorme se adelantará en el Juzgado Unico Civil del Circuito de Garzón contra la mencionada señora...» y que la escritura se firmará «..dependiendo de la duración del proceso que se adelante por lesión enorme contra la señor (Sic) ALba Segura De Castaño...»

Contando estos elementos de juicio y el testimonio de Julio Cardozo Parra, mayordomo de la finca en cuestión (fl.40), de cuya venta fue enterado por el propio Juan Carlos Castro Monje y quien entregó en posesión a la compradora Segura de Castaño, estimó la Juez Promiscuo Municipal de Altamira (11) que eran suficientes para deducir que las exigencias legales se cumplían para proferir en contra de Castro Pava medida de aseguramiento de caución prendaria como autora del punible de Invasión de Tierras (fl. 43), y luego para negar la reposición de esta medida y conceder, en cambio, el recurso de apelación interpuesto como subsidiario (fl. 72).

La revocatoria de esta resolución la sustentó el Juez acusado aduciendo que como en los contratos de compra-venta es esencial el pago del objeto del negocio, al no operar éste lo pactado se rescinde y las cosas vuelven al estado anterior.

Resulta patente la ilegalidad de esta decisión del Juez procesado, porque en la resolución del asunto puesto a su consideración como funcionario de segunda instancia y en el camino de determinar si hubo o no la invasión de terrenos, que era el hecho denunciado por Alba Segura De Castaño, y por el cual se había dictado contra la inculpada medida cautelar, aparecía como circunstancia indiscutible que aquella era titular del derecho de propiedad sobre el inmueble en cuestión, como con claridad meridiana se desprendía de la simple observación de la escritura pública de venta y de su registro en la oficina correspondiente, lo que unido a la posesión que del mismo había entregado el vendedor a la compradora, comportaba el *dominium legitimum*, representativo de la idea de señorío que cada uno tiene sobre sus bienes. Por manera que si pretendió asimilar un simple contrato de promesa de compra-venta con los actos solemnes a través de los cuales la ley determina que se haga la tradición de los bienes inmuebles, inexcusable en una persona conocedora de las disciplinas jurídicas y de vasta experiencia, desembocó en una falsa motivación explicable, eso sí, de su afán de dar apariencia de legalidad a su determinación de negar a lo que a ojos vistas era inocultable.

Es más, tanto Raquel Castro Pava como su sobrino Juan Carlos Castro Monje, sabían positivamente que con la escritura de venta y su consiguiente registro, sumado a la posesión que se le dió a la compradora de la finca, se constituía la plena propiedad. Tanto así, que en el ya mencionado contrato de promesa de compra venta, que llama a sospecha con razón debido a las circunstancias en que se suscribió -con posterioridad a la venta hecha a la denunciante- y por las personas que intervinieron en él -Juan Carlos Castro Monje, su tía Raquel y hermanos de ésta, incluido el padre de aquel- se condicionó la promesa de venta al éxito que se tuviera en el proceso que se adelantaría por lesión enorme contra Alba Segura De Castaño, el cual finalmente resultó fallido, de donde se sigue que aquellos admitían que con relación a ellos el bien ya era ajeno. Esta circunstancia, demostrada documental y testimonialmente, contra todo derecho el imputado dejó de considerarla, pues ninguna reflexión le mereció y de ahí para que su resolución sea catalogada de marcadamente injusta.

Su segunda decisión, de revocar la resolución de acusación, tanto o más reproche jurídico merece, pues aparte de ignorar paladinamente el caudal probatorio que se enderezaba a demostrar la responsabilidad de Raquel Castro frente al punible de invasión, dispuso tomar la determinación extrema de extinguir la acción penal adelantada en su contra, cuando si le persistían las dudas que tenía sembradas al revocar la medida de aseguramiento y ordenó a la Juez de instancia que «con las máximas

garantías «oyera a los testigos cuya declaración la defensa echó de menos, podía válidamente ordenar la reapertura de la investigación, fórmula procesal a la sazón vigente como modo de calificar el mérito del sumario.

Tan grosera resulta la conducta del Juez que la misma defensa no se opone a que las resoluciones se califiquen de ilegales, pero prohija lacónicamente la posición del impurado en cuanto a que su proceder lo realizó de buena fe, pues fue fruto del error.

Para que el error de que trata el artículo 40 del C. P., llámese de prohibición o de tipo, tenga la virtualidad de excusar la conducta, precisa la existencia de circunstancias que generen en el agente la convicción invencible de que su actuación la ampara una causal de justificación, o de que no concurre un elemento de la situación descrita por el tipo. Huelga decir que, en cualquiera de estos supuestos, es «conditio sine qua non» la buena fe del agente.

Aquí, ni el procesado ni la defensa han expuesto las circunstancias inductivas del error, ni han ensayado argumentos dirigidos a demostrar la naturaleza del mismo ni por qué se incurrió en él. Y es apenas elemental que ello ocurriera porque sí, como en este caso se ha visto que la prevaricación resultó de que el administrador de justicia caprichosamente volteó la espalda a la prueba cuyo examen conducía a optar por una decisión, para dar paso a otra con análisis amañado, refulge que el error no podía estructurarse, porque no hubo estudio de los diferentes supuestos que la situación procesal presentaba y que por vía de interpretación llevaran al equívoco.

En consecuencia, la sentencia condenatoria pronunciada por la conducta típica, antijurídica y culpable, a título de dolo y que fuera objeto de apelación, se ajusta a la realidad procesal y a la ley. La pena impuesta se dedujo partiendo del mínimo fijado en la disposición penal infringida, y se incrementó por el concurso homogéneo por el que se le acusó, otorgándosele el subrogado. Está por demás decir que por ser la defensa la única apelante, constitucional y legalmente no puede modificarse el fallo en su disfavor, aun cuando sí es de destacar la forma benigna como se trató el aspecto punitivo en este caso y el otorgamiento del subrogado, sin limitarlo al menos a 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 la sentencia impugnada, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva (H), resolvió condenar al doctor Gustavo José Sánchez Barroso, como autor del punible de prevaricato

por acción, en concurso homogéneo, cometido en el desempeño del cargo de Juez Segundo Penal del Circuito de Garzón (H). En firme, devuélvase al Tribunal de origen.

Cópiese y cúmplase.

Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Carlos A.gálvez Argote, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

COMPETENCIA/ HURTO

Por virtud de lo dispuesto en el artículo 295 del estatuto procesal, para determinar la competencia en los hechos punibles contra el patrimonio la cuantía puede ser la que fije el perjudicado bajo la gravedad del juramento, siempre y cuando no sea impugnada durante la investigación por cualquiera de los sujetos procesales, caso en el cual se decretará prueba pericial para establecerla.

2.- Para la adecuación de la conducta al tipo de hurto basta que el sujeto activo haya efectuado el apoderamiento "con el propósito de obtener provecho para sí o para otro", así este no se llegue a obtener.

De manera que lo que se debe acreditar es el "ánimo", el "propósito" con que el agente realizó el comportamiento, y como elemento subjetivo que es, su existencia hay que inferirla de las circunstancias que rodearon el hecho, bien sean antecedentes, concomitantes o subsiguientes a él, tales como la forma de ejecución del apoderamiento, el destino que se le de a los bienes, las manifestaciones del autor, etc.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santafé de Bogotá, D.C., abril treinta (30) de mil novecientos noventa y seis (1996).

Magistrado Ponente: Dr: *Ricardo Calvete Rangel.*

Aprobado por Acta No. 065

Proceso:8599

Vistos

Procede la Sala a resolver sobre la demanda de casación interpuesta por el defensor del procesado Darío Sarmiento del Castillo, contra la sentencia del Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá, mediante la cual confirmó el fallo condenatorio que por el delito de hurto agravado profirió el Juzgado Cuarenta y Uno Penal del Circuito de la misma ciudad, con las modificaciones siguientes: redujo la pena principal impuesta de cuatro (4) años siete (7) meses de prisión a treinta (30) meses, y señaló el mismo término para la interdicción de derechos y funciones públicas. Además concedió la condena de ejecución condicional.

I. Hechos y Actuación Procesal

En el Juzgado Noveno Civil Municipal de esta capital se adelantó un proceso ejecutivo de «LICORES Y VINOS LTDA» contra Ignacio Rico, dentro del cual se decretó el embargo y secuestro de bienes.

La diligencia la practicó la Inspección 3 B Distrital de Policía el 26 de octubre de 1984 en la cigarrería «La Viña», ubicada en la carrera 7a. No. 49-22, en donde fue embargada y secuestrada una cantidad apreciable de licor. Como secuestre fue nombrado Gabriel Cano Salazar, quien dió los bienes en depósito a Luis Fernando Velásquez Otálora, almacenista de la sociedad demandante.

Por auto del 1o. de octubre de 1985, el Juzgado levantó en forma oficiosa el embargo y secuestro y en oficios posteriores ordenó que se entregara la mercancía a Humberto Rico Fajardo, quien ante la negativa del secuestre formuló la denuncia que dió origen al proceso.

La investigación condujo a la vinculación de Darío Sarmiento del Castillo, por ser la persona que finalmente retiró los bienes de la bodega en donde habían sido guardados.

La instrucción fue iniciada por el Juzgado Dieciséis de Instrucción Criminal, despacho que oyó en indagatoria a Gabriel Cano, para luego disponer la vinculación de Darío Sarmiento a quien también escuchó en injurada. La situación jurídica de los indagados fue resuelta absteniéndose de decretar medida de aseguramiento.

Perfeccionada en lo posible la instrucción, el juzgado ordenó su clausura, y luego del trámite respectivo calificó el mérito del sumario con resolución de acusación para Sarmiento del Castillo por el delito de hurto agravado, y cesación de procedimiento en favor de Cano Salazar.

Apelado el pliego de cargos por el defensor del encausado, el Tribunal Superior le impartió confirmación mediante providencia de mayo 8 de 1992.

La etapa del juicio fue adelantada por el Juzgado Cuarenta y Uno Penal del Circuito. Una vez surtida la audiencia pública dictó sentencia condenatoria contra Darío Sarmiento por el delito por el cual fue enjuiciado, imponiéndole pena principal de cuatro (4) años y siete (7) meses de prisión, y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por dos (2) años. También lo condenó a pagar perjuicios materiales y morales.

Al resolver el recurso de apelación, el *ad quem* confirmó el fallo con las modificaciones anotadas inicialmente.

II. La Demanda

Primer Cargo

El libelista acusa el fallo de haber sido dictado en un proceso viciado de nulidad por el factor competencia.

El denunciante afirma que el valor del objeto material es de tres millones de pesos ($3.000.000.), y el artículo 295 del Código de Procedimiento Penal establece, que «Para determinar la competencia en los hechos punibles contra el patrimonio económico, la cuantía y el monto de la indemnización, podrá ser la que fije el perjudicado bajo la gravedad del juramento, siempre y cuando no sea impugnada durante la investigación por cualquiera de los sujetos procesales, caso en el cual el funcionario decretará la prueba pericial para establecerla.»

Sin embargo, a juicio del impugnante la disposición anterior no puede ser aplicada porque la cuantía está objetada por el apoderado de la parte civil y existen pruebas fundamentales que contradicen ese avalúo. Pero especialmente, porque esa norma puede aplicarse para efectos de competencia o de perjuicios, pero nunca para resolver problemas de tipicidad o de establecimiento de la naturaleza del comportamiento.

Cita las oportunidades en que el representante de la parte civil solicitó que se actualizara el valor de las mercancías, para luego agregar que es este mismo sujeto procesal el que acepta que no existe cuantía cierta, que hay indeterminación, de modo que se produjo un fallo sin que hubiera precisión sobre el monto, lo cual hubiera permitido saber si se estaba en presencia de un delito o de una contravención.

De otra parte, el casacionista asevera que si se analizan otras pruebas existentes en el expediente, todo indica que se trata de una contravención. Tal ocurre si se tiene en cuenta el Despacho Comisorio No. 464, en el que el juez limita el embargo a la suma de quinientos diecinueve mil cuatrocientos pesos ($519.400.), y en ninguna parte aparece que el inspector hubiere incumplido esa orden.

La caución se prestó con relación a dicha cuantía, y en el documento del folio 45 se repite que el embargo no puede pasar de esa suma, lo que le permite concluir al censor, que aunque el valor del objeto material no se determinó, de todas maneras la cantidad anotada es indicadora de que el objeto material tenía un valor inferior a los diez salarios mínimos de que trata el artículo 1o. de la Ley 23 de 1991.

Así las cosas, las autoridades jurisdiccionales que dictaron el fallo carecían de competencia, por lo tanto solicita a la Corte que decrete la nulidad a partir del momento en que se decretó el cierre de la investigación.

Segundo Cargo

Subsidiariamente propone el demandante un reproche por violación indirecta de la ley por error de hecho, debido a que no existe en el averiguatorio la prueba idónea del propósito de aprovechamiento del objeto de la conducta.

Dice que si se analiza la prueba recaudada, y se observan las sentencias de instancia, se verá que ninguno de los medios probatorios de cargo apuntan a demostrar el ingrediente subjetivo, y el juzgador no puede suponer pruebas para acreditar situaciones de relevancia jurídica.

Los testimonios prestados por Jaime Arenas, Aurora Torres y Guillermo Arévalo López, que merecieron confianza para los juzgadores, tratan distintos aspectos, pero ninguno se refiere siquiera tangencialmente a que en la acción adelantada por Sarmiento del Castillo estuviera presente el propósito de lucro, de provecho.

Agrega el defensor que en la providencia de segunda instancia el Tribunal se olvida de analizar la presencia del elemento subjetivo, y se queda en comprobaciones tan sólo de la ocurrencia de la conducta.

La mención al provecho es tangencial, y pone de presente la inseguridad demostrada cuando el sentenciador se refiere al mismo. Estima importante que se hubieran realizado pruebas como las periciales para demostrar el provecho; que los declarantes de cargo hubieran facilitado información sobre personas que hubieren tenido conocimiento de la obtención efectiva y no ficta o presunta del provecho; y que se hubiere podido recepcionar la declaración de quienes condujeron los vehículos que transportaron la mercancía.

Finalmente insiste en que el juzgador se ideó o creyó ver en las declaraciones el elemento subjetivo, cuando ninguna indica que Sarmiento obtuvo provecho o al menos que actuó motivado por esa finalidad.

La petición es que se case la sentencia con base en la causal y consideraciones invocadas en el libelo.

Concepto del Ministerio Público

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal sugiere a la Sala no casar la sentencia, como conclusión de los siguientes planteamientos:

Primer Cargo

Dice que *ab initio* fluye una contundente razón que impide que la impugnación en relación con la falta de competencia tenga validez alguna. La Ley 23 de 1991 desjudicializó un buen número de conductas que se tenían como delitos, entre ellas el hurto simple, siempre y cuando la cuantía no fuere superior a diez salarios mínimos mensuales.

Así las cosas, es claro que el legislador al limitar la desjudicialización al delito de hurto simple, excluyó aquellas conductas que merecen un mayor reproche penal por contener circunstancias que las califican o agravan. Siendo una verdad que el punible imputado al procesado es el de hurto agravado, fácil es advertir que la argumentación tendiente a encuadrarlo como una contravención es desatinada y destinada al fracaso.

Segundo Cargo

Estima el Delegado que no le asiste razón al demandante, cuando en una consideración puramente personal afirma que en la sentencia no se llegó a la demostración del elemento subjetivo del hurto, ya que es contrario a lo que se aprecia en el fallo, en donde el Tribunal infiere lógicamente de la existencia del apoderamiento el provecho ilícito, y así lo expone en los folios 160 y 161, cuyo contenido transcribe parcialmente el censor, omitiendo la afirmación del juzgador en el sentido de que el apoderamiento y el provecho ilícito los colige de la prueba analizada en la parte motiva.

Exigir, como lo hace el impugnante, que se hubiese demostrado la obtención de un provecho ilícito, es crearle al tipo un presupuesto que no tiene, pues además del apoderamiento basta con que el sujeto activo actúe guiado por un propósito de aprovechamiento.

Dando por descontada la indistinta utilización terminológica del defensor, que se refiere a lo largo del libelo al propósito y a la obtención del aprovechamiento, equivocado resulta pretender que sólo por algunos medios de prueba, verbi gracia el pericial, se pueda arribar a esa comprobación, pues en un sistema legal guiado por el principio de la sana crítica, pertinente es probarlo por cualquiera de los medios probatorios establecidos por el legislador, como lo hizo el fallador de segundo grado al acudir a la deducción lógica, tomando como hechos indicadores las declaraciones de Gabriel Cano, Aurora Torres, Jaime Arenas y Guillermo Arévalo, al igual que a los diversos memorandos en los que el acusado ordenó al almacenista Luis Fernando Vásquez sacar la mercancía.

Y agrega el Procurador Delegado: «Así las cosas no resulta cierto que en el fallo impugnado se haya creado la prueba para demostrar el propósito de aprovechamiento sino que lo que no existe es una prueba directa pero es incuestionable que con fundamento en los hechos indicadores ya relacionados, el Tribunal infirió el aprovechamiento de la mercancía y de ello el referido propósito, lo cual de ningún modo resulta insólito, si se tiene en cuenta que como la misma Corporación lo afirma, entrándose de bienes fungibles y con representación económica, el apoderamiento ilegal no podía tener en este caso otro fin que el aprovechamiento económico».

Por último, la Delegada destaca la inseguridad del casacionista en la formulación de este cargo, pues a pesar de estar dirigido como error de

hecho por suposición de prueba, en la sustentación recurre a varias propuestas que confunden su inconformidad, ya que también reprocha la falta de una completa investigación, aproximándose a una nulidad por violación al derecho de defensa.

IV. Consideraciones de la Sala

Primer Cargo

El ataque por presunta nulidad por falta de competencia comprende dos aspectos a saber: uno, que la suma de tres millones de pesos, cuantía en la cual tasó el denunciante el valor del objeto material del hurto, no podía ser tenida en cuenta para determinar la competencia porque el apoderado de la parte civil la objetó; y dos, que otras pruebas existentes en el expediente demuestran que el valor es inferior a los diez salarios mínimos, motivo por el cual no se trata de un delito sino de una contravención. A cada uno de los planteamientos se responde así:

1o.- Por virtud de lo dispuesto en el artículo 295 del estatuto procesal, para determinar la competencia en los hechos punibles contra el patrimonio la cuantía puede ser la que fije el perjudicado bajo la gravedad del juramento, siempre y cuando no sea impugnada durante la investigación por cualquiera de los sujetos procesales, caso en el cual se decretará prueba pericial para establecerla.

En el caso en estudio, en la denuncia el afectado fijó el valor de lo hurtado en tres millones de pesos, y ni el procesado ni su defensor, ni ningún otro sujeto procesal impugnaron esa suma, siendo cierto que el apoderado de la parte civil insistió en que se actualizara mediante dictamen pericial el valor de la mercancía, como puede verse en los memoriales foliados con los números 145 y 148 del cuaderno original No.1, los cuales fueron respondidos en auto de junio 19 de 1990 en los siguientes términos: «... teniendo en cuenta lo preceptuado por el art. 364 del C. de P. P., el Despacho se abstiene de ordenar el avalúo de los bienes materia de investigación, dado que la cuantía fue la fijada bajo juramento por el Denunciante y de otro lado la misma no ha sido impugnada».

Es evidente que la parte civil pretendía aumentar la cantidad señalada en la denuncia, y le asistía el derecho de solicitar que se avaluaran los perjuicios para efectos de la indemnización, lo cual en su opinión comprendía actualizar el valor de los bienes hurtados. Pero así mismo es claro que su petición reiterada no podía ser entendida como una impugnación que impidiera, a la luz del mencionado artículo 295 del Código de Procedimiento Penal, tener en cuenta el valor denunciado para efectos de establecer la competencia, ni ahora la defensa puede valerse de esa actuación para querer hacerla valer como la oposición que nunca ejerció.

Así las cosas el planteamiento del casacionista queda sin fundamento, pues al margen de cualquier otra consideración, está acreditado que el

valor de lo hurtado sobrepasa la suma correspondiente a los diez salarios mínimos a que se refiere el artículo 1o. de la Ley 23 de 1991, razón suficiente para descartar toda posibilidad de que el hecho realizado fuera contravención.

2o.- Pretender que la circunstancia de que el embargo estuviera limitado a la suma de quinientos diecinueve mil cuatrocientos pesos ($519.400), es prueba de que el valor de lo hurtado es inferior a diez salarios mínimos, no es más que un sofisma, pues obviamente una cifra era la que contenía el oficio y otra la que resulta de sumar el valor de lo embargado, de lo cual posteriormente se apropió el acriminado.

Para lo que sirve el dato de la limitante contenida en el despacho comisorio, es para demostrar que en la diligencia de embargo y secuestro desbordaron la cantidad autorizada; y para obtener esta inferencia basta leer la relación de bienes sobre los que cayó la medida, y el valor que les dio su propietario en la denuncia, el cual, como ya se vio, no fue impugnado.

Sintetizando lo expuesto, no es cierto que la cuantía necesaria para precisar la competencia no se hubiera determinado por una de las formas previstas en la ley, ni tampoco que ella no fuera mayor de diez salarios mínimos, ni mucho menos que existieran pruebas en sentido contrario.

Segundo Cargo

Es formulado por violación indirecta de la ley por error de hecho, al haber supuesto el fallador la prueba del ingrediente subjetivo que posee el tipo de hurto.

Como el libelista en unos pasajes del escrito sostiene que no se probó el ánimo de obtener provecho, y en otros dice que no se demostró que efectivamente se hubiera obtenido el provecho, es oportuno precisar que para la adecuación de la conducta al tipo de hurto basta que el sujeto activo haya efectuado el apoderamiento «con el propósito de obtener provecho para sí o para otro», así éste no se llegue a obtener.

De manera que lo que se debe acreditar es el «ánimo», el «propósito» con que el agente realizó el comportamiento, y como elemento subjetivo que es, su existencia hay que inferirla de las circunstancias que rodearon el hecho, bien sean antecedentes, concomitantes o subsiguientes a él, tales como la forma de ejecución del apoderamiento, el destino que se le dé a los bienes, las manifestaciones del autor, etc.

Siendo el ataque por error de hecho por suposición de prueba, el impugnante debe indicar cuál fue la prueba supuesta, para de ese modo poder determinar su trascendencia. En el caso en estudio el censor se limita a afirmar que durante el averiguatorio no se recaudaron elementos de juicio conducentes a demostrar el elemento subjetivo, con lo cual va trasladando su reparo del campo de la «suposición de prueba», al de que

la prueba existente no permitía dar por demostrado dicho elemento, de ahí que termine cuestionando la apreciación que el fallador hizo de las declaraciones de Jaime Arenas, Aurora Torres y Guillermo Arévalo, aspecto éste que pone en evidencia que sabe de dónde infirió el «propósito» el sentenciador, y que es consciente de que no fue un invento gratuito, lo que ocurre es que no comparte esa conclusión.

Para efectos del planteamiento del cargo no es lo mismo alegar suposición de prueba, que no estar de acuerdo con la inferencia que obtiene el sentenciador de la prueba apreciada, pues aunque ambos yerros se demandan por error de hecho, el primero se demuestra precisando el medio probatorio que se «inventó» el Juzgador, y el segundo concretando la tergiversación en que incurrió.

Al margen de lo anterior, es oportuno advertir que no es cierto que la prueba del elemento subjetivo del tipo se hubiera supuesto, pues en el proceso se demostró plenamente lo siguiente: a la diligencia de embargo y secuestro se llevó un camión de la firma «Darío Sarmiento y Cía. Ltda.»; la mercancía se guardó en sus bodegas y se dejó en depósito del empleado Luis Fernando Velásquez; y posteriormente, por orden del implicado sacaron los bienes en vehículos de propiedad de la empresa «Alquileres Ltda.», de la cual Darío Sarmiento es uno de los socios, para llevarlos al lugar donde reside la madre de Olga Mireya Chávez Organista, quien hacía vida marital con el encausado.

Es indudable que con la demostración de los anteriores hechos no sólo se acredita el apoderamiento, sino que de ellos se infiere con toda claridad el ánimo de obtener provecho económico. Pretender que se necesitan pruebas especiales para poder dar por acreditado el propósito de aprovechamiento, cuando además nada indica que pudo haber sido con una finalidad diferente, es simplemente querer desconocer una deducción evidente y crearle al elemento subjetivo exigencias probatorias que no tiene, como quiera que cualquier medio de prueba es apto para demostrarlo, entre ellos el indicio.

Razón le asiste al Procurador Delegado en los planteamientos que en el mismo sentido formula, así como respecto de la inseguridad que pone en evidencia el casacionista, al terminar el reproche incluyendo apreciaciones relativas a la no práctica de pruebas que en su opinión eran importantes para la investigación, lo cual conduciría a una censura diferente.

Por lo dicho el reparo no prospera.

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

RESUELVE

No CASAR la sentencia recurrida.

Cópiese, devuélvase al Tribunal de origen y cúmplase.

Fernando E. Arboleda Ripoll. Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda, Jaime Bernal Cuéllar.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

ESTAFA/ PERJUICIOS

1. No faltalmente quien sufre el perjuicio económico y es víctima del hecho punible, debe ser la persona sobre la cual recae el ardid o maniobra artificiosa (art. 356 C.P.). El delito de estafa bien puede estructurarse sin que el estafador llegue a tener contacto directo con la víctima, como ocurre cuando el engaño se proyecta sobre persona distinta de quien recibe el perjuicio.

2. Respecto del artículo 55 ibidem, debe decirse que no es cierto que esta norma obligue al juzgador a designar un perito para avaluar los perjuicios ocasionados con el hecho punible. Esta decisión, de acuerdo con el citado precepto, es facultativa del funcionario judicial, quien según la complejidad del asunto, podrá disponer o no su intervención.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santafé de Bogotá D.C., abril treinta (30) de mil novecientos noventa y seis (1996).

Aprobado acta No. 65

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

Proceso: 8959

Conoce la Sala del recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de 28 de mayo de 1993, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá condenó a los procesados Jaime Díaz García-Herreros y Ligia Nelly María Cabrales García-Herreros, a 25 meses de prisión, al hallarlos responsables de los delitos de falsedad y estafa, imputados en la resolución de acusación.

Hechos y Actuación Procesal

Mediante escritura pública No.2641 de 9 de mayo de 1989, de la Notaría Novena del Círculo de Bogotá, Jaime Díaz García-Herreros, en calidad de representante legal de la firma «Sociedad Din-Pro y Compañía Limitada», de la cual es también socio Luis Carlos Guerrero Franco, vendió a los esposos Jan Petter Boehlke y María Rosa Helena Salcedo la casa distinguida con el No.9-79 de la calle 71 de esta ciudad, de propiedad de DIN-

PRO, por la suma de siete millones de pesos ($7'000.000.oo). A la escritura se incorporó copia del acta No.029 de 18 de diciembre de 1988, de la «Junta General de Socios de DIN-PRO, en la cual textualmente se lee: «En la sede de la sociedad, siendo las 12 m.... se reunieron los socios Jaime Díaz García-Herreros y Luis Carlos Guerrero Franco, quienes representan el 100% del capital social. Como Secretaria *ad hoc* para esta sesión se nombró a la señorita Ligia Cabrales García Herreros... Se plantea la alternativa de vender la actual sede, la cual está actualmente subutilizada...Después de analizar lo expuesto, se aprobó y autorizó al Gerente para negociar el inmueble que sirve de sede a la empresa durante los meses subsiguientes» (fls.47-1). El acta la suscribe la referida Secretaria *ad hoc*, quien reconoció su firma ante Notario el 6 de marzo de 1989 (fls. 47 vto-1).

La investigación estableció que para el día 18 de diciembre de 1988, fecha en la cual se habría realizado la Junta de Socios y autorizado al Gerente para la venta de la sede, el señor Luis Carlos Guerrero Franco se encontraba detenido en los Estados Unidos.

La denuncia penal por estos hechos y algunas otras irregularidades en el manejo de los bienes de la sociedad DIN-PRO, fue presentada por el abogado Pedro Enrique Aguilar León, en ejercicio de poder especial que le otorgara Luis Carlos Guerrero Beltrán, padre de Luis Carlos Guerrero Franco (fls.1 ss., 59 y 90-1).

El Juzgado 46 de Instrucción Criminal de Bogotá abrió investigación, escuchó en declaración a Rafael Antonio Gómez Solano y Maximiliano Castillo Ortiz (fls. 68 y 72-1), contratistas de DIN-PRO en el rodaje de una película, quienes aseguran que el Gerente, Jaime Díaz García-Herreros, vendió el inmueble relacionado en la denuncia y al parecer unos equipos de la misma sociedad.

Luis Carlos Guerrero Beltrán, en representación de su hijo, según poder general allegado al proceso, se constituyó parte civil. Y en declaración rendida bajo juramento, corrobora en lo pertinente los hechos denunciados (fls. 87 y 90-1).

Entre los varios documentos aportados a la investigación se cuentan la escritura pública No. 2641 de 9 de mayo de 1989, otorgada en la Notaría Novena del Círculo de Bogotá; el acta No. 029 de 18 de diciembre de 1988; y los estatutos de la firma DIN-PRO CIA. LTDA. (fls. 43, 47, 20-1).

Los esposos Boehlke Saledo aseguran que Jaime Díaz García-Herreros fue la persona con la cual hicieron el negocio de la casa, en representación de DIN-PRO (fls. 247 y 169).

En indagatoria, Jaime Díaz García-Herreros y Ligia Nelly María Cabrales García-Herreros confirman los hechos de que da cuenta el acta No. 029 de 18 de diciembre de 1988, pero sostienen que existe un error en la

fecha, puesto que la reunión de la Junta de Socios se realizó en diciembre de 1987, no en 1988 (fls.109, 121, 173).

Cerrada la investigación, se la calificó mediante auto de 8 de enero de 1992 con reapertura en favor de los procesados (fls. 290 y ss). Esta decisión fue revocada por el Tribunal, en virtud del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte civil, para en su lugar dictar resolución de acusación en contra de Jaime Díaz García-Herreros y Ligia Nelly María Cabrales García-Herreros, por los delitos de falsedad en documento privado y estafa. Se argumentó por el *ad quem* que la falsedad del acta 029 sirvió como soporte para la venta de la sede de DIN-PRO y que con esta negociación se afectó el patrimonio de Guerrero Franco, el socio ausente. En la misma providencia se decidió medida de aseguramiento de caución para los indagados (fls. 8-2).

Celebrada la audiencia pública, el Juzgado 23 Penal del Circuito de Santafé de Bogotá dictó sentencia de condena contra los acusados por el delito contra la fe pública y de absolución por el punible de estafa. Respecto de este ilícito adujo, en lo esencial, para descartarlo, que el uso que se dio al acta 029 fue el normal, propio de la falsedad; que Luis Carlos Guerrero Franco, por estar ausente del país, no sucumbió ante ardid alguno; y, que los esposos Bochike Salcedo tampoco se perfilan como sujetos pasivos de dicha conducta (fls. 377 ss.-1).

Apelada esta sentencia por los defensores de los procesados y el Fiscal 138 de la Unidad II de Patrimonio Económico, el Tribunal Superior, por medio de la suya que impugnaron en casación los primeros, revocó la absolución por el delito de estafa, para deducir responsabilidad por dicho ilícito, y mantuvo la condena por el punible de falsedad. En definitiva, condenó a los procesados a la pena privativa de la libertad de 25 meses de prisión y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por igual término, como coautores de los delitos de falsedad en documento privado y estafa, en concurso material. También modificó el valor de los perjuicios y ordenó expedir copias para investigar a Guillermo Romero Rincón, a quien el denunciante acusa de haber participado en la distracción de algunos bienes de la sociedad DIN-PRO CIA. LTDA. (fls.418-1 y 42-2 ss).

Los fundamentos del Tribunal para afirmar la estructuración del delito de estafa, son en lo sustancial los siguientes:

«... en cuanto hace al punible de estafa, al contrario de lo considerado por el a quo, el Tribunal estima que sí existió, pues si bien es cierto Guerrero Franco no se encontraba en Colombia para el momento de efectuarse la venta del inmueble en referencia, no es menos cierto que las maniobras engañosas no son única y exclusivamente para entes corpóreos, tangibles y presentes; es decir, el engaño o artificio puede ser desplegado pretendiendo simular la ocurrencia de un trámite corriente y ajustado a la realidad,

pero, en el fondo, como en este caso, lo único que se está haciendo es lograr el objetivo propuesto, cual era, vender el inmueble, sin autorización del otro socio, lo que constituye, sin lugar a dudas, estafa; más, si se tiene en cuenta que los engaños y artificios obedecen a una creación del intelecto tendiente a moldear la voluntad de otro en orden de alterar el libre consentimiento que debe existir en esta clase de negociaciones y por esa manera, afectar su patrimonio económico; y, se está desconociendo su consentimiento al privarlo de conocer el trance fáctico de la negociación del inmueble.

«Baste precisar que la descripción normativa del tipo penal de la estafa, si bien es cierto contiene elementos estructurales predeterminados, también lo es que por la magnitud de su descripción debe abarcar un sinnúmero de situaciones entre las cuales, necesariamente, se encuentra aquella mediante la cual a través de engaños y artificios se logra afectar el patrimonio de otro, aun cuando éste no tenga ni siquiera inconscientemente conocimiento de lo que está sucediendo, es decir, también se estafa a quien carente de conocer los hechos resulta afectado por el despliegue de engaños y artificios a un tercero, con los cuales se logra crear la sensación y por qué no, la seguridad, de que quien no está presente ha autorizado la transacción donde están de por medio sus bienes. En todo caso, la estafa se configura cuando se despoja, sin razón de ser y mediante artificios, a quien tenía el derecho de disponer de sus bienes y otro u otros lo han hecho por él perjudicándolo patrimonialmente.

«En este orden de ideas, para esta Corporación, la estafa sí existió y los responsables de la misma son los hoy aquí acusados pues, pretendieron y lograron afectar el patrimonio económico de Guerrero Franco al vender, sin su autorización y por medio de un acta falsa, el bien raíz que servía de sede de la firma comercial» (fls.53 y 54-2).

Las demandas

Demanda a nombre de Jaime Díaz García-Herreros.

Respecto de la condena por el delito de falsedad, el actor acusa la sentencia impugnada de violar de manera indirecta la ley sustancial, «por error de hecho en la apreciación del acta No. 029 de 18 de diciembre de 1988», al desconocer el Tribunal que de acuerdo con los estatutos de la sociedad, elevados a escritura pública No. 808 de junio 9 de 1987, el Gerente tenía autorización para contratar hasta por la suma de $8'000.000.oo, traduciéndose el acta 029 en un documento inocuo.

Afirma que este ilícito no puede tipificarse, porque la conducta, por ser inocua, «no produjo, no produce, ni puede producir efecto jurídico alguno, carece de posibilidad de perjudicar, es una falsedad inofensiva, no tiene antijuridicidad». Y concluye: «respeto profundamente el prolijo examen de la falsedad del H. Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, no

lo comparto pues no se identifican sus afirmaciones con las del proceso ya que no es exacto, no es atinado, no corresponde a la verdad que la negociación del inmueble sede de la sociedad solamente se pudo realizar mediante el "Aporte del acta 029' olvidando el *ad quem* que Jaime Díaz García Herreros gerente representante legal de la sociedad contaba entre sus funciones la de poder negociar a nombre del ente jurídico hasta por la suma de ocho millones de pesos ($8.000.000.oo)».

En cuanto a la condena por el punible de estafa, el casacionista plantea igualmente violación indirecta de la ley sustancial, por error de hecho, derivado de la argumentación del Tribunal de que este delito existió como producto de los artificios o engaños que afectaron el patrimonio de Guerrero Franco. En su opinión, el Tribunal olvida «que no se puede dar el concurso de falsedad en documento privado y estafa ya que sería hacer una doble imputación al agente de un mismo hecho».

Más adelante y luego de reseñar los elementos estructurales de este ilícito, el libelista precisa: «Los artificios o engaños, aspecto objetivo del reato demandan crear un falso estado de conciencia, es el resultado de maquinaciones para generar un juicio equivocado. De dónde acá se puede hablar de un juicio equivocado mediante el uso del acta de marras cuando los compradores Jean Peller y Rosa Helena verificaron las autorizaciones estatutarias de la gerencia amén del concepto de su abogado que les indicó la validez de la negociación por el respaldo legal con que contaba la gerencia» (fls.85).

Y sobre los perjuicios, anota: «En dónde consta, en qué parte del proceso se acredita que Jaime Díaz García-Herreros se benefició dolosamente con la negociación cuando aun a la fecha de este escrito no se conoce legalmente cuáles son los activos y los pasivos de la sociedad, esto que sólo mediante la liquidación legal de la misma puede conocerse» (fls.85).

Consecuente con sus planteamientos, el actor termina pidiendo que se case totalmente la sentencia en todos sus puntos.

Demanda a nombre de Ligia y Nelly María Cabrales García-Herreros.

Con fundamento en la causal primera de casación, cuerpo primero, el actor presenta tres cargos contra la sentencia impugnada.

Cargo Primero

El Tribunal violó la ley sustancial al subsumir la conducta de Ligia Nelly María dentro de la norma penal que tipifica y sanciona el punible de falsedad en documento privado (art.221 C.P.). Por contera infringió también los artículos 3° y 21 de la misma codificación y el 247 del Código del rito penal» (fls.93).

Al entrar a demostrar el reproche, el recurrente recuerda que la falsedad en documento privado descrita en el artículo 221 del Código Penal es

una conducta de dos actos, en cuanto requiere mutación de la verdad y uso, con el ítem que debe tener connotaciones probatorias. De esta premisa parte para sostener que su representada, según los testimonios de los compradores del inmueble, no intervino en los actos preparatorios ni finales relacionados con la negociación, de donde se concluye que ella no usó el documento, amén que tampoco estaba destinado a servir de prueba de las funciones y facultades del Gerente. Además de esto, Ligia Nelly, como secretaria *ad hoc*, se limitó a expedir copia del acta 029, con fecha diciembre de 1988, pero como ella lo explicó en indagatoria, la reunión se llevó a cabo en diciembre de 1987, habiéndose incurrido en el acta en un *lapsus calami*, lo cual aclara la diferencia de fechas, y su explicación no fue infirmada ni contradicha en el proceso. A eso se limitó toda su actividad.

Puesto que la responsabilidad penal solo puede predicarse cuando el hecho punible es resultado de la actividad sico-física del agente, Ligia Nelly no podía ser condenada por el punible en comento, dado que la copia del acta dubitada no era elemento ni requisito *ad sustantiam actus*, ni menos *ad probationem*. Estatutariamente el Gerente estaba facultado para realizar la transacción, sin requerir autorización alguna.

Dice que ante la ausencia de los elementos estructurantes del tipo penal que describe la falsedad en documento privado, mal puede hablarse de la certeza acerca de su acontecer y predicar certeza de la responsabilidad de su representada (fls.96).

Cargo Segundo

Se violó la ley sustancial al subsumir la conducta de Ligia Nelly María Cabrales en la hipótesis antisocial prevista en el artículo 356 del Código Penal.

Por este error de subsunción se violaron, así mismo, los artículos 3° y 21 del estatuto represor y 247 del procesal (fls.93).

En orden a la demostración de este cargo, el censor sostiene que si el delito de estafa no ha existido, mal pudo su cliente haber contribuido a su realización. A continuación transcribe doctrina de la Corte sobre la configuración de este delito y se detiene en el análisis de la víctima del mismo para afirmar que la sentencia acusada tiene como tal a Luis Carlos Guerrero Franco, ante quien Jaime Díaz no ejecutó maniobra engañosa alguna, ni lo indujo ni mantuvo en error. Y como sin víctima no hay delito, Jaime Díaz no podía estar incurso en la estafa, ni tampoco su representada en calidad de coautora.

Asegura que «el falso juicio de identidad en que incurrió el Tribunal es protuberante, al tener a Ligia Nelly como coautora de maniobras o artificios orientados a inducir o mantener en error a Guerrero Franco para obtener ella un provecho ilícito. Luego la transgresión a los artículos 3° y 21 es indiscutible» (fls.99).

Finalmente afirma que Ligia Nelly no desplegó actividad engañosa alguna, por la potísima razón de que no tuvo contacto o trato con el presunto desposeído Guerrero Franco. Luego su conducta, no tiene relación de causalidad con el virtual perjuicio económico padecido por éste (fls.100).

Cargo Tercero

El fallador infringió el artículo 107 del Código Penal, al igual que los artículos 44 y 55 del Código de Procedimiento Penal, en cuanto a la forma ligera, improcedente e ilegal como cuantificó el resarcimiento económico (fls.93).

En alusión al artículo 44, el casacionista sostiene que quien es obligado a indemnizar un perjuicio debe haber obtenido en la ejecución del hecho un enriquecimiento ilícito y que en el proceso por parte alguna aparece demostrado que su representada hubiera obtenido provecho económico.

Luego se refiere al contenido de los artículos 55 del Código de Procedimiento Penal y 107 del Código Penal, para sostener que en el proceso hubo parte civil, cuya vocería ejercieron varios profesionales del derecho, y que ninguno de ellos realizó actividades orientadas a demostrar los perjuicios, como que ni siquiera solicitaron la designación de peritos para su tasación, razón por la cual el Tribunal no podía acudir a la solución extrema de cuantificarlos discrecionalmente (fls.102).

Tampoco estuvo acertado el *ad quem* en la forma como pretende fijar las participaciones de los socios, remitiéndose, simplemente, a aplicar a un activo el porcentaje aportado al momento de la constitución. El Tribunal no podía concluir que Guerrero Franco era titular de un derecho equivalente al 50% del inmueble enajenado, sin haberse depurado previamente el haber social, una vez practicada la liquidación (fls.103).

En los anotados términos, pide que se case el fallo.

Alegato apreciatorio

Dentro del término de traslado a los no recurrentes, el apoderado de la parte civil solicita que no se case la sentencia impugnada, excepto en el numeral 5° de la parte resolutiva, para que se incrementen los daños materiales y morales, de acuerdo con la cuantía señalada en la demanda de constitución de parte civil. De igual manera, que se ordene la cancelación de los registros obtenidos fraudulentamente, conforme lo disponen los artículos 61 y 14 del Código de Procedimiento Penal.

En seguida se refiere a la demanda presentada por el defensor del procesado Jaime Díaz García-Herreros, para solicitar su desestimación, por adolecer de deficiencias técnicas, y porque, según el contenido de los artículos 25 (sic) literal b), y 19 literal c) de los estatutos de DIN-PRO, el acta falseada resultaba necesaria para realizar el negocio jurídico (fls.111-2).

Concepto de la Procuraduría

Demanda a nombre de Jaime Díaz García-Herreros

Para el Procurador Segundo Delegado en lo Penal, este libelo está llamado al fracaso, por razón de las múltiples falencias de orden técnico que presenta en su enunciado y desarrollo.

Para empezar, destaca que la cita hecha por el actor del artículo 226, en procura de precisar la causal de casación, es equivocada, puesto que correspondería al derogado Decreto 0050 de 1987.

Al analizar el contenido del cargo relativo al delito de falsedad, sostiene que el enunciado es confuso, puesto que refiere un error de hecho derivado de la intepretación del acta No. 029, al que le adscribe como consecuencia el desconocimiento de la escritura pública No.808, lo cual no permite saber si la prueba fue omitida o tergiversada por el fallador, «incompleta presentación que junto con la ninguna relación de las disposiciones infringidas y el sentido de dicha violación, permiten afirmar su idoneidad» (fls.20).

Recuerda que los errores de interpretación se predican de las disposiciones legales, no de las pruebas, razón por la cual es equivocado sostener, como lo hace el censor, que el sentenciador violó indirectamente la ley por error de hecho manifiesto en la interpretación.

Califica de deficiente, confuso e incorrecto el planteamiento que sirve de base para afirmar la inocuidad del acta, como que, además de comportar eventualmente una censura autónoma, es dejada a manera de simple conclusión, sin que el libelista muestre encomio alguno para descubrir la razón de sus aseveraciones.

De todas maneras, en lo que tiene que ver con la autorización estatutaria de que gozaba el procesado para enajenar el inmueble, el Tribunal, a pesar de haber asumido equivocadamente que los estatutos sociales le permitían hacerlo, igual concluyó que el delito contra la fe pública se consolidaba, como quiera que fue gracias a la falsificación y postrer empleo ilegítimo del acta que se produjo la negociación, al punto que quedó protocolizada en la escritura de venta.

Sin menoscabo de lo anotado, sostiene que del contenido de los artículos 23 literal b) y 19 de los estatutos de la sociedad, se desprende que sin la voluntad de la Junta de Socios, el procesado no podía entrar a negociar el inmueble, circunstancia que lo llevó a urdir la creación del documento espurio.

En lo tocante al disentimiento del censor respecto de la condena por el delito de estafa, la Delegada sostiene que no pasa de ser un alegato de instancia, en el que se limita a manifestar que no existieron mecanismos engañosos y a señalar que la investigación tampoco demostró que su re-

presentado se hubiera beneficiado dolosamente con la venta del inmueble.

Dice que la absoluta carencia argumentativa y la mención aislada que luego hace a la impredicabilidad de un concurso delictual, sin exponer cargo jurídico concreto, ninguna respuesta ameritan, toda vez que no se sobrepone a un simple enunciado carente de contenido. Y concluye: «En síntesis, resulta palmario que la confusa, incompleta e infundada mención de la vía y causal de ataque presentada, apenas sirvió al recurrente de pretexto para acceder a la casación, aserto apenas obvio si se toma en cuenta que en ningún momento se preocupó por precisar en qué residían los errores de hecho anunciados, al punto que ni siquiera se dijo cuáles pruebas y de qué manera se apreciaron de manera errada, viéndose suplido este análisis por el arbitrio del censor en torno a la inexistencia de los delitos imputados que, en su sentir, no se estructuraron...» (fls.26).

Por estas razones, solicita que el cargo sea desestimado.

Demanda a nombre de Ligia Nelly y María Cabrales García-Herreros

Luego de recordar el manejo técnico de las dos formas de violación de la ley sustancial, la directa y la indirecta, el Procurador relieva su desconocimiento por el censor en el planteamiento de los tres cargos que le hace a la sentencia.

En cuanto al primero, referido a la inexistencia del delito de falsedad, sostiene que el actor fundamenta su inconformidad con la sentencia, en el hecho de que su patrocinada se equivocó al registrar en el acta la fecha de la reunión, explicación suya que no fue contradicha ni infirmada dentro del proceso.

De esta manera, desplaza la censura del plano puramente jurídico, dentro del cual la concibió, al campo probatorio, entremezclando la vía directa con la indirecta y planteando de paso una insoluble proposición en la respuesta que ameritaría por parte de la Corte.

De otra parte, ignora que la procesada fue condenada como coautora del injusto contra la fe pública, como que relevante penalmente fue también su conducta, al punto que no sólo creó la mendaz acta y se prestó para el reconocimiento de firma, sino que tenía absoluto conocimiento que sería ilegalmente aducida para la negociación del inmueble.

En lo concerniente a la facultad estatuturia de que gozaba Díaz García-Herreros para vender la casa, la Delegada se remite a las razones expuestas sobre el punto al estudiar la primera demanda (fls.26 a 30).

En relación con el segundo reproche, referido a la inexistencia del delito de estafa, sostiene que el casacionista, una vez más, pretende sustraer de toda responsabilidad penal a su representada, desarrollando la censura por la vía indirecta, pues entiende que ésta no intervino en los

actos preparatorios ni ejecutivos relacionados con la enajenación del inmueble, «posición que de suyo implica una absoluta disparidad con los hechos conforme fueron plasmados en el fallo».

En suma, el actor no logra clarificar el enfoque de su acusación, no obstante entrar a descartar con apoyo en doctrina de la Corte los requisitos estructurales del injusto patrimonial, con lo cual solamente pretende crear la impresión de que se respeta la técnica del recurso dentro de los lindes que impone la violación directa, pues se opone a la estructuración del delito de estafa sobre la base de que la víctima del desmedro patrimonial no fue directamente quien fuera inducida en error. Este teórico cuestionamiento, en sentir de la Delegada, lo condujo a un mayúsculo sinsentido: Sostener que «el falso juicio de identidad en que incurrió el Tribunal es protuberante, al tener a Ligia Nelly como coautora de maniobras o artificios orientados a inducir o mantener en error a Guerrero Franco» (fl.31).

Por las referidas razones, considera que este segundo cargo tampoco puede prosperar.

Al referirse al tercer reparo, atinente a la indebida cuantificación del resarcimiento económico, la Delegada sostiene que es tan defectuoso su desarrollo, que para afirmar la violación del artículo 44 del Código de Procedimiento Penal, el censor de nuevo acude a esgrimir posturas polémicas con el fallo en torno a la valoración probatoria hecha por el juzgador, para en su lugar decir que por parte alguna el proceso demuestra provecho económico para su representada con ocasión del manejo que el Gerente le diera a los bienes de DIN-PRO.

Para terminar, aclara que no solamente estando demostrados los perjuicios en el proceso el Juez puede cuantificarlos, sino que le resulta un imperativo hacerlo, en cumplimiento de la norma rectora que ordena a las autoridades proveer por el restablecimiento de los derechos quebrantados.

También, que en aplicación del artículo 107 del Código Penal, el Juez no siempre debe consultar la opinión de un perito, toda vez que, de conformidad con el artículo 55 del Código de Procedimiento Penal, ello dependerá de la complejidad del asunto, circunstancia que no se presentaba en este caso, al punto que el fallador logró con ajustado criterio establecer su monto en forma directa.

De igual manera, que las normas tenidas en cuenta para tasar los perjuicios no fueron desbordadas por el Tribunal al ordenar que Guerrero Franco sea indemnizado con la mitad del valor de venta de la casa, más sus intereses. Y si no se está en presencia de una liquidación del haber social, es porque las vías delictuales empleadas para apropiarse de los bienes de la sociedad impidieron dicho procedimiento privado.

Que se desestime también este cargo, es la sugerencia de la Delegada.

SE CONSIDERA

Demanda a nombre de Jaime Díaz García-Herreros

Cargo único

De manera antitécnica el censor presenta dentro de un mismo cargo ataques que por su naturaleza y alcance debieron plantearse autónomamente, a fin de no sacrificar la claridad del libelo, ni tornar una alegación técnico jurídica en un simple alegato de instancia.

Por cargo en casación debe entenderse todo cuestionamiento que por sí solo pueda tener la virtualidad de derruir parcial o totalmente el fallo impugnado. Por eso, la técnica del recurso manda que se enuncien y desarrollen en forma separada.

Con menoscabo de este principio, el actor, en el cuerpo de una misma censura, cuestiona la existencia de los dos delitos por los cuales fue condenado su patrocinado, falsedad y estafa, alegando, en cada caso, errores de hecho en la apreciación de las pruebas, reparos que por fundarse en argumentos distintos e involucrar eventuales violaciones a normas diferentes de la ley sustancial, con consecuencias jurídicas igualmente autónomas, ameritaban planteamiento separado.

Además de esta deficiencia técnica de carácter puramente formal, la demanda presenta otras al interior de cada reproche, de naturaleza sustancial, que de entrada la tornan imprósperа. Veamos:

Planteamiento del censor respecto del delito de falsedad

Para el casacionista, la falsedad del acta No.029 de 18 de diciembre 1988 es inocua, puesto que los estatutos de DIN-PRO, elevados a escritura pública No.808 el 9 de junio de 1987, autorizaban al Gerente para realizar transacciones hasta por ocho millones de pesos. Partiendo de este razonamiento, afirma que el fallo impugnado viola indirectamente la ley sustancial, por errores de hecho en la apreciación de dicha acta y desconocimiento de la autorización contenida en los mencionados estatutos.

Al referirse al primer documento, el demandante no concreta la naturaleza del error invocado, si de existencia o identidad, ni del desarrollo del cargo es posible deducirlo, y si bien en algunos apartes del libelo llega a calificarlo como un error de interpretación, oportuna es la aclaración que la Delegada hace en su concepto, al señalar que este yerro es exclusivo de la violación directa de la ley sustancial.

Todo parece indicar que la inconformidad del censor está referida más al hecho de no haberse aceptado por el juzgador que la junta de socios se

realizó en 1987, como los procesados lo sostienen en sus indagatorias, pero si el motivo de su desacuerdo era éste, debió impugnar la apreciación que en la sentencia se hizo de estos elementos de convicción, no la que se contrajo al acta, puesto que la fecha que aparece en este documento es la misma que los juzgadores tuvieron en cuenta para proferir el fallo de condena, quedando por consiguiente descartada cualquier distorsión de su contenido material.

Sobre el correlativo desconocimiento de la facultad que tenía el Gerente para negociar sin previa autorización de la junta de socios, contenida en los estatutos, la censura carece en absoluto de fundamento, ya que de la lectura de los fallos se concluye que en este punto los juzgadores coinciden con el casacionista, en cuanto reconocen, contra lo prescrito en los artículos 19 literal e) y 23 literal b) de los multicitados estatutos, que el Gerente podía negociar sin la habilitación de la junta hasta por la suma de ocho millones de pesos.

El argumento que las sentencias tuvieron en cuenta para afirmar la responsabilidad de los procesados por el delito de falsedad, es que la citada acta, si bien era intrascendente frente a los estatutos por las razones anotadas, no lo fue de cara a la compraventa que se hiciera con los esposos Boehlke Salcedo, puesto que ante éstos se la usó para convencerlos amañadamente de la legitimidad del negocio, tanto que se la incorporó a la correspondiente escritura, como se deduce de su contenido y de los testimonios de los compradores.

Al respecto, se dijo en el fallo de primera instancia:

«Es real que la escritura de constitución de la sociedad facultaba al procesado para celebrar negocios en cuantías como la reportada para el caso concreto, tal y como se vislumbra en el literal b) del artículo 23 de la escritura social, cuya fotocopia auténtica se halla plasmada en el folio 25 vto. y 26 del c. o.; pero también es inobjetable que pese a no requerirse del acta de autorización, se empleó ésta como medio probatorio para legitimar frente a terceros de buena fe, la venta del inmueble y cuya anuencia de la junta de socios era falaz, con lo que el uso se estructura frente al criterio legitimizador arriba planteado. Por ende, el uso se conforma trescrutablemente y su carácter jurídico se hace denotar al punto de que el documento espurio fue aportado para la protocolización; siendo mecanismos distorsionadores, los asumidos por la defensa y el propio procesado Jaime Díaz, en sentido de que en el evento de existir una falsedad, ésta sería inocua, debido precisamente a la autorización estatutaria.

«A este respecto y donde se hace más patente la consecución del uso jurídico del documento es en la declaración de Jan Petter Boehlke, folios 269 del C.o., quien funge la persona que adquirió, junto con su esposa Rosa Helena, el bien inmueble en virtud de la enajenación concertada con el procesado. En efecto, dicho declarante señala bajo la gravedad del juramento,

que le mostraron algunos documentos como el certificado de constitución y gerencia expedido por la Cámara de Comercio y donde el procesado aparece precisamente como Gerente de la sociedad y además le fue mostrada la autorización para hacer el negocio. Si esto último es así, se desdice la supuesta inocuidad de la falsedad, amén de que al aflular el documento espurio o en otras palabras, al hacer uso jurídico de él en la protocolización y al hacerlo parecer como verdadero ante los ojos de los compradores, vino cumpliéndose con el segundo elemento últimamente referido, dado que para estos últimos adquirió dicha autorización visos de legitimación, frente a la cual se podía realizar con seguridad el negocio jurídico planeado» (fls.391 y 392-1).

Y en la sentencia de segunda instancia, se hicieron estas precisiones:

«No huelga consignar que si bien de acuerdo con los estatutos de la empresa, el gerente Díaz García-Herreros tenía la facultad negociadora hasta por el monto de ocho millones de pesos y el inmueble fue vendido por siete, es indiscutible qué tanta sería la necesidad de respaldar la enajenación presentando la aprobación del otro socio, que se falsificó y protocolizó el acta No. 029...» (fl.54 cuaderno del Tribunal).

Como se ve, Juzgado y Tribunal aceptan que el procesado podía celebrar la negociación de acuerdo con los estatutos de la sociedad, luego la censura que el actor plantea sobre la base de su desconocimiento, se queda sin soporte fáctico. De allí que el cargo devenga inexaminable. Planteamiento del censor respecto del delito de estafa.

La fundamentación de este cargo se reduce a la reseña de los elementos estructurantes de esta modalidad delictiva y a la afirmación de que dos de ellos, la inducción en error y el provecho lícito, no concurren en el caso *sub judice*.

Pretende el actor, mediante la formulación de interrogantes a través de los cuales da por sentada la inexistencia de los referidos elementos, que sea la Corte la que entre a estudiar y dilucidar el punto, olvidando que las conclusiones de los fallos de instancia corresponde desvirtuarlas en sede de casación al demandante, ante la doble presunción de acierto y legalidad de que están amparadas.

De paso, ignora que en virtud del principio de limitación que rige el recurso, a la Corte le está vedado entrar a suplir los vacíos del libelo.

Razón de sobra le asiste por ende a la Delegada, cuando sostiene que el casacionista no va más allá del simple enunciado de la censura, tanto que ni siquiera precisa las pruebas indebidamente apreciadas ni la naturaleza del error de hecho endilgable al juzgador.

Situación similar se presenta con la afirmación sobre la imposibilidad jurídica de que los delitos de falsedad en documento privado y estafa sean

concurrentes, pues aparejada a esta afirmación no se plantea tesis jurídica alguna para respaldarla, ni se menciona de qué manera se habría violado la ley sustancial, ni el concepto de esta presunta violación.

Por estas razones, también esta censura deviene incontestable.

Demanda a nombre de Ligia Nelly y María Cabrales García-Herreros

La Sala comparte las observaciones que hace la Delegada en cuanto a que el casacionista desacierta al hacer objeto de reproche la prueba, no obstante haber aducido como motivo de ataque la violación directa de la ley sustancial, en la cual es deber admitir los hechos tal como los asumió el sentenciador, discrepándose únicamente de la aplicación de la norma jurídica o su interpretación.

Por ende, es palpable la contradicción en que incurre el censor, máxime que dentro del desenvolvimiento de la censura cae en confusiones inadmisibles en las cuales termina mezclando ambas formas de violación, como podrá apreciarse en el análisis que se haga de cada reproche en particular.

Cargo Primero

A través de este primer reparo el casacionista procura descartar el delito de falsedad imputado a Ligia Nelly María Cabrales García-Herreros, trayendo en apoyo de su pretensión, los siguientes argumentos: Que el acta No. 029 no es espuria, como se desprende de las explicaciones ofrecidas por su representada en indagatoria. Que el acta no era necesaria para la celebración del negocio, de cara a la autorización contenida en los estatutos; y, que Ligia Nelly no intervino en los actos preparatorios ni finales de la negociación, como puede concluirse de los testimonios recibidos a los esposos Boehlke Salcedo, de donde surge que ella no usó el documento.

De bulto, se advierte que el desarrollo del cargo no corresponde a su enunciado, cuya naturaleza no permite cuestionamiento probatorio alguno, como antilógicamente lo hace el censor al desarrollar la censura. Aparte de ello, las argumentaciones que presenta se exhiben huérfanas de sustentación, dado que no entra en el análisis de las conclusiones de los fallos, con miras a desvirtuarlas.

No puede dejarse de precisar, igualmente, que la mayoría de las premisas que sirven de soporte a la censura debieron enunciarse y desarrollarse en cargos separados, por tratarse de ataques autónomos. Es más, ni siquiera podían haberse presentado como principales, sino como subsidiarios, por ser excluyentes. No se olvide que el actor, después de negar la falsedad del acta, sostiene que la conducta es inocua, y luego que su representada no usó el documento, posturas estas últimas que presuponen la aceptación de que el acta es mentirosa.

Por lo demás, es flagrante la equivocación del actor al señalar que su representada no cometió el delito de falsedad porque no tuvo contacto con los compradores del inmueble. Si los fallos hubieran afirmado la presencia de Ligia Nelly en los actos previos o concomitantes a la negociación y de allí predicado el uso del documento que la censura rechaza, el cargo presentando por el demandante podría llegar a tener algún sentido, pero las decisiones impugnadas no se basan en dicha presencia, sino en el conocimiento que tenía del uso que le sería aplicado al acta por ella falsificada. Las siguientes fueron algunas de las precisiones hechas sobre el particular en la sentencia de primera instancia:

«Con lo precedente se estructura de diáfana manera la participación tanto de Jaime Díaz como de Ligia Cabrales en la elaboración y posterior uso del acta 029 de 1988, recalcando que esta última participó de manera sumamente activa, considerando que su rúbrica es la que aparece en el documento espurio y que es reconocido tanto por ella, como por Jaime Díaz dicha situación. Por ende es inobjetable el conocimiento que Ligia Cabrales tenía del ilicito que se fraguaba, prestando activa colaboración en el mismo, tal como se desprende también del acervo documental y concretamente del acta falsificada» (fl.402 del cuaderno No.1).

Nada de ello es rebatido por el casacionista, quien se limita, como se dijo, a lanzar afirmaciones generales, sin sustentación alguna, en contravía de los hechos declarados en las sentencias y de la evaluación probatoria realizada por los falladores.

Estas inconsistencias y las consignadas por la Delegada, conducen a la improsperidad del cargo.

Cargo Segundo

También en este segundo reparo el casacionista es sumamente confuso, pues si bien del encabezamiento del reproche cabe inferir violación directa de la ley, derivada de errores de subsunción en relación con el punible de estafa, más adelante se coloca dentro de los linderos de la violación indirecta, al sostener que el Tribunal incurrió en falso juicio de identidad, al tener a su defendida como coautora de maniobras orientadas a inducir o mantener en error al socio Guerrero Franco.

Constituye de igual manera un cuestionamiento abierto a las conclusiones fácticas de la sentencia, la afirmación de que Ligia María tampoco es coautora del delito de estafa porque no intervino en los actos previos ni ejecutivos relacionados con la enajenación de la sede de DIN-PRO, aspecto ya esbozado por el libelista al refutar su participación en el delito de falsedad.

Al margen de estas deficiencias de naturaleza técnica, de suyo suficientes para rechazar la censura, dígase, en orden a clarificar el punto relacionado con la pretendida atipicidad de la conducta, planteada por el

casacionista sobre la base de que Luis Carlos Guerrero Franco no habría sido sujeto pasivo del engaño, que no fatalmente quien sufre el perjuicio económico y es víctima del hecho punible, debe ser la persona sobre la cual recae el ardid o maniobra artificiosa (ar.356 C. P.). El delito de estafa bien puede estructurarse sin que el estafador llegue a tener contacto directo con la víctima, como ocurre cuando el engaño se proyecta sobre persona distinta de quien recibe el perjuicio, tesis que junto con la de la disposición patrimonial omisiva inconsciente, confusamente aplicada a la inactividad del tercero perjudicado, son, en síntesis, los planteamientos que motivadamente sirvieron de apoyo al Tribunal para afirmar la existencia de este hecho punible, los cuales, por inconsistencias de orden técnico, cuando no por falta de sustentación, el actor no logra descalificar, sin que a la Corte le sea permitido entrar a analizarlos para acogerlos o desvirtuarlos, en virtud del principio de limitación del recurso que le impide entrar a suplir las lagunas del libelo, y de la doble presunción de acierto y legalidad con que el fallo viene amparado.

Se desestima, por consiguiente, esta censura.

Cargo Tercero

Al sostener el libelista que el fallo viola el artículo 44 del Código de Procedimiento Penal, porque en el proceso no aparece demostrado que Ligia Nelly haya obtenido provecho económico con su comportamiento, de nuevo desborda el marco de la violación directa, para adentrarse en los terrenos de la indirecta, con desmedro de la técnica del recurso. Además, deja en el aire el reproche, ante la no determinación del error estructurante de la violación, ni la especificación de las pruebas en las cuales se habría originado.

De todas maneras, el cargo en lo sustancial resulta desafortunado, pues es evidente que con su conducta ilícita Ligia Nelly causó un perjuicio, y que, por tanto, se imponía la condena por este motivo, independientemente de que particularmente ella se hubiera o no lucrado con su actuar delictivo.

Respecto del artículo 55 *ibi dem*, cuya violación denuncia también el casacionista, debe decirse que no es cierto que esta norma obligue al juzgador a designar un perito para avaluar los perjuicios ocasionados con el hecho punible. Esta decisión, de acuerdo con el citado precepto, es facultativa del funcionario judicial, quien según la complejidad del asunto, podrá disponer o no su intervención.

Y, en cuanto al artículo 107 del Código Penal, el actor afirma su violación pero no la sustenta, al menos no como corresponde en esta sede extraordinaria. Mas no porque la parte civil haya dejado de solicitar la designación de un perito para la determinación del monto de los daños y perjuicios, puede llegar a sostenerse que la condena por dicho motivo es

ilegal. Para el Juez, como lo sostiene la Delegada, es un imperativo cuantificar los daños cuando aparecen demostrados en el proceso, en cumplimiento de la norma rectora que ordena a las autoridades proveer por el restablecimiento de los derechos quebrantados.

Finalmente, ningún menoscabo a las normas tenidas en cuenta para determinar los perjuicios se advierte por la forma como el fallador hizo su tasación, pues para dar por sentado y cuantificado el referido daño, bastaba conocer el monto de la ilícita negociación.

Los cargos no prosperan.

Algunas observaciones sobre el alegato de la parte civil

Es bien sabido que con ocasión del traslado previsto en el artículo 224 del estatuto procesal, el no recurrente únicamente está facultado para coadyuvar u oponerse a la demanda de casación presentada, sin que le sea permitido plantear sus propios cargos. Si se le consintiera hacerlo, se convertiría en un impugnante más, y entonces, ninguna diferencia existiría entre quien oportunamente recurre y quien no lo hace.

Este principio, es en buena medida desoído por el apoderado de la parte civil, quien al iniciar su alegato apreciatorio se aparta de las demandas de casación para hacer sus propias peticiones, como las atañederas al incremento del monto de los perjucios y la cancelación del registro de la escritura mediante la cual los procesados vendieron el inmueble a los esposos Boehlke Salcedo como forma de concretar el restablecimiento del derecho.

Dichas pretensiones no pueden ser estudiadas por la Sala, por desbordar el marco de acción de los sujetos procesales no recurrentes.

En lo demás, el alegato en referencia se ajusta a las pautas señaladas, al oponerse a las demandas con razones que, en lo esencial, han sido acogidas por la Corte en la motivación que se ha hecho para no casar la sentencia recurrida.

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.

Devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Santiago Beracasa Hoyos, (Conjuez), Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

IRA E INTENSO DOLOR

La morigeración de la pena que se consagra en el precepto no apunta al amparo penal de las personas violentas y agresivas, sino al razonable reconocimiento de la ruptura de los frenos inhibitorios de cualquier persona puesta en esas condiciones de grave o seria e inmoble o injusta provocación ajena que inctia y desborda hacia los estados emocionales de ira y de dolor intensos.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santafé de Bogotá, D.C., mayo siete (07) de mil novecientos noventa y seis (1996).

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

Aprobado por Acta No. 69

Proceso:9270

Decide la Corte la concesión del recurso extraordinario de casación discrecional, interpuesto por el defensor del procesado Humberto Jiménez Suárez con fundamento en el inciso tercero del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, contra la sentencia emitida el 21 de febrero de 1995 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, confirmatoria de la proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de la misma ciudad, en la cual se le condenó por el concurso de delitos de peculado por uso y uso fraudulento de sello oficial a 18 meses de prisión e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término.

Antecedentes

El 25 de octubre de 1991, ante el cajero 9 de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Santa Fe de Bogotá, la señora María de los Angeles Yosa de Rodríguez pagó la factura de cobro del servicio de agua número 25600 por valor de $21.864.oo. Para certificar el pago, el cajero le puso al desprendible el sello de caja y anotó la suma recibida mas no la fecha. Los dineros no ingresaron a la empresa, motivo por el cual a la usuaria se le cobró en el período siguiente el servicio público supuestamente no cancelado, lo que generó el consiguiente reclamo y la respectiva investigación.

Igual aconteció con la factura 17110 que por $34.746.oo había cancelado el 30 de octubre de 1991 la señora Olga Yolanda Martínez Rogríguez, a quien se le suspendió el servicio, sólo que este dinero fue devuelto por el cajero implicado el 15 de noviembre del mismo año.

Por estos hechos, el Director de Tesorería de la Empresa formuló la correspondiente denuncia penal contra el señor Humberto Jiménez Suárez, motivo por el cual fue vinculado a la investigación; en su contra se profirió resolución acusatoria por el concurso de delitos de peculados por uso y uso fraudulento de sello oficial, en razón de los cuales fue condenado en primera instancia por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá, mediante sentencia que el Tribunal Superior confirmó en lo sustancial, y que ahora es objeto del recurso extraordinario de casación.

Las Razones del Impugnante

En tiempo, ante el Tribunal de segunda instancia, el defensor elevó su petición en la que sostiene que la Corte debe "unificar y desarrollar la jurisprudencia nacional, en el sentido de que cuando un empleado oficial en ejercicio de sus funciones se apropia de dinero que se le ha confiado por administración o custodia y después lo reintegra parcial o totalmente, comete el delito de Peculado por Apropiación y no (sic) admite el dispositivo (sic) del Peculado por Uso".

Para fundamentar su petición aduce que al haberse proferido en primera instancia fallo de condena en contra de Humberto Jiménez por el concurso de delitos de uso fraudulento de sello oficial y peculado por uso, presentó recurso de apelación ante el Tribunal, en cuya sustentación explicó cómo "el dinero como medio de pago desaparece al usarse; es un bien físicamente no fungible. PERO (sic) para quien lo utiliza sí lo es, como lo regla el artículo 663, inciso 2 del C. Civil Colombiano. En consecuencia, quien usa el dinero coetáneamente se está apropiando del mismo, por lo que si Jiménez dispuso del dinero y posteriormente, reintegró parte de él, obviamente que no (sic) se le podía endilgar el delito de Peculado por uso como equivocadamente se hizo, sino Peculado por Apropiación, pero como la defensa era el único apelante único (sic), el Superior no (sic) podía agravar la pena y necesariamente tenía que absolver al procesado por errada calificación de los hechos, ello en el hipotético evento de que existiere plena prueba para condenar".

Manifiesta estar de acuerdo con la doctrina que sostiene que para que se pueda hablar de uso sin apropiación de dinero, "debe tratarse de un comportamiento distinto que le quite la calidad de medio de pago en circulación, como lo sería exponerlo o coleccionarlo".

Concluye que de aceptar la Corte su planteamiento, "necesariamente deberá casar el fallo y absolver" a su patrocinado del punible contra la

administración pública por el cual resultó condenado (fls. 39 y ss. cno. del Tribunal).

Consideraciones de la Corte

1. El recurso de casación discrecional, lo ha señalado esta Sala, requiere del cumplimiento de ciertas exigencias para su concesión, las cuales deben ser satisfechas a cabalidad por el impugnante a riesgo de que resulte inadmitido. Tales requisitos son:

1.1 Que se dirija contra un fallo de segunda instancia, siempre y cuando respecto del mismo no proceda la casación ordinaria.

1.2 Que la impugnación se presente dentro del término de ejecutoria, es decir en los quince (15) días siguientes a su última notificación.

1.3 Que exista legitimación para recurrir, esto es que su interposición provenga del Procurador, su Delegado, o el defensor quienes podrán actuar de manera conjunta, separada o exclusiva, pero siempre en beneficio de los intereses que como sujetos procesales representan y finalmente,

1.4 Que el impugnante exponga claramente los motivos que le animan acudir ante la Corte para que ésta pueda examinar la viabilidad de su pedido, pues el pronunciamiento que en ejercicio de su discrecionalidad le compete, ha de estar apoyado en los fines que hacen de recibo el disenso, esto es para "el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales", pero siempre de cara al respectivo proceso.

2. Cuando se plantee la necesidad de un desarrollo jurisprudencial, que fije con criterio de autoridad el alcance de una norma o tienda a la unificación de doctrina encontradas sobre el punto, debe indicarse expresamente en el escrito el tema cuyo desarrollo se pide o cuya unificación se pretende y las razones por las cuales debe intervenir la Corte, pues es de entenderse que un pronunciamiento de esta naturaleza, de todas maneras, persigue "la efectividad del derecho material y de las garantías debidas a las personas que intervienen en la actuación penal, la reparación de los agravios inferidos a las partes por la sentencia recurrida, y la unificación de la jurisprudencia nacional" y con ésta, la orientación de la actividad judicial, según lo preceptúa el artículo 219 del Código de Procedimiento Penal.

En esas circunstancias, la excepcionalidad del recurso lo exige, no se trata de buscar la reiteración de tesis suficientemente consolidadas, y por ello conocidas, ni perseguir por esta vía, que una autoridad distinta proceda a terciar en las diferencias que se hayan presentado en el desarrollo del proceso, por cuanto, es necesario insistir en ello, la casación no es un debate de instancia, sino que por su extraordinariedad requiere de precisos planteamientos y el cumplimiento de claros parámetros señalados por la ley y ampliamente desarrollados por la jurisprudencia.

Por ello, cuando la complejidad del asunto lo amerite y la ausencia de un pronunciamiento sobre el tema demanden directrices para la actividad judicial, es cuando se impone el desarrollo de la jurisprudencia por vía de casación discrecional. También cuando existiendo doctrina sobre el particular, ésta resulte contradictoria, ambigua o desactualizada. Pero en todo caso, es el recurrente quien tiene la carga de precisar esos eventos y demostrar la trascendencia del recurso frente al caso particularmente considerado. Suponer lo contrario implicaría reconocer que también a la Corte le compete desentrañar el verdadero sentido de la impugnación, o sentar doctrinas divorciadas de la solución del proceso respectivo, lo que desnaturalizaría tan excepcional instrumento.

Además de demostrar legitimación para ello, el impugnante debe indicar expresamente el interés que le asiste para interponer el recurso, interés considerado desde el doble aspecto: general, por el servicio que el pronunciamiento que se pide pueda servir para el normal desenvolvimiento de la actividad judicial, y particular, porque debe exponer cómo la doctrina que de la Corte demanda, soluciona adecuadamente el asunto concreto, sin que con ella se agrava la situación de la parte que representa.

Finalmente, si el motivo de discrepancia se funda en el desconocimiento de un derecho fundamental, es imprescindible su nítida identificación como garantía constitucional, así como su concreta violación en el respectivo proceso.

3. Para el caso sometido a estudio, encuentra la Sala que la única vía de procedencia es la impugnación excepcional por cuanto, si bien la sentencia de segundo grado proviene de Tribunal Superior de Distrito Judicial, los delitos por los que se condena a Humberto Jiménez Suárez no alcanzan en su máximo de pena a los seis años de prisión, lo cual impide ejercitar el derecho de recurrir en casación ordinaria el aludido fallo, y, de otra parte, el recurso fue interpuesto en tiempo por el defensor quien, como se anotó, tiene facultad para demandar la intervención de la Corte.

Sin embargo, como la pretensión del recurrente consiste, fundamentalmente, en que a su asistido se le atribuya responsabilidad penal por el delito de peculado por apropiación y no por uso, por el que fue condenado en las instancias ordinarias, resulta evidente su falta de interés en la interposición del recurso cuya concesión demanda, pues, como puede verse, su presentación no estaría orientada a beneficiar los intereses de la parte en cuyo nombre actúa, sino a procurar un mayor compromiso penal, lo cual, por supuesto, es inadmisible.

En efecto, el impugnante no discute la responsabilidad del procesado en la realización de los hechos investigados, sino simplemente la calificación jurídica que de los mismos hicieron los falladores. Luego la solución planteada en manera alguna puede consistir en la absolución del enjuiciado como lo pretende, ni aun invocando necesidades de precisión

jurisprudencial. Entonces, como lo perseguido es que se produzca un fallo por un delito que establece pena mayor que por el que fue condenado, ninguna posibilidad existe de que pueda disponerse la concesión del recurso solicitado, puesto que, de admitirse una propuesta de censura en tales términos, sería para agravar la situación de su prohijado con manifiesta violación al mandato del artículo 227 del Código de Procedimiento Penal.

Esta ausencia de interés para recurrir en casación, razón suficiente para denegar la pretensión del impugnante, no es la única. El escrito impugnatorio, además, no indica clara y nítidamente las razones que ameritarían la admisibilidad del reproche, por cuanto en él plantó conjuntamente la necesidad de "unificar y desarrollar la jurisprudencia nacional", conceptos que de suyo requieren un sustento argumentativo de distinta índole para que el recurso pueda concederse. Mientras el primero, por ser la especie, supone la existencia de pronunciamientos contradictorios u opuestos, el segundo destaca la necesidad de orientación doctrinal que puede consistir en su unificación, actualización o pronunciamiento sobre el tema.

Es así como omitió señalar cuál ha sido la doctrina sentada por esta Corporación respecto de los delitos de peculado por apropiación o peculado por uso; cuáles han sido los diferentes pronunciamientos sobre el punto que, por inconsistentes, ameriten una unificación de criterio; ni cuáles las peculiaridades del tema que indiquen la necesidad de abordar su estudio, lo cual indica, muy a las claras, que el recurrente se quedó en el mero enunciado de su propuesta y no concretó ninguna de las eventualidades que como se anotó pueden presentarse, siendo su obligación hacerlo.

En últimas, el peticionario se limitó a exponer su particular concepción sobre el tema jurídico propuesto, frente al criterio plasmado por los juzgadores de instancia, sin relacionarlo de manera directa con la acertada solución del caso cuya revisión pretende, y sin cumplir las exigencias necesarias para que la Sala pueda emitir alguna clase de pronunciamiento en el asunto que somete a su consideración, lo cual, fatalmente conduce a la inadmisión del recurso.

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

RESUELVE

Inadmitir el recurso extraordinario de casación intentado por el defensor del procesado Humberto Jiménez Suárez, dentro del presente asunto.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

COMPETENCIA/ JURAMENTO

1.-Los factores subjetivos de competencia, obviamente empiezan a ser imperativos para el proceso penal y dan lugar a su exigibilidad, so pena de estructurar una nulidad, desde el instante mismo en que aparecen demostrados a cabalidad y no antes.

2.-La fórmula del juramento no es, ni puede ser sacramental. Lo importante es que el declarante sepa que tiene la obligación de decir la verdad y que si falta a ella, incurre en responsabilidades de naturaleza penal.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santafé de Bogotá, D.C., abril treinta (30) de mil novecientos noventa y seis (1996).

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

Aprobado Acta No.65

Proceso: 9872

Vistos

Por sentencia del 15 de marzo de 1.994, emanada del Juzgado Noveno Penal del Circuito de ésta ciudad se condenó a José Angel Aparicio Gómez a la pena principal de treinta y seis (36) meses y quince (15) días de prisión como responsable de los delitos de extorsión en grado de tentativa, falsedad en documento público agravada por el uso en concurso homogéneo y heterogéneo.

La anterior decisión fue confirmada por sentencia del 20 de mayo de 1994 del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá.

Interpuesto oportunamente el recurso extraordinario de casación fue concedido y posteriormente se declaró ajustada la demanda a las exigencias legales.

Se escuchó el criterio del Procurador Segundo Delegado en lo Penal quien solicitó se casara el fallo recurrido, decretándose la nulidad de todo lo actuado a partir del auto de apertura de investigación.

Procede la Sala a resolver lo pertinente luego de hacer un análisis de los siguientes,

HECHOS

El día 21 de marzo de 1992 la señora María Nelly López Pineda denunció ante el Juzgado 90 de Instrucción Penal Militar de esta ciudad capital a José Angel Aparicio Gómez, personaje que se hacía pasar como el mayor Castillo Romero, quien le había manifestado la intención de querer conversar con ella, por cuanto su interés no era perjudicarla sino que deseaba llegar a un arreglo, en una investigación que se le había encomendado por el delito de narcotráfico.

La denunciante solicitó ayuda de la policía y se montó un operativo en el que participó una agente encubierta, la cual se hizo pasar como la persona extorsionada, lográndose así la captura del agente, quien era conductor de un mayor, incautándosele una carpeta con escritos que aludían a los antecedentes penales de la quejosa y documentos en los que se identificaba al capturado como oficial de la policía.

Igualmente se realizó un allanamiento a la casa de habitación del aprehendido en la que se encontraron veinte oficios en blanco con encabezamiento de la Sijin y con la firma del jefe, nueve tarjetas para reseña decadactilar, un carpeta con datos de Carlos Roberto Franco Suco sobre narcotráfico, dos carnés de identificación a nombre del mayor José Miguel Angel Gómez, dos cédulas de ciudadanía con números diferentes pero a nombre de esta persona, dos revólveres, una escopeta, munición diversa, una máquina eléctrica, $1.305 dólares, tarjetas de propiedad de varios vehículos, placas para uso de vehículos oficiales y dos cheques por valores de tres millones y tres millones seiscientos mil pesos.

ACTUACIÓN PROCESAL

La investigación la inició el Juzgado 90 de Instrucción Penal Militar, el que por auto del 21 de marzo ordenó vincular mediante indagatoria al aprehendido José Angel Aparicio Gómez. Igualmente por pronunciamiento de la misma fecha ordenó diligencia de allanamiento y registro a la casa de habitación del imputado, lugar donde se incautaron documentos que se utilizaban para la comisión de varios delitos.

Recibidos varios testimonios y practicada la diligencia de reconocimiento de personas, se escuchó en diligencia de indagatoria al capturado y se le resolvió la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva como presunto autor responsable de los delitos de extorsión, falsedad material en documento público, simulación de investidura y peculado de uso, pronunciamiento que lleva fecha 27 de marzo de 1992.

Interpuesto el recurso de reposición contra la anterior decisión por el defensor del procesado, el Juzgado 90 de Instrucción Penal Militar al desatar el recurso, resolvió no reponer y por competencia remitió el diligenciamiento a los Juzgados de Instrucción Criminal reparto en virtud de que advirtió que:

«Encontramos que Aparicio se apartó de las funciones propias del cargo para la realización de los comportamientos que se investigan que en ningún momento ese comportamiento se desarrolló con ocasión o por causa del servicio».

El Juzgado 101 de Instrucción Criminal con auto del 5 de mayo de 1992 avocó conocimiento de la actuación y ordenó la práctica de plurales pruebas.

Perfeccionada la investigación la Fiscalía 137, que ya conocía de la actuación, la cerró con proveído del 15 de julio de 1992 y el 23 de septiembre del mismo año se calificó el mérito del sumario con resolución de acusación contra José Angel Aparicio como autor de los delitos de extorsión, uso de documento público falso, simulación de investidura y colecho por dar u ofrecer, pronunciamiento que fue confirmado en lo fundamental por la Unidad Delegada ante los Tribunales de Santafé de Bogotá y Cundinamarca, en decisión que lleva fecha del 13 de noviembre del mismo año.

Ejecutoriado el pliego acusatorio el expediente pasó al Juzgado 9o. Penal del Circuito de Bogotá, el que luego de dar cumplimiento a lo normado en el artículo 446 del Código de Procedimiento Penal y de responder de modo adverso la petición de nulidad que por incompetencia e irregularidades sustanciales formuló el defensor del procesado, celebró en debida forma la audiencia de juzgamiento y pronunció la sentencia de primera instancia el día 15 de marzo de 1994, en la que condenó al procesado a la pena principal de 36 meses y 15 días de prisión, como autor responsable de los delitos de extorsión en el grado de tentativa y de falsedad en documento público agravada por el uso en la modalidad de concurso homogéneo; igualmente se le condenó a la sanción accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un período igual al de la pena principal.

Apelado el fallo por el defensor del procesado, el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá al desatar el recurso concluyó con la confirmación de la condena en decisión fechada el 20 de mayo de 1994 y que hoy es objeto de esta impugnación extraordinaria.

Los Argumentos de la Demanda

Primer Cargo

El defensor del procesado al amparo de la causal tercera de casación plantea una nulidad por incompetencia de jurisdicción, en razón a que la apertura de la investigación la profirió un juez de instrucción penal militar, escuchó en indagatoria a José Angel Aparicio Gómez y le resolvió la situación jurídica.

Considera que se vulneró el debido proceso por ser la jurisdicción penal militar de una competencia especializada.

Segundo Cargo

Acusa la sentencia de segunda instancia al amparo de la causal primera de casación por una presunta violación indirecta de una norma de derecho sustancial, por errónea apreciación del testimonio de la denunciante María Nelly López. Muestra su inconformidad en el hecho de que para poder entender perfeccionada la extorsión es preciso que el agente busque un determinado provecho ilícito como consecuencia del constreñimiento que ejerce. En relación con tal tema afirma:

«Ocurre, señores Magistrados de la Sala Penal de la H. Corte Suprema de Justicia, que la señora María Nelly López ni en la denuncia de los folios 1 a 3 del cuaderno uno, ni en la ampliación de la misma (fls.143 y 144 C 1) manifestó que el individuo con quien habló por teléfono le hubiera dicho que pretendía una contraprestación de carácter económico por la ayuda que le pudiera prestar, pues en la segunda de tales intervenciones, en relación con el fin que buscaba quien dijo ser Mayor de la Policía, ella expuso en lo esencial lo siguiente: «....pero si usted me da una cita podemos arreglarlo y yo la puedo ayudar...» (folio 143 C. 1.)

Considera como violados los artículos 22, 26, y 355 del C. P., porque por la indebida interpretación de tal testimonio se concluyó en la tipificación del delito de extorsión.

Tercer Cargo

Formula un segundo cargo por violación indirecta de las normas sustanciales por error de derecho con relación al informe del 21 de marzo de 1.992, rendido por el Jefe Dispositivo de la dirección de la Policía Judicial e investigación, capitán Edgar Sánchez Morales.

Dice que en las instancias se le otorgó credibilidad a este documento pese a que carece del requisito de la certificación jurada a que se refiere el artículo 336 del C. de P. P, decreto 050 de 1987, sin que tal deficiencia se hubiera subsanado por la diligencia de ratificación que rindió el mismo oficial porque no se le juramentó sino que prometió decir la verdad por su «honor policial».

De lo anterior concluye que el Tribunal:

«tomó en consideración esta prueba documental carente de validez legal , para decir que unida al testimonio de la denunciante señora María Nelly López, en cuya apreciación incurrió en error de hecho, como lo dejé visto al sustentar el cargo primero de la causal primera de casación, lleva al convencimiento la certeza de que mi asistido señor José Angel Aparicio Gómez tuvo el propósito de obtener provecho ilícito, o lo que es lo mismo, el dolo específico que demanda el artículo 355 del C. P. para la tipificación del delito de extorsión».

Considera violadas las mismas normas mencionadas en el anterior cargo.

Por lo anteriormente expuesto solicita a la Corte casar la sentencia y anular el proceso a partir del auto de apertura de investigación.

Presenta una segunda petición en la que requiere casar el fallo impugnado y absolver al procesado por el delito de extorsión y que como consecuencia de la nueva tasación punitiva que se impone se le conceda el subrogado de la condena de ejecución condicional.

El Criterio del Agente del Ministerio Público

Respecto al primer reproche considera que tanto la Constitución como el Código Penal Militar limitan el ámbito de aplicación de esa especial normatividad a los miembros de la fuerza pública que estando en servicio activo, cometan acto punible militar o relacionado con el servicio y ello lo lleva a concluir que la investigación de estos delitos ha debido hacerse por la justicia ordinaria.

Insiste en que

«En este orden de ideas, la incompetencia del Juez castrense es manifiesta, pues a pesar de que Aparicio Gómez era miembro de la institución policial, cuando delinquió no se encontraba en servicio activo, esto es, actuó como un particular. Así se deduce diáfanamente de la declaración del Mayor José J. Toro Díaz obrante a folio 70 del c.o cuando afirma: « ...a partir del día jueves salió (el procesado) excusado de servicio con dos días de excusa médica que reposa en personal. El trabajó el miércoles y salió excusado de servicio por el jueves y viernes» por tal motivo no estaba amparado por el fuero militar y, en consecuencia, no podía ser investigado ni juzgado por la justicia militar».

Refuerza su argumentación recordando el último inciso del artículo 213 de la C. P. al determinar que «En ningún caso los civiles podrán ser investigados o juzgados por la justicia penal militar», por manera que no es viable, so pretexto de interpretación, colegir que la justicia penal militar puede investigar a miembros de la fuerza pública que, como en este caso, no actuaron en su condición de tales por no encontrarse en servicio activo, es decir, cuando han obrado como civiles.»

Estima que el vicio in procedendo no puede entenderse subsanado por el contenido del artículo 357 del C. de J. P. M., puesto que tal norma alude únicamente a la competencia exclusiva de los delitos de conocimiento de la justicia penal militar.

De la misma manera conceptúa que el fallo procedimental no puede convalidarse por lo estipulado en el artículo 553 de dicho estatuto, ya que allí se hace referencia es a diligencias realizadas durante la investigación preliminar.

Termina solicitando se decrete la nulidad.

Con relación a los demás cargos, emitió criterio así:

En cuanto al primero, formulado al amparo de la causal primera, por la existencia de un error de hecho al interpretarse el contenido del testimonio de la denunciante, estima que «resulta inadmisible en sede de casación, como que tales directrices terminan dándole a la demanda un exclusivo visto de alegato propio de las instancias, puesto que pretendiendo el libelista anteponer a toda costa sus personales e individuales deducciones, deja entrever que todo su interés se centra en que los hechos sucedieron contradictoriamente a como los declaró probados el fallador, desconociendo con ello que la sentencia se encuentra amparada por la doble presunción de acierto y legalidad, y que al haber escogido como vía de ataque la del error de hecho, le es imperativo no oponer su criterio probatorio al del *ad quem*, sino por el contrario demostrar el yerro de identidad que tan solo enuncia».

Además conceptúa que el testimonio no fue tergiversado en su contenido, sino que por el contrario atendiendo a todo el acerbo probatorio y al análisis realizado bajo la óptica de la crítica racional, se llega a la inferencia que el procesado buscaba un provecho ilícito.

Referente al error de derecho propuesto, por haberse analizado y valorado un documento firmado por un oficial de la policía que no fue ratificado bajo la gravedad del juramento, sostiene que:

«... *lo alegado no corresponde a lo dispuesto en los artículos 403 y 404 del C. P. M. Decreto 2550 de 1988, preceptos según los cuales, la ratificación y ampliación del informe del capitán Sánchez Morales estuvo precedida por la fórmula de la promesa de juramento exigido a los Oficiales de la fuerza Pública, lo cual desvirtúa plenamente el falso juicio de legalidad que se esboza en la demanda, tornándose irrefutable el hecho de que la prueba en modo alguno se encuentra afectada por vicios en su aducción, a pesar de la no presencia de la certificación aludida, que se ve subsanada por dicha ratificación*».

Respecto al último reproche por error de hecho en la apreciación de ese mismo documento, estima que « Así invocada la censura, sin que se identifique la modalidad del yerro fáctico alegado, en todo caso mal podría entenderse que incurrió el *ad quem* en errónea apreciación del informe policivo, en lo que pareciera ser un eventual falso juicio de identidad no precisado y, referido a la expresión «....ese problema se puede arreglar con plata », ya que dicha manifestación corresponde concretamente a lo señalado en la prueba (f 5 C. o Nro 1), sin que sea viable colegir que se le dio un alcance que no corresponde a su contenido fáctico, en tanto dicho medio de convicción, por manera fue desfigurado en su connotación objetiva».

Solicita que sobre estos últimos cargos no se case la sentencia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Primer Cargo

Con fundamento en el principio de prioridad se hará en primer lugar el análisis de la nulidad planteada por incompetencia de jurisdicción porque siendo el procesado un agente de la policía, que no estaba en servicio activo al momento de la ocurrencia de los hechos delictivos no sólo el conocimiento sino la investigación del asunto correspondería a la justicia ordinaria.

El cargo de nulidad se apoya en el artículo 213 de la Constitución Política en su último inciso, en cuanto establece que en ningún caso los civiles podrán ser investigados ni juzgados por las cortes castrenses.

En el evento que aquí se debate, es necesario tener presente que al procesado desde la denuncia se le imputaron hechos que había realizado valiéndose de su condición de Policía. Es tan veraz la afirmación que durante los días 19 y 20 de marzo no tenía asignada misión oficial alguna porque su jefe, a quien le servía como conductor, se hallaba excusado del servicio, y durante el día 21 de marzo el procesado debía estar disponible en la guarnición (fl.97): no obstante, en esa fecha fue capturado al norte de la ciudad realizando el comportamiento ilícito que se le imputó.

Igualmente, al folio 4 del cuaderno original del expediente obra el informe rendido por el Jefe del dispositivo policial que logró la captura de Aparicio Gómez, en donde se puede leer:

«Por medio de la presente me permito dejar a disposición de ese juzgado al señor Aparicio Gómez José Angel, c.c. 3182678 de Suba, agente en servicio activo de la Policía Nacional, adscrito a la División Transportes, natural de Sattvanorte (Boyacá), casado, 34 años.....» (resalta la Sala).

Dadas las circunstancias que se relataron en la denuncia y la comprobación de que efectivamente José Angel Aparicio era miembro de la Policía Nacional, era acertado que la investigación la iniciara y la prosiguiera la Justicia Penal Militar, porque esa era la evidencia procesal, la cual fue cambiando hasta lograr establecer que a pesar de que Aparicio Gómez era un Policía en servicio, los hechos ilícitos no tuvieron relación con él, pero sólo hasta que se logró dilucidar probatoriamente que no existía esa vinculación entre el ilícito y la prestación de la función policial, surgió claridad sobre la inexistencia del fuero legal.

Por tanto, únicamente a partir de ese instante se puede decir que surgió el factor de incompetencia que le quitó el conocimiento del asunto a la Justicia castrense. Mal podría exigirse que desde el comienzo la justicia ordinaria asumiera la investigación, cuando, en principio, los presupuestos procesales no daban la base legal para ello.

No se puede desconocer que la tesis planteada por el Ministerio Público sobre la imposibilidad de que los jueces castrenses investiguen o juz

guen a un civil, se ajusta con la mayor exactitud al canon constitucional y a las preceptivas legales. Sin embargo, los factores subjetivos de competencia, obviamente empiezan a ser imperativos para el proceso penal y dan lugar a su exigibilidad, so pena de estructurar una nulidad, desde el instante mismo en que aparecen demostrados a cabalidad y no antes.

Así las cosas, el cargo de nulidad postulado tendría vocación de éxito, si de una parte, el procesado hubiera sido un ciudadano común y corriente; y de otra, si desde la iniciación de las diligencias el juez de instrucción militar hubiera contado con los elementos probatorios necesarios que le revelaran su incompetencia.

En las condiciones anteriores, y en discrepancia con el criterio del Procurador Segundo Delegado en lo Penal, no se decretará la nulidad de lo actuado.

Segundo Cargo.

Discrepa la Sala del ataque formulado contra la sentencia de segunda instancia al amparo de la causal primera de casación, en cuanto se afirma que se cometió un yerro al analizar el testimonio de la denunciante y que de su contenido no se infiere que el procesado hubiera tratado de sacar un provecho ilícito y que al no existir tal pretensión ilícita el delito de extorsión no se pudo haber verificado.

Lo primero que es preciso observar es que el censor plantea un error de hecho que en manera alguna demuestra, ya que lo que desarrolla es un error de derecho por falso juicio de convicción, que no es de recibo en un sistema que como el nuestro no se rige por la tarifa legal sino por la sana crítica o persuación racional. Si la sentencia viene amparada por la presunción de acierto y legalidad, no se puede anteponer el criterio del censor a las valoraciones dadas por el juzgador, sino que las de éste prevalecen.

Por otra parte, si bien es cierto que de manera textual del testimonio de la denunciante no se infiere de modo directo que el procesado le hubiese pedido dinero, ello sí aparece demostrado en el informe rendido por el capitán de la Policía Edgar Sánchez Morales, donde se afirma que el procesado le había manifestado a su víctima que ese problema se arreglaba con plata.

Y así no existiese esta expresa mención a una pretensión ilícita, es claro que la intención delictuosa surge con absoluta nitidez del comportamiento del propio procesado, porque qué otra cosa puede buscar un agente de la policía que se hace pasar como mayor de la institución y para demostrar la veracidad de sus afirmaciones aparece con documentos que lo acreditan como tal, que lleva un folder de una supuesta investigación por narcotráfico adelantada contra su futura víctima y que, además, le hace prevenciones por teléfono y que según la denunciante son del siguiente tenor:

«... y que él quería ayudarme, que si yo le podía dar una cita para conversar conmigo y poderme arreglar el problema que si no lo hacía antes del lunes me iba a ir muy mal, y que me aliviera a las consecuencias, yo me quedé muy asustada y le respondí que no sabía nada de lo que él me estaba diciendo, que quién era el comandante General de la Dijín, él me dijo que esa información no me la podía dar... él me dijo que si yo era una persona seria que si no le había comunicado a mi familia ni a nadie lo que estaba pasando porque eso era muy delicado...»

¿Qué puede estar buscando, entonces, una persona que atemoriza con noticias alarmantes a una ciudadana y le ofrece ayuda en simulada calidad de funcionario público y, además, respalda sus afirmaciones con documentos falsificados?

Son elementos probatorios que llevan al grado de conocimiento de certeza de que el procesado estaba intentando realizar una extorsión y que el beneficio perseguido era de carácter económico.

En tales circunstancias no encuentra la Sala que el sentenciador hubiese incurrido en un yerro en la apreciación de este testimonio y por tales razones el cargo será rechazado como así lo solicita el Procurador Segundo Delegado.

Tercer Cargo

Al amparo de la causal primera de casación plantea, también, la presunta existencia de un error de derecho por un falso juicio de legalidad en el que habrían incurrido los sentenciadores por dar valor a un informe rendido por el capitán Sánchez, sin que éste se hubiera ratificado bajo la gravedad del juramento, pues la ratificación que se hizo fue por ante su honor de policía.

Tampoco en este aspecto le asiste la razón al censor, como atinadamente lo sostiene el Procurador Delegado, habida cuenta de que como en ese momento el proceso estaba siendo adelantado por la Justicia Penal Militar, las formalidades en la práctica de las diligencias debían de cumplirse de conformidad con la previsiones del Código Penal Militar, el que en el art. 404 indica cuáles son las fórmulas para el juramento, que para los oficiales es del siguiente tenor: «¿Promete usted, por su honor militar, decir la verdad, toda la verdad, y nada más que la verdad en la declaración que va a rendir?».

Lo anterior quiere decir que el oficial sí fue juramentado: y lo fue de conformidad con las ritualidades del Código Penal Militar y, por tanto, el vicio de legalidad alegado es inexistente.

Y en relación con el punto debe enfatizarse que la fórmula del juramento no es, ni puede ser sacramental. Lo importante es que el declarante sepa que tiene la obligación de decir la verdad y que si falta a ella, incurre en responsabilidades de naturaleza penal.

En tales condiciones el cargo será rechazado.

Son suficientes las consideraciones precedentes, para que la Sala de Casación Penal de la Corte, parcialmente en desacuerdo con el Procurador Segundo Delegado en lo Penal, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVA

NO CASAR el fallo impugnado.

Cópiese y devuélvase al Tribunal de origen.

Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Jaime Rico Carvajal, Conjuez, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

HURTO/ RESOLUCION DE ACUSACION/ INCONGRUENCIA DE LA SENTENCIA

1.- El hurto sólo se agrava por una circunstancia de las previstas en el artículo 351 del Código Penal, que indiscutiblemente trae una penalidad menor a la consagrada para el hurto calificado en el artículo 350 ibídem, careciendo entonces el casacionista de interés para recurrir en este aspecto.

2.- Si bien es cierto que la incongruencia entre la acusación y la sentencia en cuanto aquélla deduce aspectos o circunstancias que agravan la situación del procesado, pese a no haber sido imputados en la resolución acusatoria, de alguna manera vulnera el derecho a la defensa, por cuanto se estaría sorprendiendo al procesado con una imputación que no hizo parte de aquella respecto de la cual orientó su defensa, debe recordarse, como tantas veces lo ha dicho la jurisprudencia de esta Sala, que aunque en principio, tal incongruencia supone una irregularidad subsanable por vía de la nulidad, estando consagrada como causal de casación, debe preferirse su ataque por este motivo.

Cosa bien distinta sería que se estuviera afirmando una errónea calificación jurídica de la infracción, caso en el cual la nulidad devendría por violación al debido proceso.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal - Santafé de Bogotá, D.C., abril treinta (30) de mil novecientos noventa y seis (1996).

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos Augusto Gálvez Argote*

Aprobado Acta No. 65

Proceso No. 10345

VISTOS

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de Manuel José Santodomingo Polo, contra la sentencia del Tribunal Superior de Santa Marta, por medio de la cual se confirmó la proferida en primera instancia por el Juzgado Primero Penal del Circuito

de Fundación en la que se condenó a este procesado, a Jesús Reimundo Cano Santiago y a Xiomara Esther Castañeda González a la pena principal de seis (6) años y seis (6) meses de prisión, como coautores de los delitos de hurto agravado, falsedad y destrucción, supresión y ocultamiento de documento privado.

HECHOS

En cumplimiento de algunas directivas de la Superintendencia Bancaria, a mediados del año de 1990, el Banco de Bogotá inició sus ajustes contables en las diferentes sucursales del país, encontrando un faltante de $39' 516. 560 en las cuentas de las dependencias de Aracataca, Pivijay, Bosconia y Fundación.

Por lo anterior, la Contraloría de dicho banco en la Regional de la Costa, inició una investigación interna verificando el cuadre contable a partir del 13 de junio de 1989, en el que se hallaron varias partidas débito que afectaban dichas cuentas, debido a que en forma irregular y utilizando soportes contables falsos se hicieron canjes de cheques, abonos a tarjetas de crédito y abonos a obligaciones, detectándose igualmente la falta de los libros de inspección correspondientes a los meses de noviembre a diciembre de 1989 y algunos documentos que debían soportar consignaciones a cuentas corrientes de la oficina de Fundación, abonos a cobranzas, abonos a cheques de gerencia y alteraciones en las hojas de ruta hechas por el auxiliar de operaciones de la oficina de Fundación, Manuel José Santodomingo Polo y los empleados Reimundo Cano Santiago y Xiomara Castañeda González.

SINOPSIS PROCESAL

Con base en la denuncia formulada por Luis Enrique Plazas Molina -gerente local del Banco de Bogotá de Fundación- junto con la documentación anexa, el entonces juzgado Cuarto de Instrucción Criminal Radicado de Fundación abrió la correspondiente investigación el 14 de marzo de 1991, ordenando la captura de Manuel José Santodomingo Polo (f. 11).

Ampliada la denuncia y capturado el imputado, fue vinculado mediante indagatoria el 12 de abril de 1991 (f.115) siéndole resuelta su situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva por los delitos de hurto agravado por la confianza y falsedad en documento privado (fl.262).

Contra la anterior decisión, el defensor del procesado interpuso recurso de reposición que le fue resuelto desfavorablemente, y como fue recurrida subsidiariamente por vía de apelación, el Tribunal confirmó la medida.

Continuada la instrucción por el Juez Primero de Instrucción Criminal Ambulante, practicó abundante prueba testimonial y algunas ins-

pecciones a las oficinas del Banco de Bogotá que resultaron defraudadas y dispuso la captura de Raimundo Cano Santiago y Xiomara Esther Castañeda González, con resultados negativos, motivo por el cual los declaró personas ausentes (f. 80) y les resolvió la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva por el delito de hurto agravado por la confianza (f. 124).

Devuelta la actuación al Juzgado Cuarto de Instrucción Criminal Radicado, éste declaró cerrada la investigación el 23 de septiembre de 1991 (1991) y el 9 de octubre del mismo año otorgó a Santodomingo Polo la libertad provisional con fundamento en el artículo 439.4 del C.P.P., procediendo a calificar el sumario el 26 de diciembre siguiente con resolución acusatoria en contra de Manuel José Santodomingo Polo, Jesús Raimundo Cano Santiago y Xiomara Esther Castañeda González, por los delitos de hurto agravado por la confianza y falsedad en documento privado, a los dos primeros, y por un concurso entre tales delitos y el de destrucción, supresión y ocultamiento de documento privado a la última, ordenándose, además, la captura de los procesados.

Apelada la anterior decisión por los defensores de los procesados y el apoderado de la parte civil, el 23 de junio de 1992, fue modificado el pliego acusatorio por el Tribunal Superior de Santa Marta, en el sentido de llamar a juicio a los tres procesados, por un concurso entre los delitos de hurto agravado por la confianza, falsedad en documento privado y destrucción, supresión u ocultamiento de documento privado, por hallar suficientes elementos para predicar una coautoría impropia.

En la etapa del juicio, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Fundación llevó a cabo la audiencia pública, en la que se practicaron las pruebas solicitadas por las partes y profirió sentencia condenatoria el 12 de mayo de 1993, la que una vez apelada por los defensores de los procesados fue confirmada por el Tribunal de Santa Marta, en los términos precedentemente expuestos.

La Demanda

Causal Segunda

Unico Cargo

Por considerar que no guarda congruencia con la acusación, acusa el defensor de Santodomingo Polo el fallo de segundo grado, pues a los procesados se les condenó, entre otros, por el delito de hurto agravado, pese a que el Tribunal de Santa Marta al resolver la segunda instancia de la acusación, decidió imputar a aquellos el delito de hurto pero calificado.

De otro lado -agrega- una situación así impide ejercer el derecho de defensa "pues ella se centra, se fija en los cargos que se le hacen y naturalmente, por ellos debe ser absuelta, ya que se le acusó por un delito que

no cometió" (f. 50 cuaderno original, No. 3), pasando a recordar cómo el Decreto 2700 de 1991, suprimió la posibilidad que el juez varíe la calificación jurídica durante el juicio, como quiera que la acusación le corresponde al Fiscal.

Solicita dictar una sentencia que esté de acuerdo con los cargos formulados en la acusación.

Causal Primera

Luego de transcribir el inciso primero de la causal primera de casación, tres cargos dice formular el casacionista, a saber:

Primer Cargo

En este reproche el censor alirma la violación del artículo 445 del Código de Procedimiento Penal, como quiera que, respecto de los diferentes comprobantes que le pusieron de presente al procesado, negó que la firma que allí aparecía era la suya, aspecto, que en su criterio, generó la duda en el investigador, razón por la que le tomó muestras manuscriturales, de conformidad con lo previsto en el artículo 366 *ibídem*. Sin embargo, como con las mismas no se practicó dictámen grafológico, pues "el denunciante, no creó en el funcionario la certeza o el convencimiento subjetivo sobre la responsabilidad del sindicado la existencia del hecho punible", debe absolverse al procesado.

Segundo Cargo

Dice proponerlo como consecuencia del anterior, pues no podía el fallador condenar al procesado sin tener la certeza sobre la ocurrencia del hecho punible o su responsabilidad, razón por la cual se violó el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal.

Tercer Cargo

Advierte el libelista en esta supuesta censura que las primeras personas -empleadas del Banco- que declararon en la investigación lo hicieron por la presión que sobre ellos ejercía el señor Peñuela, y por ello al interrogárseles sobre el cargo que ocupaba Santodomingo manifestaron varios cargos como contador, auxiliar de operaciones, oficial de servicios y secretario, entre otros, todo con el fin de que se considerara a este procesado como empleado de confianza "y evitar la libertad provisional, porque la Juez no tenía otro argumento que asirse para seguir negándosela", ya que, afirma, en el proceso está probado que hacía mucho tiempo había dejado de ser contador.

Se queja también de la credibilidad que mereció para el juzgador la afirmación del denunciante, "que se fue sin ser investigado", en cuanto a la desaparición de los libros de inspección de caja, desconociendo, por su parte, que el procesado manifestó que no fue él quien lo sustrajo, puesto que hacía siete meses no trabajaba en el Banco. De ahí que, la inspección

practicada al Banco, a su modo de ver, nada prueba en contra de Santodomingo Polo.

Por tanto, concluye, que el Tribunal le dió un valor superior a las tales pruebas, negando el que sí tiene la versión del procesado, incurriendo en un error de derecho y violando indirectamente el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal.

Solicita invalidar la sentencia para que se proceda a dictar la de reemplazo.

Concepto del Procurador Delegado en lo Penal

1. Para el Procurador Primero Delegado en lo Penal, la irregularidad denunciada por el casacionista en este acápite, en cuanto a la incongruencia entre la acusación y la sentencia es puramente *formal* y por ende insustancial, pues de conformidad con el artículo 417-3 del Código de Procedimiento Penal vigente al momento en que se calificó el sumario, la calificación jurídica provisional solamente implicaba el señalamiento del capítulo dentro del título correspondiente, tal y como se hizo en el caso concreto.

Además, resalta que el auto calificatorio determinó en la parte resolutiva que al procesado se le llamaba a juicio, entre otros delitos, por el de hurto agravado, pues no obstante que el Tribunal al resolver el recurso de apelación interpuesto contra dicha decisión se refirió al delito de hurto calificado, ello solo obedece a un *lapsus calami*, como quiera que advirtió que compartía los argumentos expuestos por el *a quo* frente a este delito en particular.

Cita jurisprudencia al respecto y agrega cómo también alguna parte de la doctrina nacional sostiene que el cambio de adecuación típica no tiene limitación alguna, siempre que se conserven la conducta y el objeto material.

En el caso concreto, el mismo defensor del procesado rebatió durante todo el proceso la circunstancia de agravación, aduciendo que Santodomingo Polo no era empleado de confianza, lo que significa que sí tuvo conocimiento suficiente de los cargos, habiendo ejercido en todo momento, en cuanto a esta imputación, el derecho a la defensa.

Tales irregularidades, en su criterio, no tienen la fuerza que se les atribuye ni tampoco la virtualidad de generar una nulidad como indirecta y concomitantemente lo plantea el recurrente.

2. En forma conjunta responde el Representante del Ministerio Público los tres cargos que por violación indirecta de la ley sustancial, propone el defensor del procesado, destacando el completo desconocimiento del demandante respecto de la técnica de casación, pues no invoca la causal

en que se apoya, ni tampoco "la vía y sentido del ataque", ni las normas quebrantadas.

No obstante, la demanda se caracteriza por la constante inconformidad del casacionista sobre los criterios de fallador, enmarcándose así sus alegaciones en el campo del error de derecho por falso juicio de convicción, que resulta inadmisible en esta sede a donde arriban los fallos judiciales amparados por la doble presunción de acierto y legalidad, pues por mandato legal es el juez el que valora racionalmente la prueba.

Así mismo, los planteamientos del censor constituyen enunciados carentes de respaldo probatorio, pues sus argumentos para desvirtuar la responsabilidad del procesado en la falsificación de documentos se basa en el testimonio de Rosa Pimienta, que ninguna certeza ofrece y por el contrario resulta refutada por otras pruebas.

Igualmente destaca cómo el casacionista hace una mezcla entre el *indubio pro reo* -que predica de los investigadores- olvidando que "la duda en sí no se encuentra en las pruebas de por sí, es un estado de la mente frente a una situación" y la violación al derecho de defensa, desconociendo el principio de autonomía de las causales, pues esto último debía formularlo como nulidad, no obstante que la prueba que echa de menos "no fue la única sustento de la condena".

Concluye entonces que el demandante no demuestra la violación a las reglas de la sana crítica, encontrando, por el contrario la acertada valoración de las pruebas. Solicita no casar el fallo impugnado.

CONSIDERACIONES

Causal Segunda

Unico Cargo

Partiendo de un argumento puramente formal, el defensor del procesado aduce una supuesta incongruencia entre la acusación y la sentencia, sin consultar la realidad del proceso y sin asistirle interés jurídico para ello, pues si bien es cierto que el Tribunal, al desatar el recurso de apelación interpuesto contra la resolución de acusación, respecto del delito de hurto lo hizo como calificado, no puede afirmarse que la calificación hecha por el Juez de instrucción en cuanto hurto agravado por la confianza haya sido modificada en tal sentido.

En efecto, como lo anotó el Delegado, ello solamente obedece a un *lapsus calami*, pues el Tribunal fue expreso en manifestar que en lo que tenía que ver con el cargo imputado en la acusación como hurto agravado por la confianza, compartía todos los argumentos expuestos en la primera instancia, sin que ninguna duda o ambigüedad pueda aducirse en cuanto que se mantuvo la calificación por este delito.

En efecto, fue la confianza la circunstancia tenida en cuenta por la primera instancia para agravar el hurto, y en esos mismos términos el Tribunal se refirió diciendo que:

"De tal manera que la tesis del juzgado en lo que respecta a la agravación punitiva del hurto calificado es acertada y la resolución de acusación se reformará en el sentido de llamar a juicio a todos los procesados como coautores de los delitos de Falsedad en documento privado y Hurto Calificado, en concurso de hechos punibles" (C. Trib. f.24).

Obsérvese entonces que la calificación a que se refiere el Tribunal no es otra que la circunstancia de agravación, esto es, la confianza, analizada por el Juez de primera instancia. Por tanto, pese a que en la parte resolutiva igualmente se mencione el hurto como calificado, no puede ello significar que se haya modificado la calificación jurídica hecha para el hurto agravado, como quiera que dicha decisión fue confirmada y la única reforma que se le hizo consistió en llamar a juicio a todos los procesados y por los mismos delitos, esto es, en calidad de autores.

Siendo ello así, no existe la pretendida incongruencia que entre la acusación y la sentencia proclama el casacionista, pues, la imputación tanto fáctica como jurídica no varió, ni mucho menos puede afirmarse que durante el juicio se haya modificado.

Además, de prosperar el reproche, la situación del procesado se haría más gravosa, como quiera que, de conformidad con el pliego acusatorio, el hurto solo se agrava por una circunstancia de las previstas en el artículo 351 del Código Penal, que indiscutiblemente trae una penalidad menor a la consagrada para el hurto calificado en el artículo 350 ibídem, careciendo entonces el casacionista de interés para recurrir en este aspecto, como se había advertido inicialmente.

Finalmente, no puede la Sala dejar de hacer precisión respecto de algunas afirmaciones hechas en el concepto del Representante del Ministerio Público, pues la confusión que parece tener respecto a la causal segunda y la tercera así lo ameritan.

No es cierto como lo afirma el Delegado que el demandante proponga indirecta y simultáneamente la incongruencia entre la acusación y la sentencia y una nulidad -que no precisa por qué motivo- ya que si se tratare del desconocimiento del derecho de defensa, en la medida en que el demandante dentro de su pretendida argumentación hace mención a que tal situación "impide llevar a cabalidad su defensa", ello no indica que esté denunciando una nulidad.

En efecto, si bien es cierto que la incongruencia entre la acusación y la sentencia en cuanto aquella deduce aspectos o circunstancias que agravan la situación del procesado, pese a no haber sido imputados en la resolución acusatoria, de alguna manera vulnera el derecho a la defensa

por cuanto se estaría sorprendiendo al procesado con una imputación que no hizo parte de aquella respecto de la cual orientó su defensa, debe recordarse, como tantas veces lo ha hecho la jurisprudencia de esta Sala, que aunque en principio, tal incongruencia supone una irregularidad subsanable por vía de la nulidad, estando consagrada como causal de casación, debe preferirse su ataque por este motivo.

Cosa bien distinta sería que se estuviera afirmando una errónea calificación jurídica de la infracción, caso en el cual la nulidad devendría por violación al debido proceso.

El cargo no prospera.

Causal Primera

Teniendo en cuenta que los tres cargos formulados por el casacionista al amparo de esta causal, pretenden sustancialmente lo mismo, la Corte los responderá en forma conjunta.

Si bien el escrito presentado por el casacionista no es un modelo de lo que podría constituir una demanda de casación, y merece todos los reparos técnicos que puedan hacerse por asemejarse más a un escrito propio de las instancias, no comparte la Corte algunos de los enunciados por el Delegado.

Pues bien, no resulta ajustado a la realidad aducir en cuanto a los tres últimos cargos, que no se menciona la causal de casación en que se apoya el demandante, pues en el capítulo primero denominado "*causales que invoco*" en el literal b) manifiesta el casacionista que se apoyará también en la causal primera del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, por considerar que la sentencia es "violatoria de una norma sustancial", agregando además que desarrollará en capítulos separados los fundamentos de las causales invocadas.

No obstante, sí le asiste razón al Delegado cuando destaca "un desconocimiento de la técnica" de este recurso, pues, los tres supuestos cargos que cree desarrollar y fundamentar el actor de conformidad con la causal primera, cuerpo primero del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, constituyen meros reparos valorativos a las conclusiones de los fallos de instancia, que lejos de un verdadero juicio de legalidad contra la sentencia, aparecen como cometarios muy personales y al margen de la naturaleza del motivo aparentemente escogido en la invocación de la causal de casación, como que carecen por completo de los presupuestos de precisión y claridad.

En efecto, podría colegirse, en principio, que los reproches que haría el censor a la sentencia, con base en la casual primera de casación, lo serían por motivo de la violación directa, pues a ello se contrae el inciso 1o. del numeral 1o. del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal.

suponiendo desde luego, en su demostración el respeto a los hechos y las pruebas en la forma en que los presenta el fallador, habida cuenta que el juicio, en este caso, es estrictamente jurídico y necesariamente habrá de recaer sobre la interpretación dada por el Juez a la norma aplicable al caso, o la aplicación indebida o falta de aplicación de la norma que regula el asunto.

Sin embargo, en el texto de la pretendida demostración que dice hacer el demandante de los cargos, que en realidad no formuló, pone en evidencia su interés de sacar avante sus particulares puntos de vista por encima del de los falladores, desconociendo que si el yerro in iudicando tiene como fundamento la valoración probatoria, necesariamente debe acudirse al motivo de la violación indirecta de la ley, en tanto la existencia de errores de hecho o de derecho obedezcan a falsos juicios de existencia, bien por omisión o suposición o falsos juicios de identidad; o por el contrario a falsos juicios de legalidad o de convicción.

A ninguno de estos presupuestos mínimos de la técnica casacional se acerca el escrito que denomina el impugnante demanda de casación, razón por la cual no puede la Corte entrar a hacer análisis oficiosos del proceso y de la prueba, sin desconocer el principio de taxatividad, pues de hacerlo, desnaturalizaría su esencial función de Juez de Casación para convertirse en tercera instancia.

Así las cosas, se impone el rechazo de los cargos.

Casación Oficiosa

Encuentra la Corte una vulneración de garantías fundamentales de los procesados, que de conformidad con las facultades oficiosas conferidas por el artículo 228 del Código de Procedimiento Penal, imponen la casación oficiosa del fallo impugnado.

Tal vulneración se concreta en la improcedencia y absoluta falta de motivación respecto a la pena accesoria de suspensión de la patria potestad, como que sólo se vino a saber de ella en la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia, sin que el Tribunal se pronunciara sobre la misma.

Sobre esta sanción estima de importancia la Sala, recordar lo manifestado en otras decisiones, en cuanto aquellas penas accesorias que no son inherentes a la de prisión y que por quedar a la discrecionalidad del fallador lo obligan a exponer las razones por las cuales considera que es procedente y pertinente, atendiendo al delito por el que se condena.

En efecto, en sentencia del 14 de diciembre de 1994, con ponencia del entonces Magistrado Edgar Saavedra Rojas, se dijo:

"Es evidente, entonces, la absoluta falta de motivación, que como ya se dijo por ese solo hecho haría inválida tal condenación.

Pareciera que los juzgadores hubiesen entendido que la pena de suspensión de la patria potestad se debe dar fatídicamente en todos los casos en que se imponga como sanción principal pena privativa de la libertad, cuando bien se sabe que es una medida restrictiva discrecional, que debe gravar el juez si la considera necesaria y conveniente." (*Expediente No. 8619*).

En el caso concreto, debe tenerse en cuenta que no sólo la naturaleza de los delitos por los que se condenó a los procesados, ninguna relación guardan con el ejercicio de la patria potestad, sino que además, en lo que tiene que ver con Raimundo Cano Santiago y Xiomara Esther Castañeda ni siquiera se tiene conocimiento de que tengan hijos, pues han estado evadidos de la justicia, razón por la cual se les investigó y juzgó como ausentes.

Lo anterior obliga a la Corte a proferir la de reemplazo de conformidad con lo previsto en el artículo 229.1 del Código de Procedimiento Penal, pues únicamente se afecta el fallo impugnado.

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

RESUELVE

1o. Desestimar la demanda.

2o. Casar oficiosa y parcialmente el fallo impugnado, en el sentido de suprimir de éste la pena accesoria de la suspensión de la patria potestad impuesta a los procesados en las sentencia de primera de instancia.

3o. En lo demás queda incólume el fallo impugnado.

Notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria

CASACION/ PARTE CIVIL

El artículo 35 de la Ley 81 de 1993 (artículo 218 del Código de Procedimiento Penal), establece que el recurso extraordinario de casación "procede contra las sentencias proferidas por el Tribunal Nacional, los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y el Tribunal Penal Militar, en segunda instancia, por los delitos que tengan señalada pena privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de seis (6) años aún cuando la sanción impuesta haya sido una medida de seguridad."

"El recurso se extiende a los delitos conexos, aunque la pena prevista para éstos sea inferior a la señalada en el inciso anterior".

2.-La parte civil está legitimada para hacer uso del recurso extraordinario, y con mayor razón cuando su interés jurídico no se pone en duda dada la cuantía de los perjuicios a que fueron condenados los responsables.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santafé de Bogotá, D.C., abril treinta (30) de mil novecientos noventa y seis (1996).

Magistrado Ponente: Dr. *Didimo Páez Velandia.*

Aprobada Acta número 65.

Proceso No. 11605

VISTOS

De plano decide la Corte el recurso de hecho interpuesto por la parte civil en este asunto seguido contra Jaime Cortés Espinosa y otros, por los delitos de peculado, falsedad y otros, contra la providencia de fecha 21 de febrero del corriente año, mediante la cual el Tribunal Superior de Tunja inadmitió el recurso extraordinario de casación propuesto por los apoderados de la Parte Civil, respecto de la sentencia de segundo grado calendada el 16 de enero inmediatamente anterior.

ANTECEDENTES INMEDIATOS

De las copias expedidas para el trámite del recurso de hecho se sabe que la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Tunja, de fecha 5 de abril de 1995, fue recurrida tanto por la parte civil (fl. 73 cuad. Anexo), como por el procesado Helmer Rojas Ramírez (fl. 72 *id.*), quienes sustentaron por escrito la impugnación dentro del término legal.

Así mismo, el defensor del procesado Jaime Cortés Espinosa, hizo lo propio mediante escrito presentado el 25 de abril de 1995 (fl. 84), manifestando que lo sustentaría oralmente conforme a lo preceptuado en el artículo 27 de la Ley 81 de 1993 (artículo 196-B del Código de Procedimiento Penal), razón por la cual el juez por auto del 28 de los citados mes y año, concedió el recurso en efecto suspensivo, ordenando el envío de la actuación original a la Sala Penal del Tribunal Superior de Tunja (fl. 93 *idem*).

Celebrada el día 6 de julio de 1995 la audiencia de sustentación oral del recurso, con asistencia del procesado Jaime Cortés Espinosa y su defensor el doctor Gilberto Rondón González (fls. 100 y ss.), previamente al pronunciamiento del fallo de segundo grado y por petición del abogado mencionado, la Sala de Decisión Penal del Tribunal en interlocutorio de fecha 3 de octubre siguiente (fls. 112 y ss.), declaró desierto el recurso de apelación interpuesto por el procesado Rojas Ramírez y por la parte civil, "por ausencia de sustentación oral del recurso en la diligencia de audiencia pública" (fl. 115), con lo cual la impugnación se limitó a lo referente al condenado Cortés Espinosa.

Proferida el 16 de enero de 1996 la sentencia de segundo grado, confirmando la del Juzgado Sexto Penal del Circuito de Tunja en los aspectos impugnados por el Defensor, éste y la Parte Civil manifestaron su inconformidad mediante la interposición del recurso extraordinario de casación, siendo inadmitido exclusivamente respecto de esta última, en proveído de fecha 21 de febrero del corriente año bajo las siguientes consideraciones:

"Sea lo primero aclarar que en virtud del artículo 217 del Código de Procedimiento Penal, modificado por la Ley 81 de 1993, en su artículo 34, el Tribunal en Sala de Decisión que preside el suscrito Magistrado, sólo adquirió competencia para reformar, modificar o confirmar la sentencia impugnada, en referencia a la causa 1531 y en lo atinente exclusivamente a los motivos de inconformidad puntualizados por el señor defensor del procesado Jaime Cortés Espinosa".

"Esta previa aclaración es importuna efectuarla porque el recurso de apelación para los representantes de la parte civil, como se señaló en el capítulo de antecedentes procesales, fue declarado desierto por falta de concurrencia y por ende, de sustentación oral del recurso".

"Por ende, en estricto sentido, sólo existe sentencia de segunda instancia en lo referido al procesado Jaime Cortés Espinosa, atinente a los motivos de impugnación, lo que de contera nos lleva a afirmar que no hay providencia de segunda instancia para la parte civil, porque la de primer grado cobró ejecutoria respecto de sus intereses, al declararse desierto el recurso de apelación por falta de sustentación oral".

"Sin embargo, es posible que el interés de la parte civil sobrevenga, cuando con ocasión del pronunciamiento de segunda instancia el Tribunal haga más gravosos los intereses que representa esa parte".

"Sea lo primero aclarar que el Tribunal confirmó el aspecto referido a la indemnización de los perjuicios y que, por lo tanto, no los afectó, es decir, continuaron incólumes".

"Por esta razón, hay ausencia de interés en la parte civil para interponer recurso de casación, pues la sentencia de segunda instancia no agravó, de ninguna manera, la situación de esos sujetos procesales y la de primera instancia cobró ejecutoria para sus intereses, ante la declaratoria de desierto del recurso de apelación" [fls. 159 y 160].

Planteada la reposición y negada, se envió el asunto a la Corte donde se efectuó la sustentación oportuna.

Consideraciones de la Corte

El artículo 35 de la Ley 81 de 1993 (artículo 218 del Código de Procedimiento Penal), establece que el recurso extraordinario de casación "procede contra las sentencias proferidas por el Tribunal Nacional, los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y el Tribunal Penal Militar, en segunda instancia, por los delitos que tengan señalada pena privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de seis (6) años aun cuando la sanción impuesta haya sido una medida de seguridad".

"El recurso se extiende a los delitos conexos, aunque la pena prevista para éstos sea inferior a la señalada en el inciso anterior".

Es claro que en este proceso se dictó fallo de primera instancia por parte del Juzgado Sexto Penal del Circuito de Tunja, previa la acumulación de varias causas y como consecuencia del cambio de radicación ordenado por esta Sala. En la sentencia, se tomaron diversas determinaciones, entre otras la de condena contra varios imputados por los delitos de peculado por apropiación, falsedad ideológica en documentos públicos, falsedad en documento privado, celebración indebida de contratos y receptación, al pago de perjuicios materiales en forma individual y en favor del municipio de Pitalito, Huila, se les impuso penas accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas y suspensión de la patria potestad, se negó el subrogado de la condena de ejecución condicional para algunos de los condenados y se dispuso su captura y finalmente

se les absolvió por otras infracciones similares, por peculado por destinación diferente, concusión y prevaricato.

El fallo, como ya se dijo, fue impugnado por la parte civil y por el procesado Helmer Rojas Ramírez, quienes sustentaron por escrito y oportunamente el recurso de apelación, empero, como el defensor de Jaime Cortés Espinosa lo hiciera con manifestación de sustentarlo en forma oral, el Tribunal luego de concluida la audiencia estimó que al no haber asistido los primeros y hecho lo propio, eran acreedores a la sanción de declarar desierta la impugnación.

Así las cosas, entendió la Sala del Tribunal que la sentencia de segundo grado fue proferida respecto del único recurrente, a quien no podía agravársele su situación en ninguno de los aspectos contenidos en el fallo. Sin embargo, ante la expresa solicitud de la defensa para reducir la condena de perjuicios materiales, precisó que "dentro del daño emergente podemos decir que están los dineros que evidentemente fueron apropiados por Jaime Cortés Espinosa de las arcas del municipio de Pitalito y que se refieren a la sola causa 1531 por la cual adquirimos competencia, ya que por las demás el señor Juez Penal del Circuito lo absolvió sin mayores argumentos y que arrojan una disminución directa del patrimonio del municipio, por lo menos en cuantía de más de veinticinco millones y medio de pesos ($25.574.091.00).

"Eso equivaldría a que el dinero que tendría que consignar para hacerse acreedor a la rebaja de pena que establece el inciso segundo del artículo 139 del Código Penal es de $91.670.749.00, puesto que para el mes de septiembre de 1980, fecha final de las apropiaciones, la Unidad UPAC tenía el valor de $2.200.16, y en la actualidad vale $7.886.51, hechas las respectivas convergencias y operaciones aritméticas" (fl. 141).

Por otra parte, el artículo 36 de la Ley 81 de 1993 (artículo 22 del Código de Procedimiento Penal), establece que el recurso de casación podrá ser interpuesto por el procesado, su defensor, el apoderado de la parte civil, el Fiscal, el Ministerio Público y el tercero civilmente responsable, con la prohibición al procesado de sustentarlo, salvo que sea abogado titulado.

Olvidó el Tribunal que el fallo de primera instancia al ser confirmado por el de segundo grado se integran jurídicamente y que de manera alguna el primero causa ejecutoria cuando ha sido recurrido por uno de los sujetos procesales y menos hecho tránsito a cosa juzgada en forma parcial para quien guarda silencio o le ha sido rechazada la apelación o declarada desierta por falta de sustanciación o sustentación insuficiente.

En el presente caso, no existe duda alguna que la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Tunja podía ser recurrida en casación y prueba de ello es que al defensor del procesado Jairo Cortés Espinosa le fue

concedida la impugnación; así mismo, que la parte civil está legitimada para hacer uso del recurso extraordinario, y con mayor razón cuando su interés jurídico no se pone en duda dada la cuantía de los perjuicios a que fueron condenados los responsables, la no determinación de perjuicios morales y las absoluciones que fueron decretadas en causas acumuladas para algunos imputados, todo lo cual se deduce de la alegación que presentara la parte civil para impugnar en reposición el proveído de fecha 21 de febrero del corriente año y que ha dado lugar a este pronunciamiento.

Habrá entonces de revocarse parcialmente la aludida decisión, para en su lugar admitir la impugnación extraordinaria que en oportunidad presentara la parte civil contra la sentencia del Tribunal, para lo cual se devolverá esta actuación a fin de que se surtan los traslados 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

1. REVOCAR el numeral 2 de la parte resolutiva del auto de fecha 21 de febrero del corriente año, mediante el cual el Tribunal Superior de Tunja inadmitió el recurso de casación propuesto por la parte civil en representación del municipio de Pitalito, Huila, y en su lugar, declarar admisible la impugnación extraordinaria presentada contra la sentencia de fecha 16 de enero inmediatamente anterior, por las razones consignadas en la parte motiva.

2. Vuelvan las diligencias inmediatamente a la oficina de origen para que proceda de conformidad con lo previsto en el artículo 224 del Código de Procedimiento Penal.

Cúmplase.

Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEMANDA DE CASACION/ TIPICIDAD/ DOLO

La demanda de casación no es un escrito de elaboración libre como ocurre en los alegatos que de ordinario se presentan en las instancias, sino de carácter eminentemente técnico, en cuanto deben reunir ciertas exigencias en su elaboración para que pueda examinársele.

Estos requisitos se encuentran relacionados en el artículo 225 del Código de Procedimiento Penal, y son de obligatorio cumplimiento, pues de no acatarse, habrá de declararse desierto el recurso, por disposición expresa del artículo 226 ibídem.

Cuando se invoca la causal primera cuerpo segundo, los puntos básicos que la demanda debe contener para que pueda llegar a examinársele, son, en síntesis, los siguientes: a) Señalamiento de la causal: b) Indicación de las normas de derecho sustancial que se estiman infringidas; c) Concepto de la violación o precisión de si la infracción de la norma se presenta por falta de aplicación, aplicación indebida o interpretación errónea; d) Identificación de los errores de apreciación probatoria cometidos por el fallador, tarea que comprende dos aspectos: La determinación de los medios de prueba indebidamente apreciados y el señalamiento del error cometido en relación con cada uno de ellos, si de existencia, de identidad, de legalidad o de valoración; y e) La demostración de la trascendencia del error, esto es, su incidencia en la parte resolutiva del fallo.

2.-La negación del dolo como forma de culpabilidad, presupone la aceptación, no solamente de la autoría del hecho, sino de que la conducta es típica y antijurídica.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santafé de Bogotá, D.C., mayo dos (2) de mil novecientos noventa y seis (1996).

Aprobado Acta No.66

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

Proceso No. 11241

Se pronuncia la Sala sobre la admisibilidad formal de la demanda de casación presentada por el defensor del procesado Rubén Darío Villada.

ANTECEDENTES

Mediante sentencia de 5 de junio de 1995, el Juzgado Unico Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría (Risaralda) condenó a Rubén Darío Villada a la pena principal de 25 años de prisión, como autor responsable del delito de homicidio cometido en Luis Horacio García Ríos, decisión que mereció la aprobación del Tribunal Superior de Pereira, al ser revisada por vía de apelación (fls. 239-1 y 3 del cuaderno No. 2).

Inconforme con este segundo pronunciamiento, la defensa ha interpuesto en su contra recurso extraordinario de casación, el cual fue admitido por el Tribunal.

LA DEMANDA

Sin especificar la causal de casación invocada, ni la clase de error cometido, el casacionista, después de hacer referencia al contenido de los artículos 35 y 36 del Código Penal, sostiene que, en el presente caso, nadie discute la existencia del hecho punible, pero que la conducta dolosa de su pupilo no se ha establecido.

No bastaba con sindicar a Villada, debía además demostrarse su actuar doloso en relación con el hecho, probar que conocía y sabía que matar a alguien era delito y que sabiéndolo lo llevó a cabo (fls. 52, 53).

Dice que en la apreciación de las pruebas se cometieron errores, sobre todo en la del testimonio del sobandero Edgar Montoya, quien en audiencia afirmó haber atendido al procesado el día de los hechos, y que si su pupilo se encontraba incapacitado e inmovilizado ese día, no pudo haber cometido el homicidio. "Y es que no podía estar allí donde alguien mataba a Luis Horacio García Ríos y a la vez en su casa inmovilizado, como lo estuvo el 13 de junio de 1994" (fl.53).

Piensa que este testimonio "arruina" las pruebas que han servido para afirmar la responsabilidad de su defendido, específicamente las que se han tomado para endilgarle "el dolo de el (sic) hecho punible", y agrega: "Insiste la defensa, que se ha querido como en efecto se ha hecho, soportar una supuesta conducta dolosa de Rubén Darío Villada, sobre unas pruebas discutibles, desconociendo y apreciando el testimonio de Edgar Montoya, por fuera de la veracidad que contiene. Y es que conforme al señor Montoya, el sindicado estaba gravemente dolido físicamente e impedido, esto hace imposible que fuera la misma persona que se vio caminar sin problemas después de muerto Ríos García. Y con el testimonio de Montoya queda claro, un asunto, Villada, no estaba en el lugar donde alguien mataba a García Ríos" (fl. 53).

Insiste en que se violó el artículo 36 del Código Penal, porque el dolo debe demostrarse palmariamente para poder dictar sentencia de condena y que, conforme a la declaración de Montoya, "es imposible hallar dolo, en una persona que se halla en sitio diferente al del homicidio y se halla allí impedido de moverse" (fl.54).

Pide, sin más, que se revoque la sentencia de segunda instancia.

SE CONSIDERA

Insistentemente la Corte ha sostenido que la demanda de casación no es un escrito de elaboración libre como ocurre en los alegatos que de ordinario se presentan en las instancias, sino de carácter eminentemente técnico, en cuanto debe reunir ciertas exigencias en su elaboración para que pueda examinársele.

Estos requisitos se encuentran relacionados en el artículo 225 del Código de Procedimiento Penal, y son, se repite, de obligatorio cumplimiento, pues de no acatarse, habrá de declararse desierto el recurso, por disposición expresa del artículo 226 *ibidem*.

En el presente caso, el desconocimiento de la exigencia contenida en el numeral tercero de la citada norma, es manifiesto. El escrito de demanda, como se dejó visto, ni siquiera menciona la causal de casación invocada para buscar la infirmación del fallo, y aun cuando por el desarrollo del ataque y la alusión que en ella se hace al artículo 220, inciso tercero del estatuto procesal, podría pensarse que se invoca la causal primera, cuerpo segundo, lejos está el libelo de parecerse a una demanda de casación amparada en dicho motivo.

Cuando se invoca esta forma de violación, los puntos básicos que la demanda debe contener para que pueda llegar a examinársele, son, en síntesis, los siguientes: a) Señalamiento de la causal; b) Indicación de las normas de derecho sustancial que se estiman infringidas; c) Concepto de la violación o precisión de si la infracción de la norma se presenta por falta de aplicación, aplicación indebida o interpretación errónea; d) Identificación de los errores de apreciación probatoria cometidos por el fallador, tarea que comprende dos aspectos: La determinación de los medios de prueba indebidamente apreciados y el señalamiento del error cometido en relación con cada uno de ellos, si de existencia, de identidad, de legalidad o de valoración; y, e) La demostración de la trascendencia del error, esto es, su incidencia en la parte resolutiva del fallo.

De estos requerimientos, cabalmente ninguno desarrolla la demanda en estudio, pues el actor omite precisar en ella la causal de casación invocada; el señalamiento que hace de las normas violadas es incompleto; no menciona ni logra transmitir el concepto de la violación; y, finalmente, no precisa la clase de error de apreciación probatoria cometido por el

fallador, ni hace el menor esfuerzo por demostrar su incidencia en la parte dispositiva del fallo.

Al margen de estas inconsistencias, el escrito presenta a su interior planteamientos contradictorios que atentan contra su claridad, tornándola inestudiable. Como se recuerda, el argumento central de la demanda se reduce a la afirmación de que el procesado no es culpable a título de dolo porque, de acuerdo con la versión del testigo Edgar Montoya, no habría estado en condiciones de cometer el hecho delictivo, planteamiento que pone de relieve una clara confusión del actor en relación con el alcance de los conceptos de autoría y culpabilidad en materia penal.

Esta forma de argumentar, es abiertamente contradictoria, habida cuenta que la negación del dolo como forma de culpabilidad, presupone la aceptación, no solamente de la autoría del hecho, sino de que la conducta es típica y antijurídica.

Como de acuerdo con el principio de limitación que regenta el recurso, a la Corte no le es permitido entrar a suplir las deficiencias de la demanda, ni a corregir sus yerros, se impone su rechazo, conforme a lo dispuesto en el ya citado artículo 226 del estatuto procesal.

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

RESUELVE

INADMITIR la demanda de casación presentada por el defensor del procesado Rubén Darío Villada. Por tanto, se declara DESIERTO el recurso.

Notifíquese y cúmplase.

Fernando E. Arboleda Ripoll. Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Carlos A. Gálvez Argote. Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia. Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

LIBERTAD PROVISIONAL/ PERSONALIDAD

Si por «personalidad» se entiende el conjunto de factores singularizantes del individuo, reflejo de su manera de ser y de actuar, ha de considerarse necesariamente la conducta criminal desplegada, como parámetro decisivo en el diagnóstico de readaptación social.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal Santafé de Bogotá, D.C., mayo dos (2) de mil novecientos noventa y seis (1996).

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

Aprobado acta No. 66.

Proceso No. 9847

I. Asunto

Resolver la petición de libertad formulada por el interno Miguel Tomás Ariza Alí, quien considera estar «apto para reintegrarse a la sociedad», ha cumplido más de las dos terceras partes de la pena impuesta, no registra antecedentes penales y su conducta en el centro carcelario ha sido intachable.

II. Consideraciones de la Corte

Miguel Tomás Ariza Alí fue condenado por el Juzgado Octavo Penal del Circuito con sede en Valledupar, a las penas principales de 56 meses de prisión y multa por valor de $150.000,oo, como autor de los delitos de estafa, falsedad material de particular en documento público y uso de documento falso, el 22 de febrero de 1994 (fls. 290 y ss. cuaderno No. 2). Este fallo fue apelado y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, el 27 de mayo del mismo año, lo confirmó, aumentando la pena de prisión a sesenta (60) meses (fls. 4 y ss. cuaderno del Tribunal).

Contra el fallo del Tribunal, la defensa interpuso el recurso extraordinario de casación, cuyo trámite se surte actualmente.

En escrito que antecede, el procesado solicita la libertad condicional, petición que tomará la Sala como «libertad provisional» en atención a que la sentencia condenatoria proferida en su contra aún no se encuentra en firme- y argumenta haber cumplido más de las dos terceras partes de la pena, carecer de antecedentes penales y registrar una conducta intachable en el establecimiento carcelario.

Partiendo del día en que se produjo su captura (5 de noviembre de 1993, fls. 82 y ss. cuaderno No. 1), se concluye que a la fecha, lleva en privación efectiva de libertad, 29 meses y 25 días. Por enseñanza en el centro carcelario acreditó 708 días que según el artículo 98 de la Ley 65 de 1993, representan una redención de pena equivalente a 354 días, esto es, 11 meses y 24 días. Sumados el tiempo de privación efectiva de libertad y la redención de pena por enseñanza, se obtiene un total de 41 meses y 19 días, lapso éste superior a las dos terceras (2/3) partes de la pena impuesta.

Si bien es cierto se satisface el presupuesto objetivo exigido por el artículo 72 del Código Penal para efectos de la liberación del procesado, la Sala no puede hacer igual afirmación respecto de las exigencias de carácter subjetivo -como son, «su personalidad, su buena conducta en el establecimiento carcelario y sus antecedentes de todo orden»-, pues como se ha reiterado en otras oportunidades, si por «personalidad» se entiende el conjunto de factores singularizantes del individuo, reflejo de su manera de ser y de actuar, ha de considerarse necesariamente la conducta criminal desplegada, como parámetro decisivo en el diagnóstico de readaptación social.

Y es precisamente en atención a ese factor que se descarta para Miguel Tomás Ariza Alí la posibilidad de suspender el tratamiento penitenciario a que viene siendo sometido, pues se trata de una persona con cierto nivel cultural (primer semestre de economía) que le permitía obtener un mayor campo de acción laboral sin tener que vincularse necesariamente a una empresa criminal dedicada a atentar contra el patrimonio económico de los asociados, abriendo cuentas de ahorro con cédulas falsas, en varias sedes de la Caja Agraria para posteriormente retirar dineros presuntamente consignados por otras personas en diferentes sucursales.

Esta conducta repetitiva, atentatoria no sólo contra el patrimonio económico sino también contra la fe pública, permiten diagnosticar en Ariza Alí una personalidad proclive al delito, descartándose así la posibilidad jurídica de interrumpir el tratamiento penitenciario a que viene siendo sometido.

En mérito de lo expuesto, la *Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal*, NIEGA la libertad provisional a Miguel Tomás Ariza Alí.

Notifíquese y cúmplase.

Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

LIBERTAD PROVISIONAL

Con anterioridad a la sentencia de casación, lo único dable estudiar es la libertad provisional de que trata el artículo 415-2 del Código de Procedimiento Penal, por cumplimiento de la pena o por haber sufrido el procesado en detención preventiva el tiempo necesario para obtener la libertad condicional a que se refiere el artículo 72 del Código de Procedimiento Penal.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santafé de Bogotá, D.C., seis (6) de mayo de mil novecientos noventa y seis (1996).

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

Aprobado Acta No. 68

Proceso No. 11562

Vistos

Procede la Sala a resolver el recurso de reposición que presenta el procesado Dioscid Serrano Pérez contra la providencia del pasado 9 de abril, por medio del cual la Sala se abstuvo de decretar la nulidad de la actuación procesal y negó su libertad provisional.

La Impugnación

Por medio de escrito, el procesado interpone recurso de reposición insistiendo en la obligación que tiene la Sala de resolver la solicitud de nulidad que presenta en su originaria petición, para lo cual cita decisiones de la Corte Suprema de Justicia en torno a la interpretación que debe otorgársele a "las nulidades de rango constitucional".

Sostiene el impugnante, que nada obstaculiza a la Corte para resolver la petición de nulidad, pues conforme a la normatividad existente deben decretarse de oficio las nulidades que se aprecien en el proceso y que afecten las garantías fundamentales como lo es ciertamente el derecho a la defensa.

Igualmente, en el mismo escrito el recurrente solicita se le conceda una rebaja de pena en razón a que "La Honorable Corte Constitucional

declaró inexequibles algunos artículos del Decreto 2238 referidos al programa presidencial para la lucha contra el delito de secuestro.".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Adviértase primero que de ninguna manera, tal como se expresa en la providencia objeto de impugnación, la Corte puede entrar a resolver la solicitud impetrada por el ahora recurrente, sea cual fuere su sustento, pues si la irregularidad que se reprocha acontece concomitante o con anterioridad a la sentencia de segunda instancia, ella, acorde con las normas que ilustran el recurso de casación, debe ser objeto de reproche en la demanda de casación y por ende ser resuelta en la respectiva sentencia.

Por tanto, baste con agregar a lo anterior, que sin perjuicio de la facultad que posee la Corte para declarar oficiosamente las nulidades que observe, en garantía de los derechos fundamentales, al momento de dictar la respectiva sentencia, las razones esbozadas en la decisión objeto de impugnación resultan completamente valederas, para permanecer la Corte en su inamovible posición.

Por último, con relación a la petición de rebaja de pena por aplicación del principio de favorabilidad, debe recordársele al peticionario que con anterioridad a la sentencia de casación, lo único dable estudiar es la libertad provisional de que trata el artículo 215-2 del Código de Procedimiento Penal, por cumplimiento de la pena o por haber sufrido el procesado en detención preventiva el tiempo necesario para obtener la libertad condicional a que se refiere el artículo 72 del Código Penal, postbilidad que no se da en el caso concreto.

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

RESUELVE

1. NO REPONER la providencia objeto de impugnación.

2.- Abstenerse de resolver acerca de la petición de rebaja de pena que solicita el procesado.

Notifíquese y cúmplase.

Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

PERJUICIOS/ CASACION

Cuando el recurso extraordinario de casación verse exclusivamente sobre indemnización de perjuicios decretados en la sentencia condenatoria, el recurrente que no se encuentre satisfecho con dicha regulación, deberá presentar la demanda sujetándose a las causales previstas en el Código de Procedimiento Civil (artículo 368), siempre y cuando que el interés para recurrir sea o exceda el contemplado por la ley (27.440.000 para la época de interposición de los recursos de casación, conforme a lo dispuesto por el Decreto 522 de 1988, en armonía con el artículo 366 C.de P.C.); debiendo tener presente además, que la sentencia objeto de impugnación haya sido dictada en segunda instancia por un Tribunal Superior, el Tribunal Nacional o el Tribunal Penal Militar, aunque sin consideración al quantum punitivo del delito.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santafé de Bogotá, D.C., mayo siete (7) de mil novecientos noventa y seis (1996)

Magistrado Ponente: Dr. *Nilson Pinilla Pinilla*

Aprobado Acta No.69

Proceso No. 9801

Vistos

Es del caso calificar la idoneidad de las demandas de casación presentadas por los apoderados de las partes civiles constituidas a nombre de los menores John Anderson Moreno González y Yelmy Ximena Moreno Mahecha, contra la sentencia de segunda instancia dictada por el Tribunal Superior de Cundinamarca en proceso por homicidio culposo seguido a Hernando Chavarro Olaya, de acuerdo con lo previsto en los artículos 221 y 226 del C. de P.P.

Antecedentes

La noche del 25 de enero de 1993, dentro del perímetro urbano de la población de Guaduas (Cundinamarca) fue muerto de un disparo con

arma de fuego el señor Eulises Moreno Zabala; hecho del cual se sindicó a Hernando Chavarro Olaya, quien huyó del lugar siendo capturado más tarde en el municipio de Villeta.

La Fiscalía Unica de Guaduas después de oír en indagatoria al sindicado le definió su situación jurídica con detención preventiva por el delito de homicidio voluntario; medida que posteriormente revocó a solicitud de la defensa por considerar que había obrado en circunstancias de caso fortuito, ordenando su libertad.

Apelada esta decisión por el agente del Ministerio Público, la Unidad de Fiscalía Delegada ante los Tribunales Superiores de Santafé de Bogotá y Cundinamarca la revocó, decretando en su lugar medida de aseguramiento de detención preventiva y concediendo libertad provisional al procesado, al adecuar la conducta endilgada al tipo penal del homicidio culposo descrito en el artículo 329 del Código Penal, agravado por encontrarse embriagado y haber huido del lugar de los hechos.

Antes de que la investigación fuese cerrada, a petición del sindicado, coadyuvada por su defensor, se llevó a cabo la audiencia especial de que trata el artículo 37A del Código de Procedimiento Penal (4° de la Ley 81 de 1993), diligencia en la cual Hernando Chavarro Olaya aceptó los cargos en la forma en que fueron convenidos por la Fiscalía Delegada (homicidio culposo agravado, f. 5 del respectivo anexo).

El Juzgado Promiscuo del Circuito de Guaduas en sentencia anticipada de primera instancia, aprobó el acuerdo a que llegaron Fiscal y procesado, condenándolo a la pena principal de 10 meses, 20 días de prisión y multa de tres mil pesos, a la interdicción de derechos y funciones públicas por igual período y al equivalente, en moneda nacional, de un mil (1.000) y quinientos (500) gramos oro por concepto de perjuicios materiales y morales, respectivamente. Este fallo fue impugnado por los apoderados de las partes civiles reconocidas a los menores John Anderson Moreno y Yeimy Ximena Moreno, hijos extramatrimoniales del occiso. Lo confirmó el Tribunal Superior de Cundinamarca, con la aclaración de que el monto fijado por concepto de indemnización de perjuicios debe ser repartido por partes iguales entre los menores, mediante el de fecha abril 14 de 1994 que es objeto del recurso de casación.

Demandas de Casación

La demandante que obra en nombre del menor John Anderson Moreno, representado por su madre Sara Lina González Cristancho, acogiéndose a la causal primera de casación contemplada en el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, solicita casar parcialmente la sentencia impugnada para que en su lugar se condene al acusado a pagar a favor de la parte que representa la suma de $12.820.872.oo, o 1.221 gramos oro

por concepto de perjuicios materiales y 500 gramos oro por razón de perjuicios morales, y se le reduzca a un mes el término de seis meses que le fue concedido para hacer efectivo el valor de dichos perjuicios.

A su turno, el profesional que lidera los intereses de la menor Yeimy Ximena Moreno, representada por su madre Luz Marina Mahecha, aduciendo la causal tercera de casación contemplada en el Código de Procedimiento Penal, pide la nulidad de lo actuado por violación del debido proceso porque considera que hubo error en la adecuación típica de la conducta imputada al procesado Chavarro Olaya al calificarse como homicidio culposo lo que es homicidio intencional o doloso.

Consideraciones de la Corte

Resulta palmar, como fluye del claro texto del artículo 221 del Código de Procedimiento Penal, que cuando el recurso extraordinario de casación verse exclusivamente sobre indemnización de perjuicios decretados en la sentencia condenatoria, el recurrente que no se encuentre satisfecho con dicha regulación, deberá presentar la demanda sujetándose a las causales previstas en el Código de Procedimiento Civil (artículo 368), siempre y cuando que el interés para recurrir sea o exceda el contemplado por la ley ($27.440.000 para la época de interposición de los recursos de casación, conforme a lo dispuesto por el Decreto 522 de 1988, en armonía con el artículo 366 C. de P. C.); debiendo tener presente además, que la sentencia objeto de impugnación haya sido dictada en segunda instancia por un Tribunal Superior, el Tribunal Nacional o el Tribunal Penal Militar, aunque sin consideración al *quantum punitivo* del delito.

De acuerdo con lo anterior, es cierto que la demanda presentada a nombre del menor John Anderson Moreno cumple con algunos de los requisitos señalados, entre los cuales, ir dirigida contra sentencia de segunda instancia proferida por Tribunal Superior y, por controvertir exclusivamente el monto de los perjuicios decretados en ella, aducir la causal primera de casación civil; sin embargo, el interés para recurrir, entendido como «el valor actual de la resolución desfavorable al recurrente» a términos del artículo 366 del Código de Procedimiento Civil, esto es, la parte insatisfecha de la pretensión, resultante de la diferencia entre el valor de los perjuicios reconocidos en la sentencia (1.000 gramos oro por concepto de perjuicios materiales y 500 gramos oro por perjuicios morales, o su equivalente en moneda nacional, que arroja un total que no resulta muy superior a $18'000.000, el cual debe dividirse por partes iguales entre los dos legitimarios), y el valor de los mismos estimado en la demanda de constitución de parte civil ($12'820.872 por concepto total de perjuicios materiales y 500 gramos oro por el total de perjuicios morales), resulta en todo caso muy inferior al límite cuantitativo ya indicado ($27'440.000 en la época de interposición de los recursos extraordinarios, $38'416.000 a partir de enero 1° de 1996).

Además, la recurrente en casación al momento de interponer el recurso nada dijo sobre su propósito de impugnar exclusivamente la condena en perjuicios, pues de haberlo advertido, muy seguramente el Tribunal hubiese rechazado la pretensión en razón de la insuficiente cuantía para recurrir.

Consecuente con lo anterior, la Sala debe anular la actuación, a partir inclusive del auto de fecha mayo 23 de 1994, en cuanto el Tribunal Superior admitió, junto con otro, el recurso de casación interpuesto por la apoderada de la parte civil constituida a nombre del menor John Anderson Moreno, el cual, por insuficiente cuantía para recurrir, debió ser inadmitido, como en efecto se declarará.

Ahora bien, respecto a la demanda de casación presentada en nombre de la menor Yeimy Ximena Moreno, procede igual decisión, aunque no por el motivo indicado, sino por no estar legitimada la parte civil para controvertir la forma o el grado de responsabilidad aceptado por el sindicado durante la audiencia especial llevada a efecto y tenida como fundamento de la sentencia prevista en el artículo 37A del Código de Procedimiento Penal, pues su interés jurídico para recurrir en tales eventos se limita, para el caso, al monto de los perjuicios cuantificados en la sentencia de condena, si resuelve acogerse a ella.

Lo anterior, por cuanto el inciso segundo del numeral 4º del artículo 37B *ibidem*, expresa sobre el particular:

«La sentencia no será oponible a la parte civil, sin embargo, si tal sujeto procesal quiere acogerse a la condena que se haya hecho en perjuicios, está legitimado para apelar en relación con su pretensión. Podrá, igualmente, impugnar los acuerdos que decreten alguna preclusión.»

De manera que si en el evento *sub judice*, el sindicado Hernando Chavarro Olaya, acogiéndose a los beneficios consagrados en los mencionados mecanismos legales, aceptó su responsabilidad en el hecho punible a título de culpa y esa manifestación fue objeto de reconocimiento por parte del Fiscal y el Juez del conocimiento, mal puede la parte civil cuestionar dicho acuerdo dentro del proceso penal, aduciendo la presencia de dolo en el comportamiento del sentenciado.

Este mismo tema fue planteado por el impugnante ante el Tribunal Superior de Cundinamarca y decidido en forma negativa por dicha corporación, con base en parecidos argumentos a los que se ha hecho mención.

En consecuencia, debe anularse toda la actuación surtida, a partir inclusive de la determinación de la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca que concedió los recursos de casación interpuestos en representación de las dos partes civiles. En su lugar se dispone no admitir los mencionados recursos, por las razones expuestas frente a cada caso.

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

RESUELVE

1.- DECLARAR LA NULIDAD de lo actuado en este proceso, a partir inclusive del auto mediante el cual el Tribunal Superior de Cundinamarca concedió los recursos de casación interpuestos por los apoderados de las partes civiles constituidas a nombre de los menores John Anderson Moreno González y Yeimy Ximena Moreno Mahecha.

2.- NO ADMITIR los mencionados recursos, por las razones expuestas acerca de cada uno, en la parte motiva de esta providencia.

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

Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

COLISION DE COMPETENCIA/ FISCAL/ JUEZ

El desplazamiento que el Fiscal General de la Nación haga de uno de sus fiscales delegados para asignarle la instrucción a otro fiscal de distinta sede, no implica modificación de la competencia original que en materia de juzgamiento tiene el Juez Penal del Circuito correspondiente.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santafé de Bogotá, D.C., mayo siete (7) de mil novecientos noventa y seis (1996)

Magistrado Ponente: Dr. *Nilson Pinilla Pinilla*

Proceso No. 10432

Aprobado Acta No.69

Vistos

La Sala resuelve de plano el conflicto negativo de competencias provocado por el Juzgado 4° Penal del Circuito de Sincelejo (Sucre) y el Juzgado Penal del Circuito de Sahagún (Córdoba), que se negó, como aquél, a conocer del juzgamiento del procesado doctor Vicente Carlos Uruela Hoyos, contra quien se había proferido resolución de acusación por el delito de peculado por aplicación oficial diferente, posiblemente cometido en ejercicio de sus funciones de Alcalde popular del municipio de Sahagún.

Hechos

De acuerdo con el relato de los hechos efectuado por algunas de las autoridades que han diligenciado este proceso, se aprecia que en desarrollo de la Ley 3a. de 1991, el Concejo Municipal de Sahagún (Córdoba) expidió el Acuerdo N° 013 de fecha 9 de septiembre de 1992, por medio del cual se creó «El Fondo de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana del Municipio de Sahagún».

Para financiar tal ente, el Concejo Municipal incluyó en el Presupuesto de Ingresos y Gastos del año fiscal 1992, numeral 149, una partida de $ 73'934.000 «para Vivienda Popular-Inurbe».

Denunciaron los ciudadanos Jesús María España Vergara y Alvaro Rainero Aldana Aldana, que el Alcalde Municipal de Sahagún (Córdoba), doctor Vicente Carlos Urueta Hoyos, por medio del Decreto N° 194 de fecha 30 de octubre de 1992, «contracreditó» (decretó traslado de recursos) del rubro «Vivienda Popular Inurbe» por la suma de $ 47'865.000 para atender otros gastos (prima de navidad, honorarios profesionales, supernumerarios, materiales y suministros, etc.), olvidando que el Concejo Municipal, por virtud del citado acuerdo que el propio burgomaestre conocía porque él mismo le impartió la correspondiente sanción, había pasado aquella asignación presupuestal del rubro «Gastos de Funcionamiento», donde antes estaba, al capítulo de «Inversión Forzosa», como lo es el «Fondo de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana».

Actividad Procesal

Por los anteriores hechos, la Fiscalía 27 de Sahagún abrió instrucción penal el 26 de agosto de 1993 y a ella vinculó mediante indagatoria al imputado, entonces Alcalde Municipal de la misma ciudad, doctor Vicente Carlos Urueta Hoyos (fs. 102 y 110 y Ss. Cdno.1), afectándolo con medida de aseguramiento de detención preventiva, pero con derecho a excarcelación, según resolución de fecha 25 de octubre de 1993 (fs. 175 y Ss. ib.).

La Fiscalía General de la Nación, mediante resolución N° 01229 de fecha 11 de noviembre de 1993, reasignó la instrucción a la Dirección Seccional de Fiscalías de Barranquilla y luego, mediante Resolución N° 01741 del 17 de agosto de 1994, pasó las diligencias a la Dirección Seccional de Fiscalías de Sincelejo, ciudad más próxima a Sahagún.

A la Fiscalía 6a. Delegada Subunidad de Delitos contra la Administración Pública de Barranquilla le correspondió proferir, el 13 de mayo de 1994, resolución de acusación contra el sindicado doctor Vicente Carlos Urueta Hoyos, como posible autor del delito de peculado por aplicación oficial diferente.

Apelada en forma subsidiaria la anterior determinación, la Fiscalía 1a. Delegada ante el Tribunal Superior de Sincelejo la confirmó, en providencia de fecha 6 de enero de 1995 (fs. 9 a 14, Cdno. 2ª inst. Fiscalía).

De regreso el proceso a la Fiscalía 14 («Unidad Antiextorsión y Secuestro Simple») de Sincelejo, mediante resolución de fecha 13 de enero de 1995 fue dispuesta su remisión al Juzgado Penal del Circuito (reparto) de la misma ciudad para efectos del juzgamiento (f. 41 cdno. "copia No. 4").

Al Juzgado 4° Penal del Circuito de Sincelejo le correspondió avocar el conocimiento del proceso, según auto fechado el 24 del citado mes (f. 43 ib.). Y el 30 siguiente provocó colisión de competencia negativa al Juez Penal del Circuito de Sahagún (Córdoba) a efecto de que éste asumiera el trámite de este juicio.

Las consideraciones que adujo fueron las siguientes

1. Con base en el artículo 119 del C. de P.P., el Fiscal General de la Nación y sus Delegados tienen competencia para instruir en todo el territorio nacional.

2. De acuerdo con lo anterior, cualquier fiscal del país puede ser designado para el adelantamiento de una investigación penal, sin importar el lugar donde hayan ocurrido los hechos y, por ello, no hay lugar a reparo por el factor territorial en cuanto a la competencia instructiva.

3. No sucede lo mismo cuando el proceso se encuentra en la etapa de juicio, como aquí ocurre, porque éste debe ser adelantado por el juez del territorio donde aconteció el hecho punible, tal como se desprende de lo previsto en el artículo 79 *ibídem*.

4. Como el hecho punible que se le imputa al entonces Alcalde popular de Sahagún (Córdoba), doctor Vicente Carlos Urueta Hoyos, sucedió en la citada localidad, el juzgamiento del mismo, por el factor de competencia territorial, se halla asignado por el «artículo 78» *ibídem* al Juez Penal del Circuito de allí.

Por su parte, el Juzgado único Penal del Circuito de Sahagún expuso:

1. La investigación nació en la Fiscalía 27 de Sahagún.

2. El proceso correspondiente «fue sacado del ámbito territorial de la mentada Fiscalía 27, sin elementos de juicio para ello, pues no medió causal alguna de impedimento, de recusación, de cambio de radicación y ni siquiera orden expresa de desplazamiento de la Fiscal 27 de turno, en los términos que demanda el numeral 2° del artículo 17 Ley 81 de 1993» (sic, f.2 Cdno. Juzgado Sahagún).

3. Se reasignó el proceso, «en la mera instrucción», a la Fiscalía 6a. de Barranquilla y, para efectos de la segunda instancia, a la 1a. Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sincelejo.

4. Si bien es cierto que los hechos investigados tuvieron ocurrencia en Sahagún, también lo es que su juzgamiento no le corresponde, ya que «la acusación pertinente no la efectuó la Fiscalía 27 de este Circuito Judicial, al tenor de lo dispuesto en los artículos 79 y 127 del Código de Procedimiento Penal».

5. Reconoce que la Fiscalía General de la Nación tiene la facultad jurídica de asignar la instrucción a cualquier fiscal delegado del país, conforme al artículo 20.3 del Decreto 2699 de 1991, «pero una cosa es la asignación de una investigación por la del numeral 2 del artículo 17 de la Ley 81 de 1993, que se refiere es al desplazamiento del Fiscal, y otra por la del numeral 4° de ese artículo de esa misma ley, que tiene que ver es con la remisión de dicha actuación, lo que quiere decir, que en este último

caso, en lo que hace alusión a la acusación respectiva, ésta debe formularla de manera exclusiva y privativa la Fiscalía radicada que es la encargada de investigar, calificar y acusar los delitos cuyo juzgamiento por el factor territorial está atribuido en primera instancia a los Jueces para conocer el proceso, es decir ante el Juez competente en el respectivo Circuito según la naturaleza del delito cometido...» (sic, f. 3 ib.).

6. En tal sentido debe entenderse la salvedad consagrada en el artículo 79 C. de P.P., cuando expresa que se debe acusar ante los jueces competentes para conocer del proceso. La significación que le encuentra el Juez disidente a esta norma, radica en que «es de imperativo cumplimiento que la Resolución de Acusación se expida ante el Juez competente del lugar donde se perpetró el hecho punible de parte del Fiscal del Circuito de turno, siempre y cuando no se hubiere operado en forma legal su desplazamiento para seguir conociendo del proceso».

«Como ello no sucedió así, se debió devolver el presente expediente, una vez perfeccionado el sumario a su oficina de origen, o sea, la Fiscalía 27 de este Circuito Judicial para lo de su cargo, por ser el delito denunciado por el factor territorial de conocimiento de este Juzgado en lo que respecta a su juzgamiento, que fue precisa y exactamente lo que no aconteció en el caso de autos..., por haberse despachado la acusación en cuestión, contraviniéndose disposiciones procesales vigentes en todo su esplendor» (sic).

7. Al «no aceptar la competencia negativa provocada», dispuso la remisión del proceso a esta Corte, «para que se dirima la colisión de competencia planteada de conformidad con el numeral 5° del artículo 68 del Código de Procedimiento Penal».

Consideraciones de la Corte

De conformidad con el artículo 20, numeral 3°, del Decreto 2699 de 1991 (Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación), el Fiscal General de la Nación, respecto de aquellas investigaciones que adelanten las distintas unidades de fiscalía y fiscales, tiene la facultad jurídica de «asignarlas a otros fiscales cuando lo estime necesario...».

Por su parte, el artículo 119 del C. de P.P., dispone que el Fiscal General de la Nación y sus delegados tienen competencia en todo el territorio nacional. Es así como " Las unidades de Fiscalía o los fiscales, según el caso, podrán instruir, calificar y acusar por delitos realizados fuera de su sede. En cualquier momento se podrá asignar a otro funcionario de igual categoría la instrucción adelantada por el fiscal o la unidad de fiscalía, mediante resolución motivada".

Al tenor del artículo 120.1 *ibídem*, a la Fiscalía General de la Nación le coresponde " investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores ante los juzgados y tribunales competentes".

El artículo 121 del C. de P. P. (modificado, Ley 81 de 1993, artículo 17) expresa:

«Corresponde al Fiscal General de la Nación:

...

4. Durante la etapa de instrucción, y cuando sea necesario para asegurar la eficiencia de la misma, ordenar la remisión de la actuación adelantada por un fiscal delegado al despacho de cualquier otro, mediante resolución motivada».

De conformidad con lo estatuido en el artículo 72 del C. de P. P. (modificado por la Ley 81 de 1993, artículo 10, numeral 1°, literal b), los Jueces Penales del Circuito conocen «De los procesos penales contra los alcaldes, cuando el hecho punible se haya cometido en ejercicio de sus funciones o por razón de ellas».

El mismo estatuto procedimental penal, en el artículo 78, consagra la «División territorial para efecto del juzgamiento... en regiones, distritos, circuitos y municipios», y en el inciso 5° señala la competencia territorial específica para tales efectos de «Los jueces del circuito en el respectivo circuito».

Y en el artículo 79 expresa que «Las unidades de fiscalía tienen competencia en todo el territorio nacional. Sin embargo, el fiscal general y los fiscales delegados deberán acusar ante los jueces competentes para conocer del proceso» (resalta la Sala).

Una interpretación sistemática de los anteriores textos legales arroja suficiente claridad para concluir que la competencia por razón del factor territorial para el juzgamiento del presente asunto, le corresponde de manera exclusiva e indubitable al Juez Penal del Circuito de Sahagún (Córdoba), lugar donde ocurrieron los hechos objeto de investigación y acusación, tal como lo estimó con buen criterio el Juez 1° Penal del Circuito de Sincelejo.

En efecto, el desplazamiento que el Fiscal General de la Nación haga de uno de sus fiscales delegados para asignarle la instrucción a otro fiscal de distinta sede, no implica modificación de la competencia original que en materia de juzgamiento tiene el Juez Penal del Circuito correspondiente, por cuanto una cosa es la potestad que tiene el Fiscal General para asignarle la instrucción a cualquier fiscal, sin importar el lugar donde ocurrieron los hechos, y otra muy diferente es la competencia por el factor territorial que el legislador le ha señalado a los jueces penales del circuito para adelantar el juzgamiento del procesado, la cual es privativa y sólo modificable en los casos especialmente señalados por la ley, como el cambio de radicación del proceso (artículo 83 C. de P.P.) o algunos casos de impedimento (art. 105 ib).

Aquella facultad que tiene el Fiscal en materia de instrucción es totalmente autónoma e independiente y en nada se antepone a la división territorial para efectos del juzgamiento que contempla el artículo 78 del ordenamiento procesal penal; es por ello que el 79 *ibídem*, luego de reiterar la competencia de las unidades de fiscalía sin sujeción al territorio, hace la salvedad de que, no obstante, el Fiscal General de la Nación y los fiscales delegados deben formular la acusación ante el juez competente para conocer del proceso que, para el caso, no es otro que el Juez Penal del respectivo Circuito donde sucedieron los hechos.

Si así no fuere, le hubiera bastado al legislador señalar en el referido texto procesal que la competencia para el juzgamiento la tendría el Juez del Circuito donde la Fiscalía profirió la resolución de acusación, lo cual, como es obvio, no fue consagrado así y por lo mismo ninguna otra interpretación cabe hacer, más aun cuando el tenor literal de las disposiciones aludidas es claro y preciso al deslindar una y otra etapa del proceso para efectos de la competencia.

Por eso no resulta de recibo la hermenéutica caprichosa que ensaya el señor Juez Penal del Circuito de Sahagún para negarse a asumir el juzgamiento que le corresponde, por haber sido en su territorio donde ocurrieron los hechos.

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

RESUELVE

1.- DIRIMIR la colisión suscitada, determinando que la competencia para conocer de la presente causa corresponde al Juzgado Penal del Circuito de Sahagún (Córdoba).

2.- REMITIR copia de esta providencia al Juez Cuarto Penal de Sincelejo (Sucre), para su información.

Cópiese y cúmplase.

Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CASACION DISCRECIONAL

2.-Cuando se plantee la necesidad de un desarrollo jurisprudencial, que fije con criterio de autoridad el alcance de una norma o tienda a la unificación de doctrinas encontradas sobre el punto, debe indicarse expresamente en el escrito el tema cuyo desarrollo se pide o cuya unificación se pretende y las razones por las cuales debe intervenir la Corte.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santafé de Bogotá, D. C., siete (7) de mayo de mil novecientos noventa y seis (1996).

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

Aprobado acta No. 69

Proceso No. 10455

Decide la Corte la concesión del recurso extraordinario de casación discrecional, interpuesto por el defensor del procesado Humberto Jiménez Suárez con fundamento en el inciso tercero del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, contra la sentencia emitida el 21 de febrero de 1995 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, confirmatoria de la proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de la misma ciudad, en la cual se le condenó por el concurso de delitos de peculado por uso y uso fraudulento de sello oficial a 18 meses de prisión e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término.

Antecedentes

El 25 de octubre de 1991, ante el cajero 9 de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Santa Fe de Bogotá, la señora María de los Angeles Yosa de Rodríguez pagó la factura de cobro del servicio de agua número 25600 por valor de $21.864.oo. Para certificar el pago, el cajero le puso al desprendible el sello de caja y anotó la suma recibida mas no la fecha. Los dineros no ingresaron a la empresa, motivo por el cual a la usuaria se le cobró en el período siguiente el servicio público supuestamente no cancelado, lo que generó el consiguiente reclamo y la respectiva investigación.

Igual aconteció con la factura 17110 que por $ 34.746.oo había cancelado el 30 de octubre de 1991 la señora Olga Yolanda Martínez Rodríguez,

a quien se le suspendió el servicio, sólo que este dinero fue devuelto por el cajero implicado el 15 de noviembre del mismo año.

Por estos hechos, el Director de Tesorería de la Empresa formuló la correspondiente denuncia penal contra el señor Humberto Jiménez Suárez, motivo por el cual fue vinculado a la investigación; en su contra se profirió resolución acusatoria por el concurso de delitos de peculado por uso y uso fraudulento de sello oficial, en razón de los cuales fue condenado en primera instancia por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá mediante sentencia que el Tribunal Superior confirmó en lo sustancial, y que ahora es objeto del recurso extraordinario de casación.

Las Razones del Impugnante

En tiempo, ante el Tribunal de segunda instancia, el defensor elevó su petición en la que sostiene que la Corte debe «unificar y desarrollar la jurisprudencia nacional, en el sentido de que cuando un empleado oficial en ejercicio de sus funciones se apropia de dinero que se le ha confiado por administración o custodia y después lo reintegra parcial o totalmente, comete el delito de Peculado por Apropiación y nó (sic) admite el dispositivo (sic) del Peculado por Uso».

Para fundamentar su petición aduce que al haberse proferido en primera instancia fallo de condena en contra de Humberto Jiménez por el concurso de delitos de uso fraudulento de sello oficial y peculado por uso, presentó recurso de apelación ante el Tribunal, en cuya sustentación explicó cómo «el dinero como medio de pago desaparece al usarse; es un bien físicamente no fungible, PERO (sic) para quien lo utiliza sí lo es, como lo regla el artículo 663, inciso 2 del C. Civil Colombiano. En consecuencia, quien usa el dinero coetáneamente se está apropiando del mismo, por lo que si Jiménez dispuso del dinero y posteriormente, reintegró parte de él, obviamente que nó (sic) se le podía endilgar el delito de Peculado por Uso como equivocadamente se hizo, sino Peculado por Apropiación, pero como la defensa era el único apelante único (sic), el Superior nó (sic) podía agravar la pena y necesariamente tenía que absolver al procesado por errada calificación de los hechos, ello en el hipotético evento de que existiere plena prueba para condenar».

Manifiesta estar de acuerdo con la doctrina que sostiene que para que se pueda hablar de uso sin apropiación de dinero, «debe tratarse de un comportamiento distinto que le quite la calidad de medio de pago en circulación, como lo sería exponerlo o coleccionarlo».

Concluye que de aceptar la Corte su planteamiento, «necesariamente deberá casar el fallo y absolver» a su patrocinado del punible contra la administración pública por el cual resultó condenado (fls. 39 y ss. cno. del Tribunal).

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1.- El recurso de casación discrecional, lo ha señalado esta Sala, requiere del cumplimiento de ciertas exigencias para su concesión, las cuales deben ser satisfechas a cabalidad por el impugnante a riesgo de que resulte inadmitido. Tales requisitos son:

1.1.- Que se dirija contra un fallo de segunda instancia, siempre y cuando respecto del mismo no proceda la casación ordinaria.

1.2.- Que la impugnación se presente dentro del término de ejecutoria, es decir en los quince (15) días siguientes a su última notificación.

1.3.- Que exista legitimación para recurrir, esto es que su interposición provenga del Procurador, su Delegado, o el defensor quienes podrán actuar de manera conjunta, separada o exclusiva, pero siempre en beneficio de los intereses que como sujetos procesales representan y, finalmente,

1.4.- Que el impugnante exponga claramente los motivos que le animan acudir ante la Corte para que ésta pueda examinar la viabilidad de su pedido, pues el pronunciamiento que en ejercicio de su discrecionalidad le compete, ha de estar apoyado en los fines que hacen de recibo el disenso, esto es para «el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales», pero siempre de cara al respectivo proceso.

2.- Cuando se plantee la necesidad de un desarrollo jurisprudencial, que fije con criterio de autoridad el alcance de una norma o tienda a la unificación de doctrinas encontradas sobre el punto, debe indicarse expresamente en el escrito el tema cuyo desarrollo se pide o cuya unificación se pretende y las razones por las cuales debe intervenir la Corte, pues es de entenderse que un pronunciamiento de esta naturaleza, de todas maneras, persigue «la efectividad del derecho material y de las garantías debidas a las personas que intervienen en la actuación penal, la reparación de los agravios inferidos a las partes por la sentencia recurrida, y la unificación de la jurisprudencia nacional» y con ésta, la orientación de la actividad judicial, según lo preceptúa el artículo 219 del Código de Procedimiento Penal.

En esas circunstancias, la excepcionalidad del recurso lo exige, no se trata de buscar la reiteración de tesis suficientemente consolidadas, y por ello conocidas, ni perseguir por esta vía, que una autoridad distinta proceda a terciar en las diferencias que se hayan presentado en el desarrollo del proceso, por cuanto, es necesario insistir en ello, la casación no es un debate de instancia, sino que por su excepcionalidad requiere de precisos planteamientos y el cumplimiento de claros parámetros señalados por la ley y ampliamente desarrollados por la jurisprudencia.

Por ello, cuando la complejidad del asunto lo amerite y la ausencia de un pronunciamiento sobre el tema demanden directrices para la activi-

dad judicial, es cuando se impone el desarrollo de la jurisprudencia por vía de casación discrecional. También cuando existiendo doctrina sobre el particular, ésta resulte contradictoria, ambigua o desactualizada. Pero en todo caso, es el recurrente quien tiene la carga de precisar esos eventos y demostrar la trascendencia del recurso frente al caso particularmente considerado. Suponer lo contrario implicaría reconocer que también a la Corte le compete desentrañar el verdadero sentido de la impugnación, o sentar doctrinas divorciadas de la solución del proceso respectivo, lo que desnaturalizaría tan excepcional instrumento.

Además de demostrar legitimación para ello, el impugnante debe indicar expresamente el interés que le asiste para interponer el recurso. Interés considerado desde el doble aspecto: general, por el servicio que el pronunciamiento que se pide pueda servir para el normal desenvolvimiento de la actividad judicial, y particular, porque debe exponer cómo la doctrina que de la Corte demanda, soluciona adecuadamente el asunto concreto, sin que con ella se agrave la situación de la parte que representa.

Finalmente, si el motivo de discrepancia se funda en el desconocimiento de un derecho fundamental, es imprescindible su nítida identificación como garantía constitucional, así como su concreta violación en el respectivo proceso.

3.- Para el caso sometido a estudio, encuentra la Sala que la única vía de procedencia es la impugnación excepcional por cuanto, si bien la sentencia de segundo grado proviene de Tribunal Superior de Distrito Judicial, los delitos por los cuales se condena a Humberto Jiménez Suárez no alcanzan en su máximo de pena a los seis años de prisión, lo cual impide ejercitar el derecho de recurrir en casación ordinaria el aludido fallo, y, de otra parte, el recurso fue interpuesto en tiempo por el defensor quien, como se anotó, tiene facultad para demandar la intervención de la Corte.

Sin embargo, como la pretensión del recurrente consiste, fundamentalmente, en que a su asistido se le atribuya responsabilidad penal por el delito de peculado por apropiación y no por uso, por el que fue condenado en las instancias ordinarias, resulta evidente su falta de interés en la interposición del recurso cuya concesión demanda, pues, como puede verse, su presentación no estaría orientada a beneficiar los intereses de la parte en cuyo nombre actúa, sino a procurar un mayor compromiso penal, lo cual, por supuesto, es inadmisible.

En efecto, el impugnante no discute la responsabilidad del procesado en la realización de los hechos investigados, sino simplemente la calificación jurídica que de los mismos hicieron los falladores. Luego la solución planteada en manera alguna puede consistir en la absolución del enjuiciado como lo pretende, ni aún invocando necesidades de precisión jurisprudencial. Entonces, como lo perseguido es que se produzca un

fallo por un delito que establece pena mayor que por el que fue condenado, ninguna posibilidad existe de que pueda disponerse la concesión del recurso solicitado, puesto que, de admitirse una propuesta de censura en tales términos, sería para agravar la situación de su prohijado con manifiesta violación al mandato del artículo 227 del Código de Procedimiento Penal.

Esta ausencia de interés para recurrir en casación, razón suficiente para denegar la pretensión del impugnante, no es la única. El escrito impugnatorio, además, no indica clara y nítidamente las razones que ameritarían la admisibilidad del reproche, por cuanto en él planteó conjuntamente la necesidad de «unificar y desarrollar la jurisprudencia nacional», conceptos que de suyo requieren un sustento argumentativo de distinta índole para que el recurso pueda concederse. Mientras el primero, por ser la especie, supone la existencia de pronunciamientos contradictorios u opuestos, el segundo destaca la necesidad de orientación doctrinal que puede consistir en su unificación, actualización o pronunciamiento sobre el tema.

Es así como omitió señalar cuál ha sido la doctrina sentada por esta Corporación respecto de los delitos de peculado por apropiación o peculado por uso; cuáles han sido los diferentes pronunciamientos sobre el punto que, por inconsistentes, ameriten una unificación de criterio; ni cuáles las peculiaridades del tema que indiquen la necesidad de abordar su estudio, lo cual indica, muy a las claras, que el recurrente se quedó en el mero enunciado de su propuesta y no concretó ninguna de las eventualidades que como se anotó pueden presentarse, siendo su obligación hacerlo.

En últimas, el peticionario se limitó a exponer su particular concepción sobre el tema jurídico propuesto, frente al criterio plasmado por los juzgadores de instancia, sin relacionarlo de manera directa con la acertada solución del caso cuya revisión pretende, y sin cumplir las exigencias necesarias para que la Sala pueda emitir alguna clase de pronunciamiento en el asunto que somete a su consideración, lo cual, fatalmente conduce a la inadmisión del recurso.

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

RESUELVE

INADMITIR el recurso extraordinario de casación intentado por el defensor del procesado Humberto Jiménez Suárez, dentro del presente asunto.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda. Carlos Augusto Gálvez Argote, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla. Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

NULIDAD/ DERECHO DE DEFENSA/ DEFENSA TECNICA

En la importante etapa instructiva la acusada se halló en el más completo desamparo frente a la garantía de defensa que le aseguraba la Carta Constitucional, y ello conduce, en cuanto la violación del derecho de defensa no se ofrece subsanable, a la invalidación del rito efectuado a partir, inclusive, de la diligencia de injurada, salvando sí las pruebas recaudadas, las que bajo una efectiva intervención de la defensa, bien se podrán controvertir al reponer lo actuado (artículo 304-3 del Código de Procedimiento Penal).

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casacion Penal - Santafé de Bogotá, D. C., ocho (8) de mayo de mil novecientos noventa y seis (1996).

Magistrado Ponente: Dr. *Juan Manuel Torres Fresneda*

Aprobado Acta N° 70.

Proceso No. 10903

Vistos

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por el defensor de la procesada Gertrudis Hernández de Montoya, en contra del fallo por medio del cual el Tribunal Superior de Medellín impartió confirmación a la sentencia del Juzgado Primero Penal del Circuito de Bello, que la condenó a la pena principal de ocho (8) años de prisión y multa de veinte (20) salarios mínimos mensuales, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, y se abstuvo de imponer la obligación del pago de perjuicios, denegándole el subrogado de la condena de ejecución condicional, una vez que la declaró penalmente responsable de infringir la Ley 30 de 1986, artículos 33-1 y 38-b, que le había imputado en la resolución de acusación.

Hechos y Actuación Procesal

1. A la Cárcel del Distrito Judicial de Medellín «Bellavista», acudió el domingo 24 de julio de 1994 la señora Gertrudis Hernández de Montoya, con el propósito de visitar a su compañero de vida marital Jorge Eliécer

Mejía Castañeda, quién allí se encontraba detenido. Al momento de someterse a la requisa, el Dragoneante de la guardia del penal Jairo Yesid Rojas Suárez informó haber encontrado, oculta en la manga de una chaqueta que se dice portaba la visitante, una sustancia que luego fue identificada como marihuana, con peso neto de 1.090 gramos.

Por estos hechos fue retenida, vinculada y condenada la visitante Gertrudis Hernández de Montoya.

2.- La Unidad Seccional de Fiscalía de Bello dio formalmente comienzo a la instrucción el 25 de julio de 1994, y el miércoles 27 siguiente recepcionó la injurada de la retenida a quien, en vista de que no tuvo abogado para que asumiera su defensa, le asignó «de oficio a la señora Martha Elena Alvarez Luján ...», con quien llevó a cabo dicha diligencia.

Durante la instrucción se recaudó la ratificación del Dragoneante Jairo Yesid Rojas, único presencial de lo ocurrido, se escucharon las voces del Inspector Fabio Jesús Hurtado ante quien fuera conducida la aprehendida y la del sub-oficial de prisiones Reinaldo Martín Barajas, también enterado de oídas, y se oyó el testimonio de la mujer Ercilia Caballero, compañera de fila de la imputada el día de los hechos, y en tal sentido afirmó que Gertrudis ni vestía ni portaba la prenda materia del comiso. También se practicó inspección a la sustancia decomisada tomando muestras para su identificación con destino a Medicina Legal, donde finalmente se confirmó que el producto vegetal correspondía a marihuana.

La situación provisional de la señora Hernández de Montoya se definió imponiéndole medida de aseguramiento de detención preventiva sin derecho a excarcelación como infractora de la Ley 30 de 1986, y en su momento también se denegó su pretensión encaminada a que se le otorgara la libertad provisional o la detención domiciliaria.

Concluida la instrucción mediante auto de octubre 7 de 1994 (al día siguiente de haberle sido designado por fin un defensor de oficio a la imputada), la calificación se profirió el día 28 siguiente mediante resolución de acusación por violación del Estatuto Nacional de Estupefacientes, sin que alguno de los sujetos procesales hubiera hecho alegación de fondo. En dicho auto la Fiscalía sostuvo que no avistaba causal de nulidad que invalidase la actuación, y en la resolutiva consignó que el ya nombrado «Dr. Juan Carlos Arredondo Jaramillo continuará en defensa de la acusada», pero de esa previsión no se notificó siquiera el abogado.

Ante el Juzgado Primero Penal del Circuito de Bello se adelantó el juicio y en el período probatorio apenas si se recibieron dos escritos de la procesada exponiendo su precaria situación y la de sus menores hijos, y acompañando una hoja con firmas de sus vecinos pero sin texto adicional alguno.

La diligencia de audiencia se celebró el 21 de febrero de 1995, y en su curso la procesada insistió en no haber sido la portadora de la sustancia

incautada, y ni siquiera de la chaqueta en que se dice iba oculta; por su parte la Fiscalía solicitó la condena por la infracción prevista en el pliego de cargos, y el defensor oficioso -quien le había hecho en esa diligencia dos preguntas a su representada sobre el desamparo de sus hijos y un supuesto embarazo- por vez primera intervino para afirmar que asumía una «penosa obligación laboral de juzgar la conducta de un ser humano» «cuando ya la etapa investigativa se encontraba agotada y clausurada», criticando la labor instructora del Fiscal y el hecho de que la procesada no hubiese dispuesto de oportunidades probatorias para demostración de su excusa, doliéndose porque el Estado no cuente con recursos suficientes para que la loable institución de la Fiscalía «pueda ahondar en este tipo de investigaciones». Luego añadiría que el proceso evidencia «el estado de insensibilidad en que ha caído nuestra sociedad», pero respecto de la situación de la acusada apenas dijo avizoraba «ni más ni menos la causal de justificación» del estado de necesidad, la que «no ofrece dudas» porque «el bien que pretendía proteger la señora Hernández alimentación, salud y vida para sus menores hijos con el pírrico producto que obtendría a cambio es de mayor entidad que a la postre el bien vulnerado y que jurídicamente protege la ley» (redacción literal del acta). Acto seguido critica la circunstancia agravante deducida, pues a su juicio la incautación no ocurrió dentro del penal, sino «en la requisa que se realiza para ingresar», y sin referencia alguna al material probatorio, ni un análisis sopesado del aducido estado de necesidad, terminó su tránsito por la actuación.

El Juzgado Primero del Circuito dictó sentencia el 2 de marzo de 1995 en los términos que ya quedaron consignados, proveído del cual el defensor no recibió enteramiento, pero que la acusada apeló, debiendo por sus propios medios intentar la sustentación ante el Tribunal, que terminó por confirmar la pena, mediante su decisión objeto ahora del recurso extraordinario de casación.

De la Demanda

Actuando como Defensor Público, el nuevo representante de la sentenciada señora Gertrudis de Montoya, propuso un solo cargo con la aspiración de que se case el fallo impugnado, amparado en el numeral tercero del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, pues a su juicio se dictó sentencia en una causa viciada de nulidad por falta de defensa técnica.

Resalta el recurrente que apenas 74 días después de la retención de su patrocinada se le vino a nombrar un abogado de oficio, sin que se le hubiesen dado oportunamente a conocer sus derechos como capturado, ni se le hubiese designado un profesional para la indagatoria, pese a que doña Gertrudis que no se encontraba en inminente peligro de muerte que autorizara la designación de una persona lega en derecho. Tampoco estu-

vo asistida al momento de resolver sobre su situación provisional, ni al negársele la detención domiciliaria, y tampoco cuando se dio traslado del dictamen pericial. Por consiguiente, no tuvo información profesional para acogerse a las distintas prerrogativas defensivas, ni al beneficio de una sentencia anticipada, o para demostrar siquiera un estado de necesidad.

El derecho de defensa consagrado en el artículo 29 de la Carta fue en consecuencia cercenado, con desconocimiento del debido proceso, del principio de contradicción y la necesidad de colocar a los sujetos procesales en posición dialéctica. La aquí imputada, una mujer semianalfabeta, requería de asistencia profesional desde el momento de la captura, el que «se extiende y expande por todo el proceso penal». Pero en este caso, toda la investigación se realizó a espaldas de la acusada, pues solo un día antes del cierre se le designó oficiosamente un abogado, que, para más, se abstuvo de actuar antes de la diligencia de audiencia, mostrando una absoluta inactividad que no podría calificarse como estrategia defensiva.

Una defensa técnica -prosigue-, hubiera permitido acogerse a las rebajas de una sentencia anticipada, e incidido en la cantidad de las penas de prisión y económica, impuestas, lo que le lleva a recabar en que se case la sentencia para que en su lugar la Sala disponga la nulidad a partir de la indagatoria, y como consecuencia del vencimiento de términos se otorgue a la enjuiciada su libertad provisional.

Concepto del Ministerio Público

Descorrió traslado en el trámite del recurso extraordinario el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, mostrando su adhesión a las pretensiones de la demanda, tras encontrar que la actuación del defensor de oficio no se podía admitir como «defensa técnica», ya que el togado se limitó a asistir a la audiencia en la que «argumentó un estado de necesidad como causal de justificación sin percatarse que no se daban los presupuestos para ésta, ya que fue la misma procesada la que lo desvirtuó», resaltando que apenas fue designado antes del cierre, y no llegó a realizar diligencia o actuación defensiva alguna, pues la que ejecutó en audiencia se limitó a la exhibición de «argumentos que desconocen y contrarían la realidad jurídico procesal existente». Se trató, pues, de una defensa apenas aparente, en la que la absoluta negligencia del abogado denota abandono de sus deberes profesionales, haciendo mérito para ordenar su investigación disciplinaria por parte del Consejo de la Judicatura, propósito en el cual demanda la expedición de las copias pertinentes.

Consideraciones de la Corte

Desde dos puntos de vista ataca el censor el fallo de segunda instancia al recaer sobre un juicio viciado de nulidad por desconocimiento del derecho de defensa, el primero fundado en la ausencia total de asistencia

de la sindicada por un letrado que la hubiera asesorado y representado en la etapa del sumario, y el segundo, porque no obstante la designación tardía de abogado para el momento del cierre instructivo, dicho profesional no desempeñó función alguna en pro de la acusada que de alguna manera le hubiera significado una garantía de favor en el proceso.

1.- No puede menos la Sala que reconocer presentes los presupuestos de hecho sobre los cuales reposa la alegación del impugnante:

1.1.- El desamparo en que se colocó y mantuvo a la sindicada durante toda la etapa instructiva donde operó el recaudo de la prueba y su vinculación formal por injurada es evidente de principio a fin según se anota en precedencia.

Aprehendida en una situación flagrante y colocada a disposición de la Fiscalía Seccional de Bello, no aparece en el expediente constancia alguna en el sentido de que a la capturada se le hubiesen dado a conocer los derechos que por mandato expreso del artículo 377 del Código de Procedimiento Penal, debían imponerse, uno de ellos la posibilidad de comunicarse inmediatamente con un abogado y estar por éste asistido al rendir cualquier versión sobre los hechos.

Citada a indagatoria, en el acta respectiva suscrita el miércoles 27 de julio de 1994 consta que Gertrudis Hernández se le dejó saber que le asistía el derecho de designar un defensor que la representara en esa y todas las diligencias procesales, pero ante su respuesta negativa apenas se le asignó «de oficio a la señora Martha Elena Alvarez Luján» a quien se impuso el contenido del artículo 285 del Código de Procedimiento Penal relacionado con la amonestación previa a todo aquel que presta juramento.

Pero de allí en adelante el desamparo de los recursos técnicos que demandaba su defensa resultó total para la implicada hasta que el día previo al cierre de la investigación en que se optó por designarle de oficio al abogado Juan Carlos Arrodondo, a quien se enteró la clausura del sumario -folios 48 y 49-.

1.2.- La inactividad e indolencia del defensor de oficio en el caso de examen tampoco ofrece duda alguna: Enterado apenas del cierre instructivo, el abogado de oficio omitió la presentación de alegaciones. Jamás se hizo presente para interponer algún recurso o sustentar siquiera el que intentara la acusada contra el fallo adverso, no pidió pruebas, tampoco controvirtió las existentes y dando por toda actuación su ingreso a la diligencia de audiencia, se limitó en ella a dirigirle dos preguntas intrascendentes a la acusada para averiguar si su compañero se hallaba todavía detenido, y la razón por la que había mentido al afirmar que se hallaba en embarazo, pero como ha quedado dicho, no se ocupó por referirse a las pruebas, dejando apenas a la consideración del funcionario dos

afirmaciones: la una, contra la persistente alegación de inocencia de la acusada, que Gerurudis sí había ingresado el estupefaciente, sólo que impuesta por un estado de necesidad que la obligaba así a procurar ingresos para el sustento de sus hijos; la otra, sin el menor análisis demostrativo, que la agravante no se podía tomar en cuenta porque la incautación había ocurrido antes de entrar al centro carcelario.

Pero afirmando que la excusa de su amparada no había logrado apoyarse en el sumario, con lo que desconoce el testimonio de Ercilia Caballero Loaiza que no le vio a la señora de Montoya la chaqueta donde se hallaba el fármaco, dejó evidente el desinterés que lo asistía, pues no se escapa que en la etapa de la causa donde ya estaba a su responsabilidad el despliegue defensivo, no hubo de su parte el más mínimo esfuerzo por completar la prueba recaudada.

2.- Varios han sido ya los pronunciamientos hechos por la Sala a raíz de la consagración prevista en los artículos 29 Constitucional y 1o. del Código de Procedimiento Penal sobre el alcance del derecho de defensa del sindicado «a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento», innovación normativa que frente a la Carta Política anterior significa la expresa extensión de esa garantía a todas las etapas del proceso.

Así, en casación del 6 de junio de 1995 y evocando un fallo del mes inmediatamente anterior (sentencia de mayo 9, Magistrados Ponentes, Doctores Guillermo Duque Ruiz y Carlos E. Mejía Escobar) insistió en que retomando

«... *algunos pronunciamientos hechos por la Corte Constitucional, concretamente los proferidos en acción pública de inconstitucionalidad contra el art 374 del C. Penal Militar (Dto Ley 2550 de 1988) y en revisión de tutela (Sentencia SU 044 de 1995): ... que no pueden los funcionarios desconocer el mandato de la Carta Política actual en tanto establece como derecho fundamental del procesado el de ser asistido por un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento (art 29).*

«*Pasar por alto dicho mandato encarna un vicio que se erige como causal de nulidad, pues así lo dispone de manera taxativa el numeral 3 del art. 304 del C.P.P., hasta el punto que del principio de protección expresamente exceptúa la ley la falta de defensa técnica (308.3).*

«*Así, en la primera de las decisiones citadas expresó la Corte Constitucional:*

«*...el derecho a la defensa técnica como una modalidad específica del debido proceso penal constitucional se aplicará en todo caso que exista sindicado de un delito, ya que, además, aquélla es una regulación expresa y categórica de carácter normativo y de rango superior en la que se establecen las principales reglas de carácter constitucional que en todo caso deben*

regir la materia del proceso penal; de manera que todas las disposiciones que sean objeto de regulación contraria deben ceder al vigor superior de la constitución.»

«Y en la segunda de tales sentencias, la de tutela contra un Inspector Distrital de Policía, adujo:

«La finalidad protectora de los derechos del sindicado que persiguen las garantías previstas en el art. 29 de la C.P., que configuran el mínimo de requisitos y condiciones que deben observarse en las actuaciones procesales para asegurar la vigencia del debido proceso, como son la presunción de inocencia, el derecho a la defensa y a la asistencia de abogado durante la investigación y el juzgamiento, el derecho a un proceso público sin dilaciones injustificadas, el derecho a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra, a impugnar la sentencia condenatoria y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho, exigen necesariamente que dentro del respectivo proceso el sindicado se encuentre representado por un defensor idóneo, esto es, de una persona con suficientes conocimientos de derecho que esté habilitada para afrontar con una adecuada solvencia jurídica las vicisitudes que de ordinario se presentan en el proceso, de manera que pueda asegurarle una defensa técnica y la oportuna y eficaz protección de sus derechos fundamentales. Ello naturalmente supone que la actuación del defensor no sólo debe ser diligente sino eficaz, lo cual sólo puede garantizarse o ser el resultado de su propia formación profesional, pues de ésta depende su habilidad para utilizar con propiedad los medios e instrumentos de defensa que el estatuto procesal respectivo ha instituido en la búsqueda de una decisión ajustada al derecho y a la justicia.»

«Es evidente, entonces, que la constitucionalización del derecho a la defensa técnica para la etapa del sumario está llamada a producir efectos concretos sobre los procesos tramitados en vigencia de la nueva Carta y, como secuela de ellos, su ausencia vicia el procedimiento en materia grave hasta el punto de generar uno de los motivos de nulidad recogidos por el numeral 3 del art. 304 del C.P.P.

«Ahora bien, la Sala Penal de la Corte en la sentencia que se mencionó atrás, buscó interpretar de manera contextual algunas de las precisiones hechas por el Juez de Constitucionalidad pues advirtió que en el último de los fallos aludidos «se apartó un poco de su rigor inicial y admitió que ... en casos excepcionales, cuando no puede contarse con abogado titulado, sí puede habilitar defensores que reúnan al menos las condiciones de egresados, o estudiantes de derecho pertenecientes a consultorios jurídicos, pues de esta forma se consigue el objetivo de que dichos defensores sean personas con cierta formación jurídica». Además resultaba obvio que una parte de los supuestos de hecho de estas decisiones, principalmente los relativos al lugar o sede del juzgamiento, a la existencia de Facultades de Derecho o de oficinas Seccionales o Regionales de la Defensoría Pública

y a la presencia permanente de abogados titulados que puedan asumir defensas de oficio, no eran idénticos a aquellos que se presentan en una gran mayoría de municipios de Colombia y en una gran cantidad de procesos penales. En este sentido, entonces, señaló:

«Así, pues, y mientras no se diere decisión de carácter general y obligatorio en torno a la norma que exceptiona la defensa técnica desde la indagatoria (art.148 inciso 1o. del C.P.P.) será por lo menos admisible que en casos de captura en flagrancia o vencimiento inminente de los términos judiciales en lugar donde no concurren de manera permanente abogados habilitados para la defensa del procesado, se entregue su asistencia en la fase inicial de la investigación a ciudadanos honorables y con razonable grado de instrucción que al menos permita la garantía de su derechos básicos a la defensa material y a la controversia, así como la imparcialidad y objetividad , y siempre que los funcionarios judiciales acudan, para la continuación del trámite, a proveerlas mediante los mecanismos de ley de una defensa letrada durante el resto de las pesquisas»

«Se agregó allí qué ocasiones podrían verse enfrentados ese derecho fundamental del acusado y el deber de administrar justicia, o aquel, frente al derecho que se recibe indagatoria frente al brevísimo término de ley, y que en tales eventos era necesario el hallazgo de alguna fórmula interpretativa intermedia que conciliase la declaración seca del art. 29 de la Carta con otras que siendo de la misma laya consagran principios y valores que podían verse rezagados si no se atendía a las singularidades y particularidades de cada caso.

«La formulación de la jurisprudencia está inevitablemente ligada a la resolución de casos concretos es por eso que sus formulaciones generalmente no pueden cobijar todas las posibilidades de aplicación a todos los sentidos probables de interpretación. Esa característica es la que genera que a medida que se van resolviendo los asuntos que vayan marcando pautas y precisiones que pudieron no ser consideradas en otras antecedentes, por la misma razón por la cual siempre la norma jurídica de Derecho Positivo prevé a priori todas las hipótesis de regulación que la vida ofrece, así tenga vocación totalizadora.

«Entonces lo que la Corte realiza, en casos como el resuelto el 9 de Mayo del año en curso y ahora en esta decisión, es enfrentar su obligación de abrir caminos hermenéuticos respecto de disposiciones que entrañan dificultades imprevisibles para su aplicación, puesto que nada beneficioso obtendría la justicia si sembrara de interrogantes su función jurisprudencial. No por ello, considera, se desconoce el juicio de Constitucionalidad; al contrario, se utiliza como criterio rector que permite un margen de aplicación y entendimiento para resolver asuntos puntuales, como éste que se enfrenta ahora.»

Para el caso presente es ostensible que la instrucción en su integridad se dio en vigencia de la actual Carta Política, lo que imponía a la Fiscalía el cumplimiento exacto del artículo 29 superior -reproducido en el primero del Código de Procedimiento Penal-, habilitando desde un comienzo los medios para que la señora Hernández de Montoya contara efectivamente con la asistencia de un abogado, y que de tal obligación se hizo caso omiso.

Y cierto es que para aquellas fechas, no se había declarado aún inexequible el artículo 355 del Código de Procedimiento Penal (fallo C-049/96 de febrero 8 último), por lo que aun podía recurrirse en casos excepcionales a la designación de una persona no abogada para que asistiera al procesado en su indagatoria, bajo las condiciones excepcionales que resaltó la Sala en decisión mayoritaria que se cita. Pero lo que de allí no puede admitirse es que en el Municipio de Bello, por su especial proximidad a la ciudad de Medellín no se pudiera acudir a la asistencia que le correspondía prestar a la defensoría pública -artículo 141 del Código de Procedimiento Penal- o en su defecto a un abogado de oficio, y mucho menos que superada la diligencia de indagatoria -si era tal la urgencia para su recibo-, no se cumpliera con la designación de un profesional, porque con esa omisión se privó a la acusada en la importante etapa instructiva de la imprescindible asistencia y asesoría del letrado para brindarle orientación y consejo, para complementar y controvertir la prueba, para ejercitar el derecho de impugnación y en general para conocer y acudir a las distintas opciones defensivas que hubieran implicado un tratamiento de favor, sin descartar en ellas, como lo aduce el casacionista, las perspectivas de una sentencia anticipada, pues no en vano ha sostenido también esta Sala de la Corte que «la idoneidad y el consejo profesionales que supone dicha asistencia constituyen presupuestos para el ejercicio de la mayor parte de actuaciones que encarnan el derecho a ser oído y a contradecir, a pedir y a discutir sobre los hechos y sobre el derecho aplicable» (cfr. fallo citado de junio 6 de 1995).

Lo cierto es, y aquí esa situación se ha puesto en evidencia, que en la importante etapa instructiva la acusada se halló en el más completo desamparo frente a la garantía de defensa que le aseguraba la Carta Constitucional, y ello conduce, en cuanto la violación del derecho de defensa no se ofrece subsanable, a la invalidación del rito efectuado a partir, inclusive, de la diligencia de injurada, salvando sí las pruebas recaudadas, las que bajo una efectiva intervención de la defensa, bien se podrán controvertir al reponer lo actuado (artículo 304-3 del Código de Procedimiento Penal).

3.- Vista desde la perspectiva del desamparo en la instrucción la prosperidad de la demanda, parecería contingente referir a la actuación encomendada al defensor de oficio.

No obstante, siendo de tal manera trascendente la inoperancia del nombramiento recaído en el doctor Juan Carlos Arredondo J. cuya conducta profesional demanda la Procuraduría se entre a investigar disciplinariamente, no puede menos la Sala que entrar a resaltarla, pues, como queda dicho, ninguna gestión se le vio ejercitar en pro de los intereses encomendados antes ni después de la diligencia de audiencia, que, para colmo, sólo sirvió para que el abogado contradijera sin mayor esfuerzo la persistente alegación de inocencia que venía intentando su representada.

Verdad es, como ha tenido ocasión de precisarlo con reiteración la Sala, que no procede valorar la actividad profesional del abogado frente a la eficacia del ejercicio defensivo desde el punto de mira de los resultados, pues habrá intervenciones escrupulosas y esmeradas que no le sea posible acoger en derecho al fallador, como otras en que prospere el interés representado pese a la exigua labor de quien lo asiste.

Por eso se ha sostenido con razón que la inactividad del defensor en una parte de la actuación no puede ser criterio que por sí solo conduzca a la declaratoria de la nulidad

"... salvo que se demuestre la vulneración de los derechos fundamentales o las garantías constitucionales en concreto. El concepto del derecho de defensa no se puede construir, como lo hace el recurrente en la abstracta anticipación del resultado absolutorio del juicio, sino que se desenvuelve en función de las posibilidades reales de contradicción de los cargos y ello depende, en buena parte, de la información que sobre el asunto pueda suministrar el procesado (sea reo presente o ausente), o de un estratégico silencio que impida la deducción de situaciones agravatorias de su posición jurídica, o de atenerse a que sea el Estado el que cumpla plena y cabalmente con la carga de probar el hecho y la responsabilidad. En fin, son demasiadas las alternativas compatibles con la garantía de la defensa idónea, sin que siempre, detrás de la apariencia de inactividad, deba predicarse la carencia de contradictorio." (casación de marzo 26 de 1996 Magistrado Ponente Dr. Carlos Mejía Escobar).

Sólo que la situación expuesta en el caso sub examen lejos está de conducir a conclusiones por resultado, cuando el análisis de la conducta asumida indica la total ausencia de un amparo sujeto a los conocimientos jurídicos sin los cuales no se podría esperar una defensa eficaz, porque sumado a la omisión de una solicitud de pruebas, de la interposición de recursos o solicitud alguna en pro de la acusada, la pobre intervención en la diligencia de audiencia no solamente se vio de espaldas a las explicaciones dadas por la implicada, sino también a las pruebas, desconociendo tanto que sí obraba apoyo testimonial para la excusa de doña Gertrudis, como que ella misma había desvirtuado el sugerido estado de necesidad, según lo recordó el Tribunal inadmitiendo la justificante con solo repetir

su dicho, dentro del cual afirmó: «Yo trabajaba y creo que con lo que tenía subsistía y él también trabajaba, el hacía peluches allá yo le llevaba el material y él trabajaba y me ayudaba, yo creo que estoy bien, mis hijos son los que están sufriendo...».

Tiénese, pues, un motivo adicional y suficiente para corroborar la invalidación pedida, la que se hará efectiva, como ya se dijo, a partir, inclusive de la vinculación formal de la acusada, como también para acoger la solicitud del Procurador Primero Delegado, en cuanto a la expedición de copias encaminadas a la investigación del comportamiento ético del defensor de oficio doctor Juan Carlos Arredondo J., las que estarán a cargo del Tribunal Superior del Distrito Judicial -Sala Penal- de Medellín y con destino al Consejo Seccional de la Judicatura de Antioquia.

4.- La decisión principal de nulidad que ha sido anunciada repercutirá sobre la situación jurídica de la enjuiciada Gertrudis Hernández de Montoya, dado que al afectar la invalidación la propia diligencia de injurada y por lo mismo la decisión que definió su situación jurídica, tendrá que decretarse su libertad incondicional, supeditada apenas a la eventualidad de que en su contra opere orden de retención por cuenta de otra autoridad y proceso.

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

Primero: CASAR la sentencia impugnada por el defensor de la acusada Gertrudis Hernández de Montoya, decretando como consecuencia, la nulidad de lo actuado a partir, inclusive, de la diligencia de indagatoria, dejando a salvo la prueba recaudada.

Regrese la actuación a la Fiscalía Seccional de Bello a fin de que reponga lo pertinente, con arreglo a derecho y a las previsiones contenidas en esta providencia.

Segundo: DECRETAR la libertad inmediata e incondicional de la procesada Gertrudis Hernández de Montoya, librando la pertinente orden a las autoridades respectivas, previniendo de su posible requerimiento por otra autoridad y proceso, y

Tercero: DISPONER la expedición de las copias a que se refiere la parte considerativa, para averiguación disciplinaria de la conducta del abogado doctor Juan Carlos Arredondo J.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla. Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar. Secretaria.

DELITO POLITICO

La circunstancia de haber pertenecido a una agrupación de las llamadas Milicias Populares no significa que todo acto criminal que comete el afiliado debe ser considerado como objetivo de la organización, pues bien es sabido que dentro de estas bandas hay miembros cuya actividad habitual es prestar sus servicios como sicarios, y actuar en distintas actividades criminales.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santafé de Bogotá, D.C., mayo ocho (8) de mil novecientos noventa y seis (1996).

Magistrado Ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel*

Aprobado Acta No. 70

Proceso No.11379

Vistos

Resuelve la Corte la impugnación interpuesta por el apoderado suplente del procesado Luis Emilio Dávila Isaza contra la decisión del 25 de abril de 1995, por medio de la cual el Tribunal Nacional negó el beneficio solicitado con fundamento en la Ley 104 de 1993.

Antecedentes

a. Luis Emilio Dávila Isaza fue vinculado al proceso como coautor de homicidio agravado y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, por haber dado muerte a José Alejandro Parejo Quiroz y Aristides Roldán Moreno el 24 de abril de 1993 en la ciudad de Medellín.

b. El apoderado especial solicitó ante el Ministerio de Justicia y del Derecho los beneficios jurídicos contemplados en la Ley 104 de 1993, aduciendo que su procurado era integrante del movimiento subversivo «Milicias Populares de Medellín», de conformidad con la lista entregada por el Gobierno Nacional para tal efecto.

c. El Tribunal Nacional conoció de la petición y la denegó, por considerar que las «Milicias Populares» o grupos de justicia privada no son

beneficiarios de la ley, porque no se consideran propiamente subversivos como las organizaciones guerrilleras.

Argumenta también que la ley exceptúa de los beneficios cuando se procede por delitos cuya pena mínima excede de los 8 años de prisión, y en este caso los delitos de homicidio superan esa pena.

Finalmente sostiene que dadas las circunstancias de agravación en que se cometieron los homicidios no se pueden considerar esos comportamientos como propios del combate.

La Impugnación

El apoderado del procesado sostiene que contrario al criterio del Tribunal Nacional, las Milicias Populares sí son consideradas como organización de carácter político. Según él, el hecho de que el Gobierno Nacional haya suscrito acuerdos de reinserción a la vida civil permite que sus integrantes sean merecedores de los beneficios de ley 104 de 1993.

Agrega que para la época en que sucedieron los hechos, la organización de la cual hacía parte el procesado se encontraba en la clandestinidad y las condiciones de seguridad demandaban mayor atención, por lo cual se explica la ausencia de móviles en los delitos investigados.

Sostiene que dado el abandono de las zonas deprimidas de las ciudades por parte del Estado, sus habitantes se vieron obligados a organizar la defensa frente a las bandas criminales, y una forma de confrontación era propiciar golpes selectivos que deben ser considerados como propios del combate.

Consideraciones de la Corte

1°. La ley 104 de 1993 denomina al Título I° «Instrumentos para la Busqueda de la Convivencia» y en el artículo 9o. dice lo siguiente:

«Tratándose de personas vinculadas a grupos subversivos de justicia privada o denominados «milicias populares rurales o urbana», será necesario el abandono voluntario de la organización y la entrega a las autoridades y podrán tener derecho a los beneficios señalados en los artículos 369-A y 369-B del C.P.P., siempre y cuando se cumpla con los requisitos y criterios allí previstos.»

El parágrafo segundo del artículo citado prevé que no se aplican estos beneficios cuando se trate del delito de secuestro, delitos atroces, ni a homicidios cometidos fuera de combate o aprovechándose del estado de indefensión de las víctimas, ni en general a delitos cuya pena mínima legal exceda de 8 años de prisión.

2o.- De otra parte, en el Título III consagra las «Causales de Extinción de la Acción y de la Pena en Casos de Delitos Políticos», y en el artículo 48 dice:

«El Gobierno Nacional podrá conceder, en cada caso particular, el beneficio de indulto a los nacionales Colombianos que hubieren sido condenados mediante sentencia ejecutoriada, por hechos constitutivos de los delitos políticos de rebelión, sedición, asonada, conspiración y los conexos con estos, cuando a su criterio el grupo guerrillero del cual forma parte el solicitante haya demostrado su voluntad de reincorporarse a la vida civil».

De este beneficio se exceptúan los delitos atroces, genocidios, homicidios cometidos fuera de combate o con sevicia o colocando a la víctima en estado de indefensión, secuestro o actos de ferocidad o barbarie.

3° En el caso sub exámine es evidente que los beneficios previstos para los casos de delitos políticos no tienen ninguna posibilidad de aplicación, pues lo acreditado con la lista aportada es que el acusado perteneció a Milicias Populares de Medellín, ni tampoco los delitos por los cuales se encuentra condenado en segunda instancia pueden ser considerados como políticos.

4° En cuanto a los beneficios de los artículos 369 y 369 B del Código de Procedimiento Penal, como instrumento para la búsqueda de la convivencia, tampoco le son aplicables, pues los dos homicidios fueron cometidos aprovechándose del estado de indefensión de las víctimas fuera de combate, y tienen una pena mínima que excede de ocho (8) años de prisión.

Es oportuno recordar que las pruebas aportadas al proceso ponen de manifiesto que los jóvenes Alejandro Pareja Quiroz y Aristides Roldán Moreno fueron atacados con armas de fuego de defensa personal en la mañana del 24 de abril de 1.993, cuando caminaban desprevenidamente en la zona céntrica de Medellín, por cuatro sujetos, de los cuales dos fueron identificados, uno de ellos menos de edad y Luis Emilio Dávila Isaza.

Se trató de un crimen cometido por delincuentes despiadados que esperaron a sus víctimas en el lugar que estimaron apropiado, y aprovechándose de su distracción e indefensión arremetieron contra ellas hasta privarlas de la vida, de modo que resulta absurdo que el defensor pretenda enmarcar ese acto cobarde como una acción defensiva de una comunidad desamparada, o como una operación propia de una organización político militar.

La circunstancia de haber pertenecido a una agrupación de las llamadas Milicias Populares, que en el caso concreto ni siquiera se pudo establecer cuál era, no significa que todo acto criminal que cometa el afiliado deba ser considerado como objetivo de la organización, pues bien es sabido que dentro de estas bandas hay miembros cuya actividad habi-

tual es prestar sus servicios como sicarios, y actuar en distintas actividades criminales.

Por las razones anotadas se confirmará la decisión apelada.

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

RESUELVE

CONFIRMAR la providencia del 25 de abril de 1995, por medio de la cual el Tribunal Nacional negó la aplicación de los beneficios consagrados en la Ley 104 de 1993, en favor de Luis Emilio Dávila Isaza, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, comuníquese y devuélvase al Tribunal Nacional.

Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Carlos A. Gálnez Argote, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

ACCESO CARNAL VIOLENTO/ LESIONES PERSONALES-
Perturbación Psíquica

En relación con las lestones de naturaleza corporal de que la víctima del acceso pueda ser objeto, tradictonalmente se ha considerado que tanto las causadas por la simple conjunción sexual (perforación del himen, desgarramtentos perineales), como las normales inherentes a la violencia física aplicada para vencer su reststencta (equimosts. rasguños, laceraciones), quedan comprendidas por el tipo penal que pune la violación, pero que los daños que desbordan estos límites, deben ser motivo de sanción adictonal, bien como delito atiónomo, o como simple circunstancias de agravación.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santafé de Bogo tá, D. C., ocho (8) de mayo de mil novecientos noventa y seis (1996).

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

Aprobado acta No.70

Proceso No. 9401

Conoce la Sala del recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de 14 de diciembre de 1993, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva condenó al procesado Javier Fernando Sánchez Quintero a la pena privativa de la libertad de 38 meses de prisión, al hallarlo responsable de los delitos de acceso carnal violento y lesiones personales, este último en la modalidad de culposo.

ANTECEDENTES

El domingo 20 de diciembre de 1992, Maritza Isabel Ulloa Ramírez, de 24 años de edad, aceptó salir en las horas de la noche con Javier Fernando Sánchez Quintero, a quien había conocido el miércoles anterior. Inicialmente se dirigieron al sitio denominado "La Gaitana" y luego al establecimiento "La Catleya", en donde departieron hasta cerca de la media noche, cuando Maritza Isabel, disgustada por la propuesta que su acompañante le hiciera de tener relaciones íntimas, le pidió que la llevara a su casa. Al aproximarse a la residencia, Javier Fernando aseguró las puertas y vidrios del automóvil Renault 21 que conducía y emprendió

veloz marcha hasta llegar cerca del Colegio Claretiano, donde intentó desvestirla, pero como pasaban carros, tomó la carretera que de Neiva conduce al Municipio de Palermo, y en un lugar solitario, dentro del mismo vehículo, la accedió carnalmente bajo amenazas de muerte. Totalmente desnuda, Maritza Isabel logró escapar del victimario y llegar hasta la carretera, en donde fue auxiliada por un vehículo que transitaba por el lugar y que resultó ser de la policía, cuyos ocupantes iniciaron la persecución del Renault, con resultados negativos. No obstante, se dio la voz de alerta y minutos mas tarde se logró la captura de Javier Fernando, en las proximidades del aeropuerto de Neiva, en donde estrelló el vehículo.

Examinada la víctima en el Instituto de Medicina Legal, Regional Sur Oriente de Neiva, se advirtió sangrado por desgarros recientes del himen hacia las 5 y 9 según las manecillas del reloj. No se detectaron signos visibles de violencia física sobre la superficie corporal. Se le encontró ansiosa, con llanto fácil, álgida, pálida y con temor por su vida (fls.17).

En examen definitivo para determinar secuelas de tipo psicológico en la víctima, el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses dictaminó perturbación psíquica de carácter permanente, producto de los actos sexuales a que fue sometida (fls.139 y ss).

La Fiscalía Segunda de la Unidad Especializada con sede en Neiva abrió proceso, escuchó en declaración indagatoria al capturado, resolvió su situación jurídica mediante detención preventiva y calificó el mérito del sumario, con resolución de acusación por los delitos de acceso carnal violento, lesiones personales consistentes en perturbación psíquica y secuestro simple (fls.100 a 106).

Celebrada la audiencia pública, el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Neiva profirió sentencia de 22 de octubre de 1998, por medio de la cual condenó a Sánchez Quintero a la pena principal privativa de la libertad de 38 meses de prisión, como autor responsable de los delitos de acceso carnal violento y lesiones personales, en los términos de la resolución de acusación, con la aclaración de que las últimas, consistentes en perturbación psíquica de carácter permanente, concurrían a título de culpa. En relación con el punible de secuestro simple, profirió decisión absolutoria (fls.167 a 183).

Apelado por el defensor del procesado este fallo, el Tribunal Superior de Neiva lo confirmó íntegralmente, a través del que ahora es objeto del recurso de casación (fls.31 del cuaderno del Tribunal).

La demanda

Apoyado en la causal primera, cuerpo primero del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, el actor acusa la sentencia impugnada de quebrantar directamente la ley sustancial, por aplicación indebida del

artículo 26 del Código Penal, al hacer concursar el delito de lesiones personales con el de acceso carnal violento.

En orden a su fundamentación, el recurrente inicialmente se refiere a la violencia como elemento inherente del tipo penal que describe el acceso carnal, para afirmar que su presencia es inevitable y que no por presentarse traumatismos en la víctima, la conducta del agente puede enmarcarse en otro hecho punible (fl.51).

Después de transcribir doctrina nacional y extranjera sobre este elemento estructurante del tipo, sostiene que, de acuerdo con ella, las lesiones personales que se produzcan de manera "normal" o "natural", en aras de obtener el acto sexual, son de la esencia del punible de acceso carnal violento. Pero que si la violencia ejercida supera la necesaria para lograr el favor sexual, como cuando se acude la rotura de un brazo o una pierna, sería viable la sanción por la conducta contra la integridad personal, supuesto que no es el que se presenta respecto de su cliente, toda vez que las secuelas físicas del acto fueron mínimas y las psicológicas que se dictaminaron suelen ser las normales en este tipo de casos (fl.54).

Obsérvese que de acuerdo con el dicho de la ofendida, su resistencia habría sido sometida mediante presión psicológica, en cuanto refiere que hubo amenazas contra su vida e integridad personal, actos intimidantes éstos que determinaron las secuelas psicológicas que reportan los autos. Sin embargo, dichos actos fueron los idóneos para el sometimiento carnal de la víctima. Y la doctrina en general "deja ver cómo al delito que nos interesa se integran aquellos actos que pudiendo corresponder naturalísticamente a otra infracción penal, se tienen como integrantes de éste, en cuanto que la circunstancia modal del delito referido es la violencia y es sabido que el ejercicio de esa violencia reporta y debe reportar en la mayoría de los casos tanto secuelas físicas como secuelas psicológicas" (fl.54).

Recoge las opiniones de un autor mexicano en el sentido de que los delitos sexuales son peculiarmente victimizantes, ya que dejan serias secuelas psicológicas y sociales, producen importantes cambios de personalidad, de conducta de vida, y provocan una notable sobrevictimización (fl.51).

Consecuente con sus planteamientos, solicita a la Corte casar parcialmente el fallo impugnado y absolver a su representado por el punible de lesiones personales.

Alegato Apreciatorio

Dentro del término de traslado a los no recurrentes, la Procuradora 138 Judicial Penal de Neiva presentó alegato en apoyo del fallo impugnado, argumentando que el concurso de hechos es jurídicamente predicable,

puesto que el procesado con su conducta lesionó dos bienes jurídicos, amén de que por la forma como ejecutó el acceso se encontraba en posibilidad de prever las alteraciones que podía ocasionarle a la desdichada joven, razón por la cual se le aplicó la figura de la culpa (fls.64 a 68).

CONCEPTO DE LA DELEGADA

Para el Procurador Segundo Delegado la violación de la ley sustancial denunciada por el casacionista no se presenta, pues considera que los delitos por los cuales se dictó la sentencia de condena contra Javier Fernando Sánchez Quintero, tuvieron real ocurrencia en los términos como son asumidos por el fallo. Solicita a la Corte, por tanto, mantenerlo en su integridad, con fundamento en las siguientes argumentaciones:

La perturbación síquica permanente dictaminada por el Instituto de Medicina Legal no puede considerarse subsumida como parte de la violencia física y moral desplegada por el procesado, dado que dichas lesiones no provienen de la referida coacción, sino de los estragos en la salud mental surgidos en la mujer como consecuencia del acometimiento contra su libertad sexual.

Su tipificación tampoco depende del acceso carnal, puesto que no corresponde a la naturaleza humana que la conjunción de los órganos sexuales apareje síntomas de desmejoría grave en la salud psíquica, como la diagnosticada y comprobada en la víctima.

Por el contrario, la referida perturbación psíquica, además de configurar un resultado diverso al acceso carnal violento, constituye vulneración al bien jurídico de la integridad personal, que permite tenerlo como un delito autónomo e independiente de la violación.

El acto de constreñimiento que llevó a cabo el procesado desbordó la violencia física y moral requeridas para doblegar la voluntad de la víctima, y le ocasionó daños superiores a los necesarios, al punto que le alteró gravemente su psiquis impidiéndole un desenvolvimiento adecuado en los planos personal y social.

Su conducta, revela, de otro lado, que en desarrollo de su finalidad sexual violenta podía prever efectos nocivos en la psiquis de la mujer, "atendidos su oposición y sus ruegos para que obtuviera el acometimiento, que le permitía advertir signos de alteración mental en ella, de modo que con su actuar no solamente alcanzaría el inicial fin propuesto sino que también podía producir el efecto concomitante (daño mental) previsible, cuyos contornos y alcances fueron determinados luego por la psicóloga forense, resultando válida la doble adecuación típica para el comportamiento del procesado, pues con nitidez aparece la lesión de diferentes bienes jurídicos ejecutada en concurso de ilícitos" (fl.56 y 57).

La aseveración del casacionista "de que el daño psíquico de la víctima hace parte del elemento violencia propio del acceso carnal y que por tanto queda absorvido (sic) en él, conduciría a concluir que siempre que se obtenga la conjunción carnal violentando a la víctima, ésta debe sufrir grave alteración psíquica, lo cual no cabe inferir ni de la ley ni la lógica y, en cambio, sirve para otorgar razón a uno de los doctrinantes citados en el libelo (Ure), quien expone que 'para violar a la mujer no es necesario lesionarla; si la fuerza empleada para el acceso ha sido ejercida con una intensidad causante de lesiones, ese plus en el medio empleado fue producto de otro evento criminoso; y las lesiones jurídicas (sic) se presentan material y jurídicamente separables no obstante su simulación" (fl.51 a 58).

Considraciones de la Sala

A pesar de que la demanda adolece de algunas inconsistencias de orden técnico, como la no inclusión dentro de las normas sustanciales indebidamente aplicadas del tipo penal de lesiones, y el cuestionamiento que a la postre el casacionista hace de las conclusiones obtenidas por los falladores del dictamen médico legal, con lo cual la censura pareciera desviarse hacia una violación indirecta, es lo cierto que el tema planteado es muy concreto y que de su desarrollo refulge con nitidez el alcance del cargo.

Se trata de resolver, entonces, si el acceso carnal violento seguido de perturbación psíquica en la víctima, puede llegar a estructurar delito de violación en concurso con lesiones personales, o si esta modalidad de daño en la salud mental se subsume en el tipo penal que describe el acceso, por ser consecuencia natural de este hecho punible.

En relación con las lesiones de naturaleza corporal de que la víctima del acceso pueda ser objeto, tradicionalmente se ha considerado que tanto las causadas por la simple conjunción sexual (perforación del himen, desgarramientos perineales), como las normales inherentes a la violencia física aplicada para vencer su resistencia (equimosis, rasguños, laceraciones), quedan comprendidas por el tipo penal que pune la violación, pero que los daños que desbordan estos límites, deben ser motivo de sanción adicional, bien como delito autónomo, o como simple circunstancias de agravación.

En nuestra legislación, este es y ha sido el criterio imperante. El Código Penal de 1936, en su artículo 318, proveía como circunstancia de mayor punibilidad del referido delito, la muerte o el grave daño en la salud de la víctima, disposición que mereció a nivel de la doctrina y la jurisprudencia las más variadas interpretaciones. Para algunos, esta agravante sólo era aplicable si el segundo resultado no había sido querido por el agente, porque si lo había buscado, debía penarse como delito concurren-

te. Para otros, la norma comprendía los resultados deseados y los indeseados, pero si las lesiones intencionalmente causadas no tenían la connotación de graves, ni hacían parte de los actos propios de la unión sexual, debían imputarse como delito autónomo, sobre la base de la clasificación de las lesiones en graves, leves y levísimas (Cas. feb. 7/64, Tomo CVI, pag.266). También se acudió al criterio punitivo, de acuerdo con el cual la aplicación de la agravante o del concurso de hacía depender de la mayor benignidad de la pena.

En fin, fueron muchas y muy disímiles las tesis que se esbozaron sobre el particular, pero siempre en el entendido de que los daños en la salud ajenos al acceso carnal violento, intencionales o no, debían penarse, bien por la vía de la agravante, ora por la vía del concurso de hechos punibles.

La Comisión Redactora del Anteproyecto del Código Penal de 1974, al estudiar la conveniencia de la agravante contenida en el artículo 318 del estatuto de 1936, resolvió proponer, en su lugar, una forma preterintencional, en la idea de que cuando de parte del sujeto activo del delito no existiera la intención de herir o matar, se aplicara esta norma, pero que en caso contrario, se acudiera al concurso. De paso, se eliminó la expresión "grave" que calificaba el daño en la salud, en virtud de la diversidad de criterios surgidos en torno a su alcance. El texto aprobado fue el siguiente: "Forma preterintencional. Si no existiendo intención de matar o herir, los actos ejecutados sobre la víctima le ocasionaren la muerte o lesiones que produzcan incapacidad mayor de 15 días, la pena imponible se aumentará de la mitad hasta otro tanto" (acta No.75).

En el Anteproyecto de 1978, se retornó la forma agravada, adoptándose una redacción muy similar a la del artículo 318, que se pretendía derogar. La norma propuesta, decía: "Artículo 436. Circunstancia de agravación punitiva. Si a causa de la realización de alguna de las conductas descritas en este capítulo (se refiere a los delitos contra la libertad y el pudor sexuales), sobreviniere la muerte de la víctima o se le ocasionare lesión personal distinta de la prevista en el inciso primero del artículo 475 o se presentare el aborto o un parto prematuro que tenga consecuencias nocivas para la salud de la agredida o de la criatura, la pena respectiva se aumentará de una tercera parte a la mitad".

Esta fórmula, fue desechada en el proyecto definitivo del Código Penal vigente, cuya Comisión Redactora resolvió dejar en libertad al Juez para que en los casos de violencia sexual con resultado de muerte o lesiones, aplique, si fuere necesario, las normas sobre concurso de hechos punibles (Proyecto de 1979, acta No. 30).

No, entonces, por haber desaparecido el texto del artículo 318 del Código de 1936, puede pensarse que las conductas concurrentes con el acceso carnal violento, consistentes en atentados a la vida o la salud, dejaron

de ser incriminables. Simplemente se varió su forma agravada de punición por la del concurso, cuando a juicio del funcionario judicial éste se presente, por resultar mucho mas técnica y menos llamada a controversias.

Los criterios a tener en cuenta para determinar cuáles actos lesivos de la salud física son integrantes de concurso junto con el hecho atentatorio de la libertad y el pudor sexuales, siguen siendo los mismos de antiguo reconocidos por la doctrina y la jurisprudencia, de manera que solamente pueden tenerse como propios del acceso carnal violento, los connaturales de la unión sexual, como el rompimiento del himen o los desgarros menores, y los inherentes a la violencia material necesaria, desde una perspectiva de observador objetivo, para sojuzgar la voluntad de la agredida.

Si los daños en la salud trascienden estos límites, ya no serán consubstanciales del ilícito de violación, sino que concurrirán como especie delictiva autónoma, en la medida que sean imputables al victimario a título de dolo o culpa, pues en relación con el delito de lesiones personales no es predicable la preterintención como forma de culpabilidad, según el punto de vista del criterio adoptado por el derecho colombiano del numerus clausus, para esta forma de imputación subjetiva.

Este es el tratamiento que de manera general se le ha dado a las lesiones personales, fundamentalmente a las de índole corporal causadas con ocasión del acceso, manejo que por igual es el que cabe aplicar en tratándose de cualquier otro tipo de daño en la salud, como son los de carácter psicológico, pues también en este campo habrá resultados que serán consecuencia natural de la violación y otros que, por su severidad, no tendrán esa connotación.

Serán concurrentes, si la víctima sufre alteraciones de la personalidad, de carácter permanente o transitorio, con compromiso en el desarrollo de una vida normal de relación. No lo serán, si la perturbación psíquica, a pesar de su persistencia, no ha incidido de manera notoria en su conducta de vida, entendiendo por tal todas las facetas de actividad del sujeto, pues, en dicho evento, habrá de estimarse que este daño en la salud, por su menor entidad, es consecuencia propia del acceso violento. Necio sería, en un medio como el nuestro, donde el valor de lo sexual, en hombres y mujeres, posee tanta trascendencia social, desconocer que los delitos sexuales ejecutados bajo la modalidad de violencia dejan generalmente en la víctima traumatismos de orden sicológico difíciles, cuando no imposibles de superar.

Como es obvio, al igual que en los demás casos de grave daño en la salud, la perturbación psíquica con implicaciones severas en el sujeto pasivo, sólo será punible si el agente actuó con culpabilidad, esto es, si quiso el resultado, o lo aceptó como probable, o si objetivamente era previsible atendidas las condiciones personales de la agredida y las circuns-

tancias en que el hecho se comete. En los dos primeros eventos, el compromiso penal será a título de dolo; en el último, a título de culpa.

En el presente caso, el Instituto de Medicina Legal, al examinar por segunda vez a la víctima, dictaminó perturbación síquica de carácter permanente derivada de los actos sexuales a que fue sometida, en virtud de las severas y persistentes alteraciones de su personalidad advertidas a través de las pruebas científicas practicadas, reveladoras de ansiedad, conflicto, cambio emocional, inestabilidad, abatimiento, fluctuaciones en los niveles de actividad, sentimientos neutros o negativos y pulsiones inhibidas, que más que síntomas reflejan muy claros cambios de comportamiento, como lo evidencia el propio dictamen, al diagnosticar, actitud ansiosa, aprensiva, labilidad afectiva, agresividad en aumento, retraimiento social, deterioro de las relaciones familiares y baja capacidad de adaptación laboral (fls.139 y ss).

Este cuadro psíquico, de naturaleza permanente, determinante de sustanciales cambios en la vida personal, familiar, laboral y social de la víctima, con tendencia al deterioro -tómese en cuenta la narración del interés que tenía por su empleo y cómo después del hecho, una vez obtiene uno, lo pierde por falta de adaptación-, no puede ser considerado, de acuerdo con lo ya dicho, una consecuencia connatural o normal del acceso violento, como lo sostiene el demandante, sobre todo si se tiene en cuenta que el dictamen es claro al señalar que, en este caso, el daño o perturbación psíquica fue causado por la intensidad del ataque con que se logra causar miedo e intimidar psíquicamente a la ofendida y su receptividad (fl.143).

Esta aclaración complementaria del dictamen, confirma que las consecuencias de orden psíquico no son de igual naturaleza en todos los casos, y que su severidad dependerá, en buena parte, de la virulencia del ataque y las condiciones personales de la accedida, como debe ser teniendo en cuenta los rasgos de la individualidad del ser humano; siendo entonces perfectamente previsible la causación del daño, según el grado de indolencia, insensibilidad o brutalidad aplicado por el sujeto agente para someter a su víctima.

Dicha condición de previsibilidad del resultado dañoso, fue correctamente deducida en la sentencia del Tribunal para afirmar la responsabilidad de Javier Fernando Sánchez Quintero por el delito de lesiones personales a título de culpa, atendidas las condiciones personales de la ofendida, que alcanzó a conocer perfectamente el procesado, y las especiales circunstancias de la comisión del hecho, que revelan un alto grado de insensibilidad en este último y su inocultable intención de arrasar a su víctima psicológicamente, de provocar en ella los mayores niveles de pánico despiadado, al punto de hacerle creer que, con o sin acceso, de todas maneras la mataría. Esto, obviamente, desde el punto de vista de la es-

tructura de personalidad y la trayectoria de vida intrapsíquica, no es soportado por cualquier persona, menos por una doncella, como la aquí, desgraciadamente, víctima.

Razón tiene la Delegada, al sostener, en relación con este aspecto y la previsibilidad del resultado, que la capacidad de asimilación y de reacción ante los estímulos depende del conjunto de experiencias, vivencias, ideales, en fin, del complejo de elementos vivificantes de la personalidad, que alterados por medios no queridos pueden generar trastornos en la psiquis de la persona, premisa en la que se apoya para afirmar que la mutación de valores trascendentes del individuo, lograda contra su voluntad, no puede ser extraña a quien la realiza, en cuanto que siendo consciente de su no aquiescencia, lo es de contera de que si actúa violentamente contra otro ser humano, la psiquis de éste repulsa el estímulo y que su renuencia puede alterarlo mentalmente. Todo, para concluir que, en el caso sub judice, la naturaleza del hecho y la condición del sujeto pasivo, así como el altísimo valor dado por ésta a la sexualidad, permitían prever, dentro del marco de la violencia física y moral que acompañaron el atropello, "la conmoción y el trauma psíquico y emocional en la ofendida, como lo afirmó el Tribunal" (fl.57 cuaderno de la Corte).

Acertada fue, por tanto, la aplicación para el caso de la norma sustancial que define el concurso de hechos punibles, cuya violación denuncia el casacionista.

Se desestima la censura.

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.

Devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase

Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Wanda Fernández León, Conjuez, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DELITO COMPLEJO/ FALSEDAD IDEOLOGICA EN DOCUMENTO PUBLICO/ PREVARICATO/ CONSUNCION/ CONEXIDAD IDEOLOGICA

La falsedad y el prevaricato no se manifiestan en un solo conjunto; no tienen idéntico nexo causal, y no constituyen por consideración de la ley un solo delito.

De manera que para que exista delito complejo se requiere de una descripción típica, que contenga como elementos constitutivos, o como circunstancias agravantes, hechos que considerados de manera independiente están previstas como punibles en otras normas, y basta mirar los tipos imputados (artículos 219 y 149 del C.P.), para advertir que no hay la mas mínima posibilidad de que uno contenga al otro.

La falsedad ideológica cometida en documento público existe independientemente de su uso, y de que con ella se quisiera disfrazar la expedición de una resolución manifiestamente contraria a la ley.

El concurso aparente se presenta cuando una conducta se adecua simultáneamente a tipos penales diversos y excluyentes, de manera que para no violar el non bis in idem el juzgador debe escoger el que resulte aplicable.

El principio de la consunción es aplicable cuando entre los dos punibles existe una relación de menos o más, o de imperfección a perfección, como ocurre en los llamados delitos progresivos, no cuando existe una simple conexidad

Y a propósito, el hecho de que entre dos delitos se presente una relación de medio a fin no significa que uno absorbe al otro, pues si fuera así no existiría la conexidad ideológica.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santafé de Bogotá, D.C., mayo ocho (8) de mil novecientos noventa y seis 1996.

Magistrado Ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel*

Aprobado Acta No. 70

Proceso No. 10800

Vistos

Decide la Corte el recurso de apelación interpuesto por la defensora del procesado William Fernando León Moncalcano, ex-fiscal Décimo de este Distrito Judicial, contra la sentencia condenatoria proferida por el Tribunal Superior de Santa Fé de Bogotá, por los delitos de falsedad y prevaricato.

Hechos

El 20 de abril de 1992, Carlos Alberto Montoya Gómez, quien se desempeñaba como asistente judicial de la Fiscalía Décima del Circuito desde el 16 de julio de 1985, solicitó licencia por 60 días remunerable y no remunerada ante su superior jerárquico, doctor William Fernando León Moncaleano, en razón a las continuas propuestas homosexuales que éste le formulaba, y al constante asedio en la oficina, en donde trataba de cogerlo y de tocarlo, invitándolo además a sitios extraños.

El Fiscal negó la licencia, y en su lugar, como represalia expidió la Resolución No. 001 del 23 de abril de 1992, mediante la cual destituyó al empleado utilizando un procedimiento abreviado especial que no podía aplicar, y sin pedirle explicaciones. El acto administrativo lo motivó en la ausencia del asistente a trabajar, para lo cual se basó en actas falsas que elaboró el 22 de abril haciendo constar las supuestas inasistencias, a la vez que dispuso oficiar a las diferentes autoridades, entre ellas a la Fiscalía General de la Nación, para que se le investigara por cobrar salarios sin haber trabajado, y por un presunto enriquecimiento ilícito.

Actuación Procesal

1. Luego de practicadas algunas pruebas, la Unidad de Fiscalía ante los Tribunales Superiores de Santafé de Bogotá y Cundinamarca abrió investigación el 30 de marzo de 1993.

2. El acriminado afirmó en la indagatoria que profirió la resolución de destitución porque su auxiliar a partir de enero de 1992 empezó a faltar a la oficina, y además porque se presentó una mujer que protagonizó un escándalo acusando al empleado del hurto de unas joyas, por lo que él tuvo que intervenir para hacer respetar el despacho. Aplicó el procedimiento extraordinario del artículo 46 del Decreto 1888 de 1989, porque este es aplicable a todos los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional, y por mandato del artículo 142 de la Constitución anterior, también a los funcionarios de la Procuraduría por tener la misma categoría.

Interrogado sobre la razón por la cual nunca hizo un llamado de atención por escrito a su empleado, y el problema de las ausencias al trabajo sólo se vino a conocer cuando profirió la resolución de destitución, contestó:

«...*Debo aclarar como lo dije con anterioridad que esas irregularidades del señor Montoya se comenzaron en enero de ese año, y era la primera vez y ocurre también que uno cuando ha trabajado con una persona por varios años, lo ve como un compañero como alguien leal, se van forjando ese tipo de relaciones y no utiliza la vía del oficio porque de una parte pensé de pronto me rompe original y copia y ahí quedan las cosas, entonces como el libro de actas y posesiones es todo el historial del empleado, allí en forma manuscrita va el nombramiento y el acta de posesiones así es el historial, los permisos y todo, entonces opté para que quedara en el mismo libro esa constancia porque es la hoja de vida del empleado, esos libros se llevaban así, y constituían el historial de todo*».

Y sobre el motivo por el cual no le comunicó al afectado por escrito los cargos dijo:

«*En primer término no utilicé ese medio del oficio, porque el procedimiento extraordinario no exige una forma específica con el imputado y, como las relaciones con este empleado no estaban bien, precisamente porque había ese escándalo, verbalmente sí le dije, necesito que me de explicación sobre las constancias que estaban ya en el libro de actas y fue cuando me contestó en forma tan vulgar que no quería: entonces por eso procedí a dejar esas constancias en ese sentido; no procedí a llamar otro asistente porque me daba pena; por esos antecedentes de ese escándalo, entonces no lo consideré conveniente, dejar las constancias en ese sentido...*»

Acepta que existían lazos de amistad personal y familiar con su empleado, y que se cruzaban algunas tarjetas en días especiales, como cumpleaños, navidad o el día del amor y la amistad, varias de las cuales se allegaron al expediente.

3. El 26 de noviembre de 1993 se resolvió la situación jurídica del vinculado, y se le impuso medida de aseguramiento de conminación por el delito de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto. Esta providencia fue modificada el 23 de mayo de 1994, ordenando la detención preventiva por los delitos de prevaricato por acción y falsedad ideológica en documento Público.

4. El 12 de septiembre de 1994 se acusó formalmente al Dr. William Fernando León Moncaleano, como autor responsable del concurso heterogéneo y simultáneo de falsedad ideológica en documento Público agravada por el uso, y prevaricato por acción, resolución que fue apelada por el defensor y confirmada por el *ad quem*.

Sentencia de Primera Instancia

Consideró el Tribunal que las conductas de falsedad y prevaricato ejecutadas por el Dr. León Moncaleano en su calidad de Fiscal 10 del Circuito, son típicas, antijurídicas y culpables. Respecto de la falsedad

documental se atentó contra la autenticidad y veracidad de los medios probatorios al crear unas actas donde consignó hechos contrarios a la verdad, -documentos que gozaban de la presunción de autenticidad-, con el único fin de sustentar el acto mediante el cual destituyó a su asistente, frente al que el procesado tuvo pleno conocimiento de su ilegalidad e injusticia y a cuya comisión estaba acostumbrado.

Precisó el fallador de instancia que de acuerdo a las pruebas se demostró que el inculpado y el empleado destituído sostuvieron por muchos años relaciones de amistad íntima, cuya ruptura impulsó al enjuiciado a la comisión de los ilícitos contra la fé pública y la administración de justicia.

Respecto de la última de las conductas anotó el a-quo que el encausado además de mutar la verdad en la totalidad de los documentos que componían el expediente, en la tramitación de la acción disciplinaria desconoció conscientemente el procedimiento, dejó constancias de requerimientos que nunca realizó, privó al empleado de la oportunidad de defenderse, redactó una resolución cuya emisión, motivación e interpretación torcida del marco legal que fue su fundamento y la forma inmediata de ejecutar la sanción permiten colegir que el funcionario se apartó consciente y deliberadamente de la observancia de la ley, actuó con evidente mala fe, animado por el capricho y con la consciencia de la lesividad de sus actuaciones contra la fé pública y la administración de justicia, e inferir sin asomo de duda que obró dolosamente.

Con los anteriores planteamientos condenó al doctor William Fernando León Moncaleano a la pena principal de cuarenta y ocho (48) meses de prisión e interdicción de derechos y funciones públicas por un tiempo igual, como autor responsable de los delitos de falsedad y prevaricato.

La Impugnación

I. El Procesado

Sus planteamientos son los siguientes:

1. Se considere la posibilidad de decretar una nulidad de orden constitucional por violación de los artículos 15, 16 y 21, porque las pruebas y el análisis que se hizo de ellas se basaron en su vida privada, lo que atenta contra el debido proceso.

2. Que se tengan en cuenta las declaraciones de Luisa Aguilera de López, Marina Martín, Stella Jiménez de Méndez y Rafael Murillo, para que analizadas en conjunto con las explicaciones que dió, se proceda a revocar el fallo condenatorio, pues no obró con dolo, y sólo buscaba con su actuar que su asistente no siguiera abusando y creando el desorden en la oficina.

3. Si la Corte considera que está probada la materialidad de los ilícitos, solicita que se atenúe el rigorismo de la falsedad tipificándola como falsedad para obtener prueba de hecho verdadero, consagrada en el artículo 228 del Código Penal, modificando en ese sentido el fallo.

I. La Defensa

Solicita que la Corte modifique el fallo en el sentido de reducir la pena impuesta, lo cual apoya en los siguientes argumentos:

1. La conducta desplegada por el ex-fiscal integra lo que los tratadistas y la jurisprudencia han denominado un concurso aparente de tipos, porque la creación y el uso del proceso disciplinario fue el medio comisivo para la estructuración del delito de prevaricato, y existiendo una relación de medio a fin, lo lógico es que el atentado contra la fé pública se subsuma en el segundo, es decir en el punible contra la administración pública.

«El delito complejo no es una suma sino una síntesis que, como dijera la Corte desde 1978 al estar conformado por la Unidad del Motivo Determinante, elimina las hipótesis del concurso de delitos, pues se está en presencia de una pluralidad de infracciones, pero sin autonomía jurídica. El castigo, necesariamente debe ser mas benigno.

La falsedad consumada por el doctor León Moncalcano y el prevaricato cometido son en realidad dos conductas naturalísticamente distintas, pero integran un delito complejo. De ahí que resulta excesivo hablar de una supuesta criminalidad concursal. No hay duplicidad de modelos penales. La falsedad no tuvo virtud delimitoria dentro del iter criminalis. Con proceso disciplinario o sin él, el atentado contra la administración pública habría podido tener cabal cumplimiento...»

2. Subsidiariamente solicita que se aplique el artículo 228 del Decreto 100 de 1980, porque si la falsedad se llegó a cometer fue para acreditar un hecho verdadero, ya que la prueba recaudada en el proceso demuestra sin lugar a dudas que el auxiliar no asistía a la oficina, y la mala conducta y el incumplimiento de los deberes como funcionario, luego lo obvio es que la conducta del ex fiscal se adecue a lo prescrito en dicha norma. Por consiguiente, en el evento de que sea aceptada esta tesis, pide que la pena sea reducida en la justa proporción.

Consideraciones de la Sala

1. La nulidad que plantea el procesado se apoya en la posibilidad de que se hubieren desconocido garantías consagradas en los artículos 15, 16 y 21 de la Constitución Política, que en su orden se refieren al derecho a la intimidad personal y familiar, al libre desarrollo de la personalidad y al derecho a la honra, porque los razonamientos sobre las pruebas se basaron en su vida privada, lo cual atenta contra el debido proceso.

En el planteamiento del recurrente se ve que su inconformidad apunta a que en la apreciación de las pruebas pudieron incidir pasajes de su vida privada, queja que realmente no conduce a violación del debido proceso, como él lo afirma, sino a cuestionar el sustento probatorio del fallo.

Sin embargo, en el presente asunto es muy claro que para evaluar las pruebas resultaba importante tener en cuenta las circunstancias que rodearon los hechos, entre ellas la atinente a la relación homosexual surgida entre denunciante y denunciado, de manera que no es que el Tribunal se haya inmiscuido en la vida privada del implicado, sino que él involucró sus problemas sentimentales y sus preferencias sexuales en una decisión que tomó como fiscal, contrariando de manera manifiesta la ley.

Los elementos de juicio allegados al proceso confirman la aseveración del denunciante, en el sentido de que la resolución de destitución y la falsificación de las actas se produjo como una reacción emocional de su jefe contra él, debido a un desacuerdo en materia de requerimientos amorosos, luego la discreción que no tuvo el acriminado para mezclar sus problemas sentimentales con el trabajo, pretende exigirla de sus juzgadores para la apreciación de las pruebas, en irrazonable aspiración que implicaría mutilar la base fáctica de la actuación.

En consecuencia, la petición de nulidad carece por completo de fundamento.

2. El recurrente solicita que se aprecien en conjunto unas declaraciones rendidas dentro del proceso, pero no concreta cuál es su inconformidad respecto a la apreciación que de ellas hizo el Tribunal, limitándose a sostener que obró sin dolo y lo que buscaba era que su asistente no siguiera abusando y creando desorden.

Sobre la intención con que actuó el acusado dijo el Tribunal:

«Es ostensible que León Moncaleano se apartó de la ley para destituir a Montoya porque falsificó todo el expediente, no le dió oportunidad de defenderse, hizo constar en las actas que lo había requerido (siendo ello inexacto) y, en últimas, privándolo de la oportunidad de interponer recursos le hizo efectiva la sanción en forma inmediata.

«No se trató de una simple equivocación (como lo alega el acusado y su distinguida defensora) al interpretar las disposiciones legales aplicables.

«La forma como está redactada la resolución, los criterios allí expuestos, las mismas circunstancias en que se produjo (violentando el debido proceso y el derecho de defensa), son puntos que indiscutiblemente reflejan como León Moncaleano distorsionó la ley dándole alcances que solamente eran posibles en persona interesada en causar daño a Montoya (a toda costa) acudiendo a torcidas interpretaciones.

«Lo anterior comporta afirmar que no solamente fue contraria a la ley la mencionada resolución (que destituyó a Montoya) sino que se infiere de todo lo actuado la ausencia de error por parte de Leon Moncaleano quien, por el contrario, traicionó su conciencia a sabiendas de que procedía contra derecho. No desconocía Leon Moncaleano que su decisión era ilegal. De donde se advierte su incorrección moral.

La consideración es correcta, el proceso no deja la más mínima duda de que el ex-fiscal realizó la conducta delictiva de manera conciente y voluntaria, con ánimo retaliatorio contra su empleado, a quien durante mucho tiempo le toleró sus faltas al trabajo, su incumplimiento, pero cuando surgieron diferencias entre los dos, quiso aprovecharse de las faltas que le había consentido para justificar su despido, solo que como en su momento no hizo las anotaciones y requerimientos que estaba obligado a hacer, resolvió falsificar unas actas para apoyar en ellas la resolución.

Las declaraciones que menciona confirman la tolerancia del funcionario respecto a la irresponsabilidad del empleado, pero de ninguna manera puede derivarse de esas versiones ausencia de dolo, todo lo contrario, como existía una razón, nada le reprochaba, cuando ella desapareció, resolvió sancionarlo sin importarle que obraba ilegalmente.

La secuencia cumplida con la conducta delictiva es un hecho plenamente acreditado, del cual emerge ostensible el dolo. Cometió un delito (falsedad), para tratar de darle fundamento probatorio a otro (el prevaricato), operación que denota perfecto conocimiento y voluntad de violar la ley.

3. La defensa considera que se está en presencia de un delito complejo, porque el medio comisivo para la estructuración del prevaricato fue el atentado contra la fé pública, existiendo una relación de medio a fin, por lo que se presenta un concurso aparente de tipos, que debe desatarse a través de los criterios de la especialidad, subsidiariedad y consunción, para evitar que se viole el principio del « *Non Bis in Idem* ».

La primera razón por la cual hay que descartar en este caso la existencia de un delito complejo, es precisamente por lo que señala RANIERI en la definición que cita la defensora en la sustentación, pues es evidente que la falsedad y el prevaricato no se manifiestan en un solo conjunto, no tienen idéntico nexo causal, y no constituyen por consideración de la ley un solo delito.

De manera que para que exista delito complejo se requiere de una descripción típica, que contenga como elementos constitutivos, o como circunstancias agravantes, hechos que considerados de manera independiente están previstos como punibles en otras normas, y basta mirar los tipos imputados (artículos 219 y 149 del C.P.), para advertir que no hay la más mínima posibilidad de que uno contenga al otro.

En segundo lugar, La falsedad ideológica cometida en documento público existe independientemente de su uso, y de que con ella se quisiera disfrazar la expedición de una resolución manifiestamente contraria a la ley, o dicho de otra manera, para la comisión del prevaricato no se necesitaba la falsificación de las actas, y si a la creación de éstas no hubiera seguido la expedición de la resolución, igual se había dado el atentado contra la fe pública.

Si el concurso aparente se presenta cuando una conducta se adecua simultáneamente a tipos penales diversos y excluyentes, de manera que para no violar el non bis in idem el juzgador debe escoger el que resulte aplicable, no se ve cómo puede predicarse esta figura de dos conductas, y además naturalística y jurídicamente tan diferentes, como lo son consignar en un documento público una falsedad, y de otro lado, proferir una resolución manifiestamente ilegal.

Pero si concurso aparente es inadmisible, la vía sugerida para solucionarlo lo es menos, pues el principio de la consunción es aplicable cuando entre los dos punibles existe una relación de menos a más, o de imperfección a perfección, como ocurre en los llamados delitos progresivos, no cuando existe una simple conexidad.

Y a propósito, el hecho de que entre dos delitos se presente una relación de medio a fin no significa que uno absorbe al otro, pues si fuera así no existiría la conexidad ideológica. El vínculo entre las actas falsas y la resolución ilegal lo da el haber pretendido que las primeras revistieran de legalidad la segunda, pero como ya se dijo, cada punible tiene su propia individualidad, y afectan distintos bienes jurídicos, de suerte que podían ser imputados simultáneamente y a título de concurso, como efectivamente se hizo, sin que por ello se pueda decir que se sancionó dos veces por lo mismo.

4. La petición del procesado y su defensora para que se considere la lesión al interés de la fe pública como falsedad para obtener prueba de hecho verdadero, tampoco es de recibo por una razón elemental consignada con precisión en la sentencia recurrida. Dice:

«La inspección judicial (folio 549) arroja certeza en relación con la falsedad de las actas. Al propio tiempo, corrobora y confirma los asertos del quejoso Montoya en el sentido de que fueron creadas el mismo día en que se produjo la resolución prevaricadora. Se constató que los registros de entrada y salida de los procesos se hacía en dos tiempos: uno para la entrada y otro para la salida, en tintas diferentes. No se observaron renglones en blanco, siendo imposible colocar anotaciones retroactivas. De ahí surge incuestionablemente que León Moncaleano faltó a la verdad en las actas 1a. (enero 17) y 5a. (abril 17) en cuanto sostuvo que Carlos Alberto Montoya Gómez no se hizo presente los días 13, 14, 15, 16 y 17 de enero, y 1o. y 17 de abril. Era imposible radicar procesos con fechas anteriores.

Para algunas de esas fechas existen anotaciones efectuadas por Montoya en los libros, con orden consecutivo, situación esta que descubre sin dudas las falsedad ideológica en las actas. Súmase a esto que Montoya aparece firmando una constancia de reparto (acta 085 de enero 17) dejada por el Fiscal Noveno (anexo 2, folios 42 y 43). Fuerza es inferir que las actas fueron elaboradas en un mismo día, es decir, en la fecha en que se produjo la prevaricadora resolución destituyendo a Montoya. En consecuencia, las aserciones del quejoso Carlos Alberto Montoya Gómez (transcritas en lo esencial en esta sentencia) en cuanto a la falsificación documental y el prevaricato, aparecen documental, circunstancial y testimonialmente robustecidas».

Es de anotar, que la única referencia del procesado en la sustentación del recurso al anterior análisis probatorio, se limita a decir que cuando su empleado se presentaba a trabajar «debía radicar con fechas diferentes», hipótesis perfectamente descartada en la inspección judicial, de modo que la observación carece por completo de sustento.

La defensora no objeta la prueba, su inconformidad la apoya en que le parece que si está aceptado que el empleado faltaba algunas veces a trabajar, eso significa que lo consignado en las actas es verdadero. Esta conclusión, como todo sofisma, tiene una apariencia de verdad, pero una gran diferencia hay entre admitir que Montoya se ausentaba algunas veces de su trabajo, y afirmar en unas actas que faltó en determinados días, cuando está probado que en esas fechas estuvo trabajando.

Calificar la conducta como falsedad para obtener prueba de hecho verdadero, sería desconocer la realidad probatoria, y admitir erróneamente, que cuando una persona falta a su trabajo la constancia sobre ese hecho puede referirse a cualquier día, aún a aquellos en que no faltó.

La sentencia recurrida corresponde a lo investigado y probado, de manera que se desatenderán las pretensiones de los recurrentes y se le impartirá confirmación. Como la medida de aseguramiento se ha venido cumpliendo en detención domiciliaria, se oficiará al INPEC para que proceda a trasladar al condenado al sitio de reclusión que le corresponda, teniendo en cuenta el artículo 403 del Código de Procedimiento Penal.

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

RESUELVE

Primero: NEGAR la nulidad impetrada por el procesado.

Segundo: CONFIRMAR íntegramente la sentencia impugnada.

Devuélvase al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Carlos E. Mejía Escobar, Carlos Augusto Gálvez Argote, Dídimo Páez Velandia, Wilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

FRAUDE PROCESAL

La tesis de que lo sucedido dentro de un contrato, solo interesa al derecho civil y a las partes contratantes, y no al derecho penal, no ha tenido arraigo en nuestro medio, porque lo menos que se le puede exigir a las partes intervinientes en una negociación mercantil es que procedan de buena fe. Una conducta fraudulenta no solo vulnera el derecho de la parte afectada, sino que perturba el orden jurídico al lesionar valores cuya defensa interesa al Estado, que los ha previsto en la órbita de acción propia del derecho penal.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santafé de Bogotá D.C., mayo ocho (8) de mil novecientos noventa y seis (1996)

Magistrado Ponente: Dr. *Nilson Pinilla Pinilla*

Aprobado Acta No.70

Proceso No. 9403

Vistos

El 16 de diciembre de 1993, el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá condenó a Guillermo Castiblanco Gutiérrez y al abogado Efraín Caro Torres a la pena principal de 21 y 26 meses de prisión, respectivamente, como coautores de los delitos de fraude procesal y estafa, en grado de tentativa; decisión recurrida en casación por el defensor del segundo de los nombrados.

Hechos

El 6 de junio de 1986, Guillermo Castiblanco Gutiérrez dio en mutuo con intereses a Jose Arquimedes Cañón la suma de cinco millones de pesos, exigiendo como garantía un cheque y una letra de cambio, por el mismo valor, aquél girado por Cañón a favor de Jorge Enrique Gómez Montealegre y por este endosado, y la letra de cambio firmada por ellos y la esposa de Cañón.

Vencido el plazo sin haberse cancelado la obligación; el prestamista le exigió a Cañón el giro de un nuevo cheque por cinco millones de pesos, sin devolverle los anteriores títulos valores.

No pagados los cheques por los bancos girados, Castiblanco Gutiérrez dió poder al abogado Efraín Caro Torres, endonsándole los títulos en procuración; quien instauró tres procesos ejecutivos para el cobro de la misma obligación.

ACTUACIÓN PROCESAL

Correspondió iniciar la investigación al entonces Juzgado 105 de Instrucción Criminal de Bogotá, con base en denuncia presentada por Jorge Enrique Gómez Montealegre, allegándose al expediente copias autenticadas de los procesos ejecutivos adelantados por los Juzgados 22, 27 y 28 Civiles del Circuito de esta ciudad capital, por Guillermo Castiblanco Gutiérrez, representado por el abogado Efraín Caro Torres, contra el denunciante y los esposos José Arquímedes Cañón y Otilia de Cañón, para el cobro de los dos cheques y la letra de cambio por valor de cinco millones, cada uno, dentro de los cuales se libró mandamiento de pago contra los demandados y se embargaron los bienes de propiedad de Gómez Montealegre luego de que Cañón se declarara insolvente.

Vinculados al proceso, mediante indagatoria, el demandante Guillermo Castiblanco Gutiérrez y su apoderado, el abogado Efraín Caro Torres: aquél manifestó que no habiéndose logrado el pago de uno de los cheques por insuficiencia de fondos, otorgó poder al doctor Caro Torres quien adelantó tres procesos diferentes, pese a ser advertido que se trataba de una sola obligación, proceder que éste trató de justificar aduciendo el fracaso de la primera acción coactiva por insolvencia del deudor José Cañón.

Practicadas otras pruebas y clausurado el ciclo investigativo, el mencionado Juzgado de Instrucción Criminal mediante providencia de 2 de junio de 1992 calificó el mérito del sumario con resolución de acusación en contra de Efraín Caro Torres y Guillermo Castiblanco Gutiérrez por los delitos de fraude procesal y estafa imperfecta, en concurso de hechos punibles, enjuiciamiento apelado por la defensa y confirmado por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior por auto de 27 de septiembre siguiente.

Tramitada la etapa del juicio y celebrada audiencia pública, el Juzgado Catorce Penal del Circuito de Santafé de Bogotá finiquitó la instancia con sentencia de 11 de octubre de 1993 condenando a los acusados a la pena principal de treinta (30) meses de prisión y multa de dos mil pesos, cada uno, como coautores de los delitos de fraude procesal y estafa en la modalidad de tentativa; a las sanciones accesorias de rigor y al pago en concreto de los perjuicios causados, concediéndole al procesado Guillermo Castiblanco Gutiérrez el subrogado de la condena de ejecución condicional y negándoselo al abogado Efraín Caro Torres.

Apelada dicha sentencia, el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá la reformó en el sentido de rebajar a 21 y 26 meses de prisión la pena impuesta a Castiblanco Gutiérrez y Caro Torres, respectivamente; ordenando compulsar copias de lo pertinente con destino a la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura a fin de investigar la conducta del abogado Caro Torres, confirmándola en lo demás, mediante la que es objeto del recurso de casación.

Demanda de Casación

En el marco de la causal primera de casación se acusa la sentencia recurrida de ser violatoria de la ley sustancial por error de hecho consistente en distorsión de la prueba.

Afirma el recurrente que al incumplimiento de un contrato verbal de mútuo con intereses, por parte de los mutuarios, circunstancia que habilitó al mutuante para perseguir el cobro del crédito a través de varios procesos ejecutivos, se le dió por los juzgadores de instancia un carácter delictuoso que no tiene, pues en tal evento debió acudirse a la normatividad del derecho privado que regula las implicaciones y desavenencias surgidas sobre el particular.

En desarrollo de ésta premisa, entra el impugnante a señalar como infringidas, determinadas normas civiles y comerciales atinentes a la autonomía de la voluntad para contratar, la naturaleza y modalidades del contrato de mutuo con interés, las obligaciones surgidas entre los contratantes, el endoso de títulos valores y el derecho que asiste al tenedor de tales documentos para perseguir el cobro de su acreencia, entre otros, concluyendo que no se tipifica ninguno de los delitos por los cuales fue condenado el abogado Caro Torres porque respecto al fraude procesal endilgado, no se tuvo en cuenta por los falladores, que de conformidad a lo pactado entre los contratantes y al endoso de los títulos valores por Gómez Montealegre y Cañón, se había facultado a Castiblanco como legítimo tenedor de los mismos, para accionar civilmente en caso de incumplimiento.

En cuanto al punible de estafa, expresa que tampoco se estructura, porque no se dió el propósito de esquilmar el patrimonio ajeno en razón a que los cheques y la letra de cambio habían sido endosados en propiedad al acreedor Castiblanco Gutiérrez.

Termina resumiendo la impugnación así:

«...*visto desde la óptica del derecho privado, lo ocurrido no va más allá de un lícito contrato de mutuo con intereses, en el que como contraprestación o para cancelar el préstamo se acordó entre los contratantes maneras claras y precisas de ocurrir, tales como la lícita entrega de títulos valores endosados sin ninguna condición en favor del prestamista, lo que le daba autoridad para cobrarlos, según fuera el incumplimiento de los deudores*»

Agrega luego:

«En realidad, no se estaba ejecutando tres veces una misma obligación: se cobraba la obligación original y las cumplidas por los acreedores (sic), conforme al contrato verbal de mutuo con intereses celebrado.

Así, pues, h. Magistrados, se distorsionó la filosofía de la prueba arrimada al proceso, provocando el falso juicio de identidad y con ello el fallo recurrido extraordinariamente (sic)».

Consecuente con esa manera de razonar, solicita casar la sentencia impugnada y absolver al procesado recurrente.

Concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público representado por el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, opina que no se case la sentencia impugnada porque no obstante haberse enunciado el cargo como error de hecho por falso juicio de identidad, la argumentación se centra en la atipicidad de la conducta; reparo que solo puede plantearse a través de la violación directa de la ley.

El demandante parte del supuesto equivocado de que los tres títulos valores (dos cheques y la letra de cambio) son válidos y que las correspondientes acciones procesales también lo son, por lo que no puede predicarse fraude o artificio engañoso en el comportamiento del procesado, dando a entender que : "entablar acciones aún con fines fraudulentos, ni siquiera es delictivo", lo que en verdad resulta reprochable, pues tal postura es ética y jurídicamente inadmisible dentro de los principios de nuestra organización jurídica, que se sustenta sobre las sólidas bases de la buena fé, la lealtad con la justicia y con las partes y exige del abogado una inicial valoración de su actividad con el fin de precisar la corrección del derecho que impetra al Juez, ajustando de ésta forma su actividad a la rectitud y honestidad que exige la ley y la justicia".

Consideraciones de la Corte

El cargo formulado a la sentencia impugnada por falso juicio de identidad de las pruebas,no pasa de ser un simple enunciado sin ningún contenido ni desarrollo, a tal punto que el impugnante no mencionó siquiera qué pruebas pudieron ser distorsionadas o desfiguradas para arribar a una equivocada conclusión.

El subfondo argumental del ataque se reduce a hacer creer, contra los más elementales principios de lógica, probidad y lealtad, que el beneficiario de los títulos valores Guillermo Castiblanco Gutiérrez y su apoderado el doctor Efraín Caro Torres, estaban facultados para promover ante los jueces civiles tres procesos ejecutivos con el objeto de conseguir el pago

de una misma acreencia, lo que de suyo comporta un necio planteamiento que llama a su rechazo, pues la realidad procesal enseña, por el contrario, que dicha posibilidad no querida por el propio acreedor, mal pudo ser materia de convenio entre prestamista y obligados.

La tesis de que lo sucedido dentro de un contrato, solo interesa al derecho civil y a las partes contratantes, y no al derecho penal, no ha tenido arraigo en nuestro medio, porque lo menos que se le puede exigir a las partes intervinientes en una negociación mercantil es que procedan de buena fé. Una conducta fraudulenta no solo vulnera el derecho de la parte afectada, sino que perturba el orden jurídico al lesionar valores cuya defensa interesa al Estado, que los ha previsto en la órbita de acción propia del derecho penal.

Abundante prueba recaudada en el presente caso, incluidas las explicaciones vertidas en indagatoria por los sindicados, pregona a las claras que para garantizar el pago de una deuda de cinco millones de pesos, los codeudores Jorge Enrique Gómez Montealegre y José Arquímedes Cañón fueron compelidos a girar tres títulos valores por igual valor (dos cheques y una letra de cambio); documentos con los cuales el acreedor y su apoderado instauraron ante los Juzgados 22, 27 y 28 Civiles del Circuito de esta ciudad capital, sendos procesos ejecutivos para el cobro de la suma indicada más intereses y costas, a sabiendas de que se trataba de una única obligación por cinco millones de pesos, siendo preciso mencionar que la liquidación del crédito con base en la letra de cambio excedió la suma de catorce millones de pesos.

El comportamiento asumido por los procesados, se subsume en los tipos penales de fraude procesal y estafa tentada, como lo entendieron sin ningún asomo de duda los juzgadores de instancia, pues en dos oportunidades posteriores a la presentación de la primera demanda ejecutiva, indujeron en error a los jueces 22 y 27 Civiles del Circuito, para obtener el pago de la misma obligación «sin advertirle a estos funcionarios que ya estaba en curso otra acción judicial con el mismo fin y con base en los títulos valores que garantizaban la misma deuda»; actos idóneos e inequívocamente dirigidos a obtener un provecho patrimonial ilícito, que no obtuvieron por causas ajenas a su voluntad, como lo fue la iniciación de este proceso penal.

La maniobra engañosa urdida por el profesional del derecho de callar la verdad, indujo en error a los servidores públicos llevándolos a proferir mandamiento de pago y decretar medidas cautelares sobre los bienes de los demandados, decisiones contrarias a la ley; ardid que calló maliciosamente al dar contestación al escrito de excepciones presentado por la parte demandada ante el Juzgado 28 Civil del Circuito, por doble cobro del crédito, como lo recuerda el Procurador Delegado.

Reflexionándose éste mismo funcionario a la atipicidad de la conducta endilgada al abogado Caro Torres, tema central del ataque, replica diciendo que «...sobre la base de la autonomía y literalidad de los títulos valores, y de las acciones que ellos permitan, se oculta el hecho esencial de que se trata de una misma obligación de deber, que por necesidad del deudor se ha visto reproducida varias veces en distintos documentos. Mas allá de dichos conceptos de legalidad formal, aquí aparece el de la realidad material subyacente...».

Ya el Tribunal Superior había expresado sobre el mismo tema, lo siguiente: «no existe norma legal alguna que autorice al acreedor en cuyo poder se encuentren varios títulos valores de contenido crediticio, correspondientes a una misma obligación, para intentar por separado y con base en cada uno de ellos obtener el pago repetido de lo debido» y la razón es elemental: nadie esta obligado a responder por lo que no debe o por lo que no se comprometió a responder.

De modo pues, que no habiendo logrado el impugnante demostrar el error probatorio enrostrado al Tribunal sentenciador por distorsión o falseamiento de pruebas que ni siquiera se mencionan, ni probado el supuesto yerro de adecuación típica de la conducta observada por el procesado recurrente, el reproche a la sentencia es infundado, debiendo rechazarse.

No prospera la impugnación.

DECISIÓN

En virtud 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 de condena objeto de impugnación.

Cópiese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CALUMNIA/ AMNISTIA/ INDULTO

1.- Para que el tipo penal que define la calumnia tenga realización es imprescindible que en la expresión tildada como tal, con ánimo de ocasionarle daño, se impute falsamente a una persona su autoría o participación en una conducta sancionada penalmente.

2. Tanto la amnistía como el indulto, corresponden a instrumentos jurídicos que suponen la realización de conductas sancionadas penalmente y sobre las cuales, por motivos de conveniencia política, el Estado declina iniciar o seguir ejerciendo, la correspondiente acción penal, o renuncia a ejecutar las penas que hayan sido impuestas, sin que ello implique el desconocimiento del acto, históricamente considerado, ni los perjuicios patrimoniales y sociales que con él se hubiesen podido ocasionar.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santafé de Bogotá, D.C., trece de mayo (13) de mil novecientos noventa y seis (1996).

Aprobado acta No. 72

Proceso No. 9139

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

Mediante el presente proveído la Sala decidirá si es el caso abrir investigación penal contra el doctor Tito Edmundo Rueda Guarín, Senador de la República.

ANTECEDENTES

1.- Los ciudadanos Antonio José Navarro Wolf, en nombre propio, y Carlos Franco Echavarría, quien anuncia actuar en su calidad de Representante Legal de la A.D. M-19, mediante escrito atribuyen al parlamentario Tito Edmundo Rueda Guarín la realización de los delitos de calumnia, injuria y peculado por extensión.

Como hecho que merezca intervención judicial, mencionan que, el 30 de enero de 1994, en acto político llevado a cabo en el Teatro Municipal del Socorro (Santander), el imputado manifestó públicamente que la Alianza Democrática M-19 financiaba sus campañas políticas con dineros prove-

mientos del delito de secuestro. Además, reconoció usar dineros del Estado para financiar su reelección.

En respaldo de sus afirmaciones aportaron una cinta magnetofónica que contiene el fragmento de la intervención pública del querellado que consideran lesiva de su integridad moral (fls. 1 ss.) y ratificaron, bajo la gravedad del juramento, el contenido de su queja. (fls. 4 ss).

2.- Se acreditó la calidad de Senador de la República del Dr. Tito Edmundo Rueda Guarín (fls. 35 ss).

3.- La División Criminalística del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación, remitió la transcripción a texto mecanográfico de la cinta magnetofónica acompañada con la querella y de los casetes, presentados por el Defensor, referidos al discurso completo que pronunció el el Senador Rueda Guarín (fls. 29 ss y 56 ss).

4.- Se escuchó en versión libre al Parlamentario imputado, en la cual argumentó que, ciertamente, cuando estaba en campaña política aspirando a una curul en el Congreso de la República, organizó una gira por el sur del Departamento de Santander y al llegar, el 30 de enero de 1994, a la ciudad del Socorro, fue informado que el doctor Navarro Wolff, había acentuado los agravios en su contra, pues aquél también llegaba unos días o unas horas antes a los mismos sitios en donde se iba a celebrar su concentración política y hacía referencias a su persona con términos que considera denigrantes. Ese fue el motivo por el cual, según dice, al intervenir en el Teatro Municipal «Manuela Beltrán», se limitó a defenderse, y a defender su movimiento político, respondiendo públicamente las ofensas que le hacía el doctor Navarro Wolf.

Refiere que simplemente hizo alusión a lo que han dicho las instituciones judiciales y los periódicos acerca del Movimiento M-19 y de sus integrantes, respecto de hechos cometidos antes de su reinserción a la vida civil, pues, como se sabe, fueron indultados y amnistiados y, luego de aprobada la Ley para combatir el secuestro, se inició en su contra una investigación sobre los que habían cometido antes de constituirse en movimiento político, siendo a ello a lo que se refirió en su discurso.

No conoce -dice- la capacidad económica de las personas que «salieron del monte» para iniciar una campaña política, pues tampoco le consta si una vez en ejercicio de la actividad pública, los ex guerrilleros devolvieron los dineros producto de los secuestros que habían cometido o, por el contrario, se quedaron con ellos.

Señala que como el dinero que recibe el Estado es principalmente producto de los impuestos que pagan los ciudadanos, la Nación tiene la obligación de retribuirle a todos los municipios parte del presupuesto nacional. Por ello, en referencia a los auxilios parlamentarios anteriormente permitidos por la ley, en su discurso mencionó que siempre canalizó tales re

cursos hacia los sectores marginados de la sociedad, especialmente en el Municipio del Socorro, donde se pueden comprobar las obras que con ellos se ejecutaron.

Concluye, entonces, que por encontrarse su conducta cefida estrictamente a la ley, no cometió los delitos que le atribuyen quienes lo denuncian (fls. 106 y ss.-1).

Se Considera

1.- Habiéndose acreditado que el doctor Tito Edmundo Rueda Guarín ostenta la calidad de Senador de la República, de conformidad con el artículo 235 de la Constitución Nacional, la Corte es competente para conocer del presente asunto.

2.- Como al citado Senador se le atribuye haber emitido expresiones consideradas calumniosas e injuriosas, en discurso político pronunciado el 30 de enero de 1994 en el Municipio del Socorro (Santander), y haber reconocido, en ese mismo acto, la comisión del delito de peculado por extensión, necesario resulta precisar los términos de una tal intervención pública, según la reproducción mecanográfica que oportunamente se hizo de la cinta magnetofónica allegada con la denuncia:

«...*revivir la violencia diciendo que nosotros pretendíamos conseguir los aportes nacionales para ir a nuestras arcas personales y a ustedes les consta que solamente eso tenemos entregando al pueblo, a ustedes y no a ellos que no, nunca han utilizado en el Congreso de la República el valor de Parlamentario sino que ellos han utilizado el dinero de los secuestros para hacer política. Nosotros utilizamos el dinero del estado que es nuestro dinero, el dinero de ustedes, el dinero que tributan, el estado no es el dueño de nada, nosotros somos los dueños del dinero del estado y por eso siempre estuvimos y cuando tuvimos los auxilios parlamentarios les consta que aquí los trajimos, que aquí hicimos grandes obras y en el momento de desaparecerlos, que aceptamos de pronto, si ustedes me oyeron, no estuve de acuerdo pero lo acepté como buen ciudadano, apelamos al Gobierno Central y más como ponentes de la Ley de presupuesto, para que el señor Ministro de Hacienda y el Presidente de la República hiciera la transferencia a los municipios*» (fl. 30 ss).

Dado el carácter querellable de las conductas que atentan contra la integridad moral de las personas, los ofendidos son los únicos titulares de la facultad para poner en funcionamiento el aparato investigativo del Estado. Por ello, la averiguación y pronunciamientos judiciales deben limitarse a los hechos objeto de censura.»

En el presente evento a pesar de obrar en el proceso la grabación de la totalidad del discurso del Senador Rueda Guarín y su correspondiente transcripción a texto mecanográfico, en el cual se advierten imputaciones

de diversa índole, la Sala solamente se pronunciará sobre las expresiones contenidas en el segmento transcrito, pues es en relación con ellas que los querellantes exteriorizaron su reproche por considerarlas lesivas de su integridad moral.

3.- Los términos de la querella y las pruebas incorporadas al expediente permiten establecer sin ambages, que las afirmaciones atribuidas al Senador Tito Edmundo Rueda Guarín fueron realizadas en el contexto de un debate electoral, en el cual, como es obvio, cada partido, movimiento y candidato político, buscaba atraer el mayor número de votantes con miras a alcanzar los cargos de elección popular que a nivel nacional, seccional y local debían proveerse por esta vía.

Bajo esas circunstancias, se procederá a analizar si en el aparte del discurso político pronunciado por el imputado, que los querellantes consideran denigrante, concurren expresiones que por su trascendencia ciertamente resulten atentatorias de la integridad moral.

4.- De conformidad con lo transcrito, no observa la Sala por parte alguna que allí se señale de manera precisa a quien por aquella época era candidato presidencial, Doctor Antonio José Navarro Wolf, como autor o partícipe en la realización de una acción concreta, tipificada en la ley como hecho punible, que pueda servir de base para establecer objetivamente la configuración del delito de calumnia; allí, se hace referencia, genérica y vagamente, a comportamiento al parecer llevado a cabo por el entonces movimiento al margen de la ley M-19, pero sin atribuirlo específicamente a persona alguna.

De tiempo atrás ha estimado esta Corporación que para que el tipo penal que define la calumnia tenga realización es imprescindible que en la expresión tildada como tal, con ánimo de ocasionarle daño, se impute falsamente a una persona su autoría o participación en una conducta sancionada penalmente. Por ello, si bien las frases fueron efectivamente proferidas por el querellado, como éstas no se refieren en particular al doctor Navarro Wolf o a otra persona determinada, hay ausencia de tipicidad, pues, se insiste, la falta de incriminación concreta en las palabras pronunciadas por el Senador queda evidenciada. En esa medida, imperativo resulta abstenerse de abrir investigación penal por este cargo.

5.- Aunque el segmento del discurso transcrito no brinda la claridad suficiente, de la exposición que en su momento hizo el imputado, se deduce que éste se refirió exclusivamente a conductas punibles realizadas por los miembros del entonces grupo alzado en armas M-19 antes de su reincorporación a la vida civil, de conocimiento de la opinión pública y cuya realidad histórica es innegable.

Ha de recordarse, sobre este particular aspecto, que tanto la amnistía como el indulto, corresponden a instrumentos jurídicos que suponen la

realización de conductas sancionadas penalmente y sobre las cuales, por motivos de conveniencia política, el Estado declina iniciar, o seguir ejerciendo, la correspondiente acción penal, o renuncia a ejecutar las penas que hayan sido impuestas, sin que ello implique el desconocimiento del acto, históricamente considerado, ni los perjuicios patrimoniales y sociales que con él se hubiesen podido ocasionar.

6. El discurso del Senador Rueda Guarín contiene simples referencias históricas (*animus narrandi*), con miras a buscar, en su opinión, la mejor representación popular en las elecciones que estaban próximas a realizarse, y, por ende, emitidas con propósito distinto a menoscabar la integridad moral de los querellantes.

Por ello, en criterio de la Sala, aunque estas manifestaciones puedan causar malestar o incomodidad a determinadas personas, no alcanzan a tener la trascendencia penal que se le atribuye en la queja, pues no se ve cómo pueda afectar la integridad moral de quienes ahora se sienten ofendidos, cuando con ellas se hace referencia a hechos conocidos ampliamente por el entorno social y protagonizados por un grupo distinto al movimiento político Alianza Democrática M-19.

Es innegable que, en desarrollo de sus actividades como alzados en armas, los integrantes del M-19 realizaron conductas sancionadas punitivamente por la ley penal, entre ellas el secuestro de personas y el homicidio. Pero, tanto los procesos criminales que se encontraban en curso, como las sentencias que fueron proferidas, debieron hallar culminación anticipada ante el ejercicio de las facultades constitucionales otorgadas a los poderes estatales para desarrollo de la política de paz que se llevó a efecto en aquella coyuntura histórica.

Ahora bien, si se cometieron estos hechos que merecieron reproche oportuno, pero a la vez se dispuso normativamente su olvido ante los estrados judiciales, esta última circunstancia en manera alguna compromete a la opinión pública, ni la de los historiadores, académicos, sociólogos o politólogos y, menos, la de los contradictores políticos de los propios reinsertados a la vida civil, para que se abstengan de hacer referencia a ellos, aunque sus conceptos puedan ser displicentes o parecer denigrantes.

Esta Corporación, desde el pasado siglo ha dicho:

«*Si todo concepto mortificante o displicente para el amor propio, pero que no envuelve la afirmación de un hecho inequívoco, verdaderamente lesivo de la honra, fuera admitido a una acusación de injuria para ser castigado conforme al Código Penal, habría que suponer que el legislador había tenido la pretensión de darle a la sociedad civil y política la austeridad de un claustro, lo cual es inadmisible; eso sería privar a esa misma sociedad de cierto grado de virilidad inseparable de su existencia: todas esas ofensas, mortificaciones a que el hombre está sujeto en la vida civil, salen*

del dominio del Código Penal para caer en el de la opinión» (autos 7 y 29 de marzo de 1894, IX, 240 y 272).

Así las cosas, como se nota que existe atipicidad objetiva en las declaraciones del Senador Rueda Guarín, en su favor se proferirá resolución inhibitoria por el delito de injuria.

7. Desde otro punto de vista, del segmento del discurso puesto en conocimiento de la Sala, se colige que el imputado no aceptó, contrario a lo sugerido por los denunciantes, la comisión del delito de peculado. Simplemente, como se aclaró en diligencia de versión, públicamente expresó que cuando los auxilios parlamentarios se encontraban autorizados por la Carta Política, los dineros que con ese propósito se incorporaron en el Presupuesto Nacional y se le asignaron para su distribución, fueron destinados a la ejecución de obras en la comunidad del Socorro. Es éste y no otro el alcance de su manifestación, ya que con ella pretendía mostrar, a manera de carta de presentación de su propuesta política, las realizaciones que con esos recursos se efectuaron en beneficio público y no particularmente suyo.

Como los hechos denunciados, según viene de verse, no constituyen conducta que amerite iniciar formal investigación penal, la Sala dará aplicación a lo normado en el artículo 327 del Código de Procedimiento Penal, absteniéndose de abrir instrucción en el presente diligenciamiento.

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

RESUELVE

ABSTENERSE de abrir investigación penal respecto del doctor Tito Edmundo Rueda Guarín, por razón de los hechos puestos en conocimiento de la Corporación y que fueron objeto de esta averiguación previa.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DOLO EVENTUAL/ CULPA CON REPRESENTACION/ RESOLUCION DE ACUSACION

En el dolo eventual el agente se representa la posibilidad de realización del tipo penal y la acepta interiormente, lo que incluye aceptar el resultado de su conducta, conformarse con él; mientras que en la culpa consciente, aunque igualmente se representa el riesgo de realizar ese tipo penal -por ello se la conoce también como culpa con representación-, confía, por efecto de una errada valoración circunstancial, que el resultado no se concretará, es decir, no se asiente con él.

2.-En desarrollo del mandato constitucional del artículo 230, esta colegiatura ya tuvo ocasión de examinar las diversas disposiciones legales sobre el particular y con base en ellas adoptó un criterio jurisprudencial que reconoce la acusación como jurídica y no fáctica, sin desconocer desde el punto de vista de la "lege ferende" que la teoría de la imputación fáctica es una alternativa interesante que debe considerar el legislador para evitar las dilaciones procesales a que casi siempre conduce la corrección que debe hacerse de los quebrantos al rito fundamental, frecuentes por desgracia debido a la complicidad silenciosa de los sujetos procesales que tienen a su cargo "velar por la defensa del orden jurídico" en representación de la sociedad, o también a la torpeza de algunos funcionarios que olvidan que uno de los fines de la casación es "la unificación de la jurisprudencia nacional" (art.219 C.P.P.).

Dicho artículo (442 C.de P.P.) hace referencia a "los requisitos formales de la resolución de acusación", uno de los cuales es la obligación de hacer una "calificación jurídica" de los hechos probados en el proceso con "señalamiento del capítulo dentro del título correspondiente del Código Penal" con lo cual está exigiendo claridad y precisión en la imputación. Si ello es así, como en efecto lo es, hay que inferir que la "provisionalidad" de esa calificación solamente hace referencia a la facultad de algunos de los sujetos procesales para pedir o aportar pruebas conducentes y eficaces en el juicio con la única finalidad de "desvirtuar o degradar la acusación", pero en el

entendido claro está de que la degradación de la acusación sólo es posible siempre que no genere desarmonía entre la calificación y el fallo condenatorio como ocurriría en el caso de un homicidio agravado o uno simple o de éste a uno culposo, pues de lo contrario implica necesariamente una falla, remediable únicamente en la forma señalada por el artículo 220-3 del C.de P.P.

Los antecedentes legislativos sobre el punto conducen a desentrañar la verdadera voluntad del legislador: primeramente, el artículo 501 del anterior estatuto facultaba al juez fallador, con un procedimiento especial desde luego y con señalamiento expreso de la competencia para el evento de que ésta sufriera modificación, a variar la calificación que hacían los jueces de Instrucción Criminal, disposición derogada por el actual ordenamiento; y, en segundo lugar, cuando el Gobierno quiso reimplantarla con el proyecto que presentó en 1993 al Congreso, fue expresamente denegada por dicha colegiatura. Por manera que es insostenible frente a la legislación actual la tesis de la "imputación fáctica" la que, de paso, implicaría alterar la competencia fijada por la ley, en el evento en que ésta sufriese modificación con la variación de dicha calificación, lo cual no es posible en un Estado social y democrático de Derecho en donde la competencia es un aspecto de orden público, modificable en forma expresa tan solo por la ley

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santafé de Bogotá, D.C., mayo catorce (14) de mil novecientos noventa y seis (1996).

Magistrado Ponente: Dr. *Dídimo Páez Velandia*

Aprobado Acta No.70-V-8/96

Proceso No. 9196

Conoce la Corte del recurso de casación interpuesto contra la sentencia proferida el 20 de septiembre de 1993 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá en la que, con modificación a la de primera instancia, condena a Pedro Pablo Peña a la pena principal de diez años y seis meses de prisión y multa de un mil quinientos pesos y a la accesoria correspondiente, como autor responsable del concurso de delitos de homicidio en la persona de Luis Enrique Moreno y de lesiones personales en Carlos Mauricio Bernal Ruiz.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Con fidelidad al contenido procesal, así refiere los hechos el fallador de segundo grado:

«El 23 de septiembre del año próximo pasado -de 1992, aclara la Corte- frente al salón de belleza D'Angelo situado en la carrera 101 con

calle 136 de esta capital, se encontraban hablando los señores Angelo Cárdenas, Pedro Nel Niño y Carlos Mauricio Bernal Ruiz, cuando aproximadamente a las 8:30 de la noche apareció el señor Pedro Pablo Peña y les preguntó por el paradero de Orlando Ruiz.

«Como ninguno de los tres sujetos le dio razón y al parecer Bernal Ruiz no le contestó amigablemente, procedió a esgrimir un revólver que llevaba consigo y lo percutió, a corta distancia, en dos oportunidades. Uno de los proyectiles se anidó en el pie izquierdo de Bernal Ruiz produciendo fractura conminuta de la cabeza del primer metatarsiano (fl. 118) y el otro después de chocar con la pared, hizo blanco en la humanidad del transeúnte Luis Enrique Moreno, quien fue trasladado al hospital Juan N. Corpas donde murió minutos después». (fls. 15 16 cd.Tr., negrillas fuera de texto).

Abierta la instrucción por la Fiscalía 104 Delegada (fl.24 cd.ppl.1), el sindicado fue vinculado mediante indagatoria (fls.28, 88) y por la misma dependencia en resolución acusatoria del 20 de enero de 1993 (fls.213, 222), comprometido en juicio por los delitos de homicidio simple y tentativa de homicidio.

Rituada la etapa del juzgamiento el Juzgado 9° Penal del Circuito de Santafé de Bogotá emitió sentencia absolviéndolo del delito de tentativa de homicidio y condenándolo por los de homicidio simple y lesiones personales -éste, por cuanto la incapacidad del afectado fue de 35 días- (fls. 323-340 cd. ppl. 1). Esta decisión de la primera instancia fue parcialmente modificada por el Tribunal Superior del Distrito, que al conocerla por apelación de la defensa resolvió en Sala mayoritaria revocar la absolución por la tentativa de homicidio al considerarla contradictoria y redosificar tanto la pena principal fijándola en la cantidad conocida por el concurso de homicidio y lesiones, como la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas atemperándola al mandato legal, y confirmándola en sus demás determinaciones (fls. 15-35 cd.Tr.).

Contra este fallo *ad quem*, la defensa del procesado oportunamente recurrió en casación.

La Demanda

Objeta el casacionista la sentencia únicamente en cuanto condena al procesado por el delito doloso de homicidio, pues la responsabilidad debió atribuirse a título de culpa. Para el efecto el señor defensor, amparado en la causal 1a., cuerpo primero del artículo 220 del C. de P.P. afirma que el fallo acusado es violatorio en forma directa, por aplicación indebida, de los artículos 323 y 36 del C. P. y, por correlativa falta de aplicación de los artículos 329 y 37 del mismo estatuto.

Precisa como sentido de la violación la errada interpretación de las normas sustantivas que soportan la imputación subjetiva del homicidio

consumado, pues en su sentir, el Tribunal consideró que este delito fue cometido con dolo eventual bajo la consideración de dos situaciones fácticas de las cuales no es posible deducir y mucho menos hacer un juicio de certeza: a).- que el acusado trabajó durante más de 18 años en la Policía y por tanto conocía el manejo de las armas y las «posibilidades causales de un disparo que da contra un cuerpo duro ... que puede desviar su curso y comprometer la integridad personal o la vida» de cualquier persona; y, b).- de que el disparo mortal fue hecho en una vía pública y a una hora muy concurrida.

Precisando la diferencia entre las formas de dolo previstas en el artículo 36 del C. P. -directo y eventual- y entre el dolo eventual y la culpabilidad culposa en la forma de culpa consciente o con representación asevera que su poderdante: «ni siquiera se representó un resultado posible, naturalmente antes de efectuar los disparos», sino que actuó «con la debida previsión». Añade que por ser imposible para el defensor «penetrar en el fuero interno del reo, para establecer cuál era su verdadera intención y cuál sus razonamientos», debe acudirse «a operaciones lógicas de deducción para determinar si efectivamente» obró con el dolo que se le imputó.

Para el efecto, tras advertir que «La defensa está segura» de que el acusado no actuó con dolo eventual en el homicidio recrea las circunstancias en que éste realizó los disparos:

«Cuando Pedro Pablo Peña, llegó al lugar de los hechos iba en busca del señor Orlando Ruiz, a quien no encontró en ese sitio. Este hecho demuestra que en ese preciso momento Peña no iba a realizar ninguna acción, pues su objetivo no era ninguna de las personas que allí se hallaban, sino concretamente el señor Orlando Ruiz. La discución (sic) que se presentó entre Peña y Carlos Mauricio Bernal Ruiz, desembocó en que Peña en un momento de furia por la respuesta obtenida y seguramente de obnubilación, decide desenfundar su arma y disparar a un objetivo definido como era los pies de Bernal Ruiz, es decir que en ese instante nació en él el propósito de dañar o lesionar el cuerpo de su interlocutor, mas nunca el de matarlo, luego todo indica que mi defendido obró con dolo de ímpetu de lesionar.

«Así las cosas, resulta evidente que Pedro Pablo Peña no tuvo tiempo de elaborar juicios mentales que le permitieran representarse que con su actuar podría ocasionar un resultado delictivo posible distinto al pretendido, o lo que es lo mismo, prever (sic) efectos concomitantes probables en su obrar, y mucho menos, Peña tuvo tiempo de aceptar el resultado como propio, de asumirlo y aún así de seguir adelante en la búsqueda del fin primariamente propuesto, sin importar que otro resultado previsible se presentara».

Determinado, dice, que el procesado actuó con dolo directo al lesionar a su interlocutor Bernal Ruiz, es imposible:

«Que en un mismo contexto de acción, la previsión o la representación de otros resultados probables delictivos, y a su vez la no evitación inten-

cionada, pudiera sucederse coetáneamente en la mente de una persona ...»

Considera que la «supuesta pericia» del acusado en el manejo de armas de fuego por ser policía pensionado no puede tomarse como factor imperativo para exigirle ser consciente de que al disparar contra una persona que se halla cerca de una superficie sólida «pueda por efecto de una ley física ocasionar resultados ilícitos al rebotar un proyectil», cuando en evento tal estaría él mismo arriesgando su propia vida.

Califica de contradictoria la deducción del fallador del dolo eventual respecto del homicidio consumado en el transeúnte desconocido por efecto del rebote del proyectil frente a la de falta de intención homicida que dedujo respecto de las lesiones inferidas a Bernal Ruiz en relación con las cuales consideró que el acusado «ayudado de su pericia» dirigió su actividad a causar:

«... un daño en su cuerpo pero evitando a toda costa causarle un mal mayor, pero que por otra parte se representaba otros resultados probables, como que con su actuar podría causarle la muerte a una persona distinta a su objetivo a quien ni siquiera pretendía causarle daño grave.».

Explica que en las circunstancias en que se produjeron los disparos hacia su interlocutor Bernal Ruiz no podía el acusado representarse el efecto del proyectil de rebote y el resultado muerte del transeúnte y asevera que la inferencia del Tribunal para afirmar el dolo eventual, de que los disparos fueron hechos en una calle y a una hora concurridas riñe con la realidad del proceso que enseña que en el sitio y a la hora en que se desarrollaron los hechos prácticamente las únicas personas que se encontraban eran el procesado, el lesionado Bernal Ruiz y quienes con éste conversaban, lo que contribuye a desvirtuar la representación propia del dolo atribuido.

Abogando por la comisión del homicidio consumado en circunstancias propias de la culpa así reflexiona el censor:

«7o.- Ahora bien, si en gracia de discusión se admitiera que Peña en el instante de disparar se representó resultados ilícitos posibles, retomando los argumentos de la sentencia acusada, en el sentido de que el sindicado era un experto y perito en el manejo de armas de fuego, tendríamos que afirmar que el reo no aceptó esos posibles resultados, no los asumió como propios y por contrario los consideró improbables que pudieran sucederse en la realidad, porque confiaba en su pericia, o porque confiaba que con su pericia los resultados posibles delictivos podrían evitarse.».

Como corolario, reafirma que no habiendo obrado el acusado con dolo eventual, sino con, «culpa inconciente o sin previsión», resultado de la imprudencia, solicita que casada la sentencia se profiera la de reemplazo en que se haga este reconocimiento con las consecuencias pertinentes y se conceda a su patrocinado el sustituto de la ejecución condicional.

El Ministerio Público

En la opinión del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal la censura debe acogerse y por tanto casarse la sentencia en los términos que propone la defensa.

Encuentra errada la interpretación que el Tribunal realizó del concepto de dolo eventual al tener como premisa básica de su declaratoria la previsibilidad del resultado muerte cuando el procesado disparó contra su interlocutor Bernal Ruiz al que hirió con un proyectil, mientras el otro proyectil reboló contra una pared y luego se incrustó en el cuerpo del transeúnte Luis Enrique Moreno ocasionándole la muerte.

Advierte que la previsibilidad no es elemento exclusivo del dolo eventual, sino que esencialmente lo es de la culpa, y especialmente de la culpa consciente y analiza el artículo 36 del C. P. para concluir que el dolo eventual sigue el lineamiento del dolo general en cuanto a la previsión y el asentimiento «como fenómeno del conocer y dirigir la voluntad hacia el fin»; de tal manera, si el agente prevé el resultado, existe alta probabilidad de producción de ese resultado, asiente en la producción de ese resultado -aspecto éste en el cual se diferencia de la culpa consciente ya que en ésta el resultado «se rechaza o rehusa- y prosigue en la acción, actúa con dolo eventual.

Concretándose al caso afirma que el hecho era imprevisible «en extremo» porque el proyectil con el que se ocasionó la muerte reboló para luego dar en el cuerpo del occiso, el resultado carecía de la entidad de alta y hasta remota probabilidad, es decir, no era fácilmente previsible como posible porque el disparo fue hecho hacia los pies, lo que en sentir del funcionario, no permite decir que el agente disparó consintiendo el resultado muerte paralelo a la acción de lesiones personales.

Hubo, dice, errada interpretación del artículo 36 del C. P. por parte del sentenciador de las instancias, afirmación ésta que respalda con citas jurisprudenciales del 25 de noviembre de 1987 y del 23 de julio de 1992 que tratan sobre la diferencia entre el dolo eventual y la culpa con representación y con la transcripción de largos apartes de las motivaciones del Tribunal: y por consiguiente, habiendo actuado con imprudencia respecto de lo previsto pero sin representación de la posibilidad del resultado muerte y sin aceptarlo en su esfera de representación subjetiva porque no tenía conocimiento de la presencia de la víctima en el sitio de los hechos, la conducta del acusado encuadra en la descripción típica del artículo 329 del C. P. en concordancia con el 37 id. y la sentencia debe casarse para que por reemplazo así se declare y se ajuste la pena conforme a esta última disposición.

Anejo al tema de la demanda aunque sin consecuencias en la sentencia por virtud de la prohibición de reforma en perjuicio del artículo 227

del C. de P. P., porque implicaría la condenación por un delito de mayor entidad, según advierte, observa -como inquietud suya y según precisa, de definición en las instancias-, que al procesado se le atribuyó en la resolución acusatoria el delito de tentativa de homicidio en su interlocutor Bernal Ruiz y en la sentencia se le condenó por lesiones personales en este mismo individuo, con el argumento de que «la calificación hecha por la Fiscalía es una imputación fáctica, no jurídica, en cuanto es al juez al que corresponde concretar y singularizar el tipo penal violado, criterio éste que considera de «laxitud respecto de la calificación procesal» que llega a «extremos tan riesgosos» que de aceptar que como se acusa por hechos, «bastará relacionarlos en la narración de los mismos».

Afirma que la acusación «se hace por el sentido de desvalor que tienen los hechos ante la ley» y no por estos como fenómeno material desprovistos de alcance axiológico. No puede, «reprocharse un hecho sino el significado no tolerable» del mismo.

Además la misma ley -artículos 180.5, 220.2 y 441.3- prevé que la acusación verse «sobre valoraciones jurídicas negativas, llamadas cargos descartando así la imputación puramente fáctica.

Cataloga así mismo equivocado afirmar que en los delitos de lesiones personales y homicidio existe la protección hacia un mismo bien jurídico y afirma que en el caso presente se incurrió en violación de la garantía del debido proceso al acusarse al implicado por tentativa de homicidio y condenársele por lesiones, lo que termina situando el asunto en la causal 2a. del artículo 220 del C. de P.P., sin embargo de lo cual, advierte, no solicita la casación para no contrariar la prohibición del referido artículo 227 del C. de P. P.

Consideraciones de la Corte

Ciertamente, como lo aduce el defensor demandante y lo sostiene el Ministerio Público en su concepto, se presentó en la sentencia del Tribunal la violación de la normatividad sustancial a que se refiere la censura de la defensa.

De conformidad con la objetividad probatoria no discutida por el actor, el acusado disparó por dos ocasiones hacia los pies de su ofensivo interlocutor Carlos Mauricio Bernal Ruiz, con la intención conseguida de herirlo y, fue así, como le causó la lesión que describe el peritaje médico-legal en el pie izquierdo, con incapacidad de 35 días y por la cual se le atribuyó el concurso de hechos punibles con el homicidio del transeunte Luis Enrique Moreno.

Ocurrió que el otro proyectil disparado al dar contra una superficie dura rebotó, yendo a impactar así, indirectamente al mencionado transeúnte, ajeno al episodio que se desarrollaba entre aquél y las tres personas a quienes preguntó el paradero de otra.

Si se observa que el disparo, siendo un experto tirador, se dirigió hacia una parte no vital del cuerpo de Bernal Ruiz, al que bien pudo querer lesionar por sentirse ofendido con la respuesta que éste le diera, forzoso resulta colegir que el acusado no se representó la realización del tipo penal del homicidio del infortunado transeunte esto es, no se representó el resultado muerte de ninguno de los dos impactados, vale decir, no aceptó en su psiquis previéndola al menos como posible, ni su conducta, ni ese fatal indirecto resultado; sencillamente no contó con la posibilidad de lesión del bien jurídico de la vida ni asintió con ella. Al así ocurrir, se sustrajo a la intencionalidad constitutiva del dolo eventual que define el artículo 36 del Código Penal, pues según en lógica se infiere, ni aceptó en su conciencia la realización de la conducta generadora de la muerte, ni previó al menos como posible ese resultado; pero obviamente se ubicó en el ámbito de la culpabilidad culposa prevista en el artículo 37 de la misma normatividad, en efecto:

Tratándose de una persona familiarizada con el uso de las armas de fuego, como que había sido policía, resulta forzoso colegir que obró con monumental imprudencia culpa consciente- al representarse el peligro -no el resultado- de lesión del bien jurídico de la vida protegido en el tipo del artículo 323 del C. P., pero confió culposamente en que ese peligro no se materializaría, es decir, no previó, debido a una falsa valoración de la situación, un resultado previsible como era, tanto el posible rebote del proyectil como la concreción del peligro de causar la muerte, como en efecto sucedió.

El Tribunal apoya la inferencia del dolo eventual (fl. 22) en la consideración de haber sido policía el acusado y el conocimiento que forzosamente debía tener de las leyes de física que enseñan que el rebote de un proyectil puede ocasionar el resultado logrado con su actuar, pero estos factores no constituyen razones excepcionales generadoras de esta especie de culpabilidad para una persona que dispara en la forma en que éste lo hizo:

Los dos disparos fueron orientados hacia los pies de quien consideró su ofensor; quería herirlo y lo hizo, pero obviamente no quería privarlo de su vida. Si ello es así, mal puede deducirse que con el disparo del proyectil que rebotó sí quiso, por la vía del dolo eventual, ocasionar ese efecto en un desconocido transeúnte.

Aunque las dos formas de culpabilidad en comentario guardan tan gran símil, es de recordarse que en el dolo eventual el agente se representa la posibilidad de realización del tipo penal y la acepta interiormente, lo que incluye aceptar el resultado de su conducta, conformarse con él; mientras que en la culpa consciente, aunque igualmente se representa el riesgo de realizar ese tipo penal -por ello se la conoce también como culpa con representación-, confía, por efecto de una errada valoración circunstancial, que el resultado no se concretará, es decir, no se asiente con él.

Erró pues el Tribunal, al interpretar el artículo 36 del C. P. en la conceptualización del dolo eventual y aplicar esta forma de culpabilidad en la imputación subjetiva del homicidio consumado, cuando lo correcto era dar por realizado el hecho punible pero con culpabilidad culposa.

Por consiguiente, se casará en forma parcial la sentencia acusada y se condenará al procesado por el delito de homicidio culposo tipificado en el artículo 329 del C. P., cometido en la persona de Luis Enrique Moreno.

Prospera el cargo.

CASACIÓN OFICIOSA

La Delegada plantea oficiosamente una inquietud relacionada con el cambio de imputación hecha al procesado en la sentencia por las heridas causadas a Bernal Ruiz debido a que fue acusado por la Fiscalía de tentativa de homicidio y condenado por lesiones personales, criterio que prohijó el Tribunal con el argumento de la teoría de la imputación fáctica, y consistente en haberse generado una desarmonía entre el pliego de cargos y la sentencia, corregible por la causal 2ª del artículo 220 que no impetra por resultar mayormente gravoso para el procesado, recurrente único del fallo en lo desfavorable.

Aun cuando es verdad que este aspecto no fue impugnado extraordinariamente, ha de ocuparse la Sala de él por tener clara incidencia dentro del debido proceso con repercusiones punitivas para el procesado en el fallo recurrido, en la medida en que se trata de un problema de errónea calificación de la conducta investigada, lo que obliga a su corrección oficiosamente en esta sede.

Significa lo anterior que la Corte no dará el enfoque que inquieta a la Delegada, porque con él ciertamente se llegaría a desconocer principios constitucionales de rango fundamental, sino el que se enmarca dentro del rito esencial debido que ha de asumirse oficiosamente, en procura de la legalidad de la actuación.

Planteadas así las cosas, se observa que la cuestión por dilucidar radica en precisar si de acuerdo con el sistema procesal vigente el pliego de cargos que formula la Fiscalía en la resolución acusatoria es un requisito meramente formal de procedibilidad o, por el contrario, se trata de uno esencial del debido proceso que amerita claridad fáctica y precisión jurídica como presupuesto para el ejercicio pleno del derecho fundamental de defensa. Dicho con otras palabras: la calificación que con resolución acusatoria hace la Fiscalía General de la Nación a través de sus diversas unidades debe ser una «acusación de imputación fáctica» o una de «imputación jurídica» ?, que fue la discusión que se dio en este caso en el seno de la Sala de Decisión del Tribunal en el fallo mayoritario impugnado, prevaleciendo el primer criterio.

Empieza la Corte por reconocer que el tema es importante como interesantes las diversas tesis que se han expuesto. Sin embargo, debe recordarse que en desarrollo del mandato constitucional del artículo 230, esta colegiatura ya tuvo ocasión de examinar las diversas disposiciones legales sobre el particular y con base en ellas adoptó un criterio jurisprudencial que reconoce la acusación como jurídica y no fáctica, sin desconocer desde el punto de vista de la «lege ferenda» que la teoría de la imputación fáctica es una alternativa interesante que debe considerar el legislador para evitar las dilaciones procesales a que casi siempre conduce la corrección que debe hacerse de los quebrantos al rito fundamental, frecuentes por desgracia debido a la complicidad silenciosa de los sujetos procesales que tienen a su cargo «velar por la defensa del orden jurídico» en representación de la sociedad, o también a la terquedad de algunos funcionarios que olvidan que uno de los fines de la casación es «la unificación de la jurisprudencia nacional» (art. 219 C. P. P.).

Dijo la Corte, en sentencia de agosto 2 de 1995, con ponencia del Magistrado Ricardo Calvete Rangel:

«En desarrollo del mandato constitucional, el estatuto procesal distribuyó las competencias entregando a los fiscales la misión de 'investigar, calificar y acusar, si a ello hubiere lugar', ante los jueces y tribunales, a quienes otorgó la función de juzgar. A partir de la ejecutoria de la resolución de acusación el fiscal adquiere la condición de sujeto procesal y pierde la dirección de la investigación. (Art. 444 C. P. P.).

Esto significa que el fiscal no puede pretender en la etapa del juicio adicionar la acusación, ya que los cargos deben estar formulados en su totalidad en el proveído calificatorio, de manera que el enjuiciado tenga la certeza de que es exclusivamente de ellos que debe defenderse.

La dimensión de la responsabilidad asignada a los Fiscales por la nueva Constitución obliga a que su cumplimiento se realice con el mayor esmero, cuidado y profundidad, y a su vez hace necesario que el Ministerio Público esté atento a interponer los recursos de ley cuando la calificación no sea correcta. A la etapa del juicio no se puede llegar con incertidumbre sobre cuales son los cargos, ni ese es el momento oportuno para tratar de concretarlos.

La elaboración de los cargos en cuanto a la tipicidad implica precisión sobre los hechos investigados, con todas las circunstancias de modo, tiempo y lugar que los especifiquen, señalando los tipos penales correspondientes a la denominación jurídica y a las circunstancias agravantes y atenuantes modificadoras de la responsabilidad, así como a las genéricas que deben ser advertidas desde ese momento, esto es, aquellas que requieren de una valoración o análisis previos a su deducción.

El marco dentro del cual se debe desarrollar el juicio está determinado por la resolución acusatoria, en donde el Estado por conducto del fiscal le indica al acriminado cuáles son los cargos que le formula, para que él pueda proveer a su defensa con la seguridad de que no va a ser sorprendido con una condena por hechos o situaciones distintas. De igual modo, los sujetos procesales tendrán en dicha resolución un punto de referencia definido sobre las pruebas que pueden presentar y solicitar en el período probatorio de la causa, las cuales se deben limitar a las que sean conducentes y eficaces para corroborar, degradar (dentro del mismo capítulo, se agrega) o desvirtuar la acusación, no siendo de recibo las que pretendan dar lugar a nuevos cargos.

Desde luego que lo dicho es sin perjuicio de que el juez frente a una resolución que afecta el debido proceso, bien por inobservancia de sus requisitos formales o por error en la denominación jurídica, deba invalidarla para que el Fiscal subsane la irregularidad advertida», (el paréntesis, fuera de texto).

Uno de los argumentos torales en que se apoya la tesis de la imputación fáctica se relaciona con el calificativo «provisional» que da el legislador en el artículo 442 del C. de P. P. a la calificación «jurídica» del sumario, porque sus seguidores lo entienden como «un simple derrotero que puede sufrir precisiones y variaciones en la etapa del juicio que se condensarán, en últimas, en la sentencia».

Esta apreciación no es exacta en su totalidad, como pasa a demostrarse: obsérvese que dicho artículo hace referencia a «los requisitos formales de la resolución de acusación», uno de los cuales es la obligación de hacer una «calificación jurídica» de los hechos probados en el proceso con «señalamiento del capítulo dentro del título correspondiente del Código Penal» con lo cual está exigiendo claridad y precisión en la imputación. Si ello es así, como en efecto lo es, hay que inferir que la «provisionalidad» de esa calificación solamente hace referencia a la facultad de algunos de los sujetos procesales para pedir o aportar pruebas conducentes y eficaces en el juicio con la única finalidad de «desvirtuar o degradar la acusación», pero en el entendido claro está, de que la degradación de la acusación sólo es posible siempre que no genere desarmonía entre la calificación y el fallo condenatorio como ocurriría en el caso de un homicidio agravado a uno simple o de éste a uno culposo, pues lo contrario implica necesariamente una falla, remediable únicamente en la forma señalada por el artículo 220-3 del C. de P. P., que es el caso presente.

Pero hay algo más, como bien lo recuerda el Magistrado que salvó el voto en el Tribunal. Los antecedentes legislativos sobre el punto conducen a desentrañar la verdadera voluntad del legislador: primeramente, el artículo 501 del anterior estatuto facultaba al Juez fallador, con un procedimiento especial desde luego y con señalamiento expreso de la compe-

tencia para el evento en que ésta sufriera modificación, a variar la calificación que hacían los Jueces de Instrucción Criminal, disposición derogada por el actual ordenamiento; y, en segundo lugar, cuando el Gobierno quiso reimplantarla con el proyecto que presentó en 1993 al Congreso, fue expresamente denegada por dicha colegiatura. Por manera que es insostenible frente a la legislación actual la tesis de la «imputación fáctica» la que, de paso, implicaría alterar la competencia fijada por la ley, en el evento en que ésta sufriese modificación con la variación de dicha calificación, lo cual no es posible en un Estado social y democrático de Derecho en donde la competencia és un aspecto de orden público, modificable en forma expresa tan solo por la ley.

Ahora bien: frente a la realidad procesal ciertamente no hay duda alguna para sostener un delito de lesiones personales respecto de la conducta desarrollada por el procesado Pedro Pablo Peña en relación con el señor Bernal Ruiz, como bien lo puntualizó el Juez de primera instancia, lo cual permite sostener fundadamente que la Fiscalía al calificar dicha conducta como una tentativa de homicidio erró en la denominación jurídica del hecho en forma insalvable con evidente afectación del debido proceso, por lo que resulta imperativo decretar la nulidad parcial de lo actuado a partir inclusive de la providencia calificatoria y, en consecuencia, redosificar la pena teniendo, además, en cuenta la prosperidad de la demanda con relación al delito de homicidio.

En los términos del artículo 61 del C. P., «la gravedad y modalidades del hecho punible» impiden partir del mínimo señalado en el artículo 329 del C. P., pues es una verdad procesal que el sujeto activo del hecho por el cual se le sanciona actuó culposamente al desenfundar su arma y disparar a las extremidades inferiores de Bernal Ruiz confiando excesivamente en que el hecho previsible, esto es, la posibilidad de herir o eliminar a un tercero, no tendría ocurrencia no obstante tratarse de una vía pública donde podía transitar cualquier peatón desprevenido como efectivamente ocurrió. No es pues una culpa cualquiera, sino una que reviste especial gravedad y que por lo mismo justifica la imposición de 36 meses de prisión y multa de cinco mil pesos a favor del tesoro nacional. La pena accesoria se reducirá al término de la privativa de la libertad señalada; y en cuanto al pago de daños y perjuicios causados, solamente se dejará la condena correspondiente por el Homicidio culposo por ser, en últimas, el único hecho juzgado en este proceso.

De conformidad con lo puntualizado y en consideración a que el procesado de la referencia se encuentra privado de la libertad desde el 24 de septiembre de 1992 ininterrumpidamente, se le otorgará la libertad por pena cumplida, debiéndose librar la boleta correspondiente con la advertencia de que ésta se hará efectiva siempre que no esté requerido por otra autoridad.

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

CASAR LA SENTENCIA RECURRIDA. En consecuencia disponer:

a.- ANULAR oficiosa y parcialmente lo actuado a partir inclusive de la resolución acusatoria, únicamente en cuanto calificó la conducta del procesado como tentativa de homicidio con relación a las lesiones sufridas por Carlos Mauricio Bernal Ruiz. Consecuentemente, disponer se compulsen copias de lo pertinente y se envíen a la Unidad respectiva de la Fiscalía General de la Nación para lo de su cargo.

b.- CONDENAR a Pedro Pablo Peña, de condiciones civiles conocidas en el proceso, a la pena principal de treinta y seis (36) meses de prisión y multa de cinco mil pesos ($5.000.oo) a favor del Tesoro Nacional, y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por término igual al de la pena privativa de la libertad, como autor material del delito de HOMICIDIO en la persona de Luis Enrique Moreno, cometido en las circunstancias de tiempo, modo y lugar puntualizadas en la parte motiva de esta providencia.

c.- CONDENAR a Pedro Pablo Peña a pagar a María de Jesús Moreno González, madre del occiso, la suma de $6.400.000.oo como daño material y 200 gramos oro como daño moral.

d.- Mantener las decisiones del Juzgado de primera instancia, de los ordinales «cuarto» y «sexto» de la parte resolutiva, relacionadas en su orden con el embargo de un bien y la expedición de las copias del fallo.

e.- CONCEDER al procesado Pedro Pablo Peña la libertad por pena cumplida. En consecuencia, líbrese la boleta de libertad para que se haga efectiva ésta siempre que no esté requerido por otra autoridad.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Carlos A. Gálvez Argote, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

PERJUICIOS / NULIDAD

Las consecuencias jurídicas de que trata el artículo 39 del Código de Procedimiento Penal actual no podían darse hasta tanto no se concelara la obligación; para ello es necesario recordar que, precisamente la razón de ser de la indemnización de perjuicios se orienta constitucionalmente a que las autoridades amparen y garanticen el derecho al restablecimiento de los afectados directamente con el hecho punible. Tal objetivo jamás tendría razón de ser sin que efectivamente se verifique su cumplimiento.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santafé de Bogotá, D. C., quince (15) de mayo de mil novecientos noventa y seis (1996).

Magistrado Ponente Dr. *Carlos E. Mejía Escobar*

Aprobado Acta No. 70 (08-05-96)

Proceso No. 9245

Vistos

Procede la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena el 7 de octubre de 1993, por medio de la cual confirmó el fallo emitido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de dicha ciudad el 23 de junio del mismo año, que impuso a Manuel Segundo Gómez Martínez la pena principal de dos años y seis meses de prisión, como autor del delito de homicidio culposo.

La impugnación fue admitida y luego la demanda se declaró ajustada a los requisitos formales exigidos por el artículo 225 del C. de P. P., el quince de abril del año inmediatamente anterior.

Hechos y Actuación Procesal

Aquellos se refieren a los ocurridos el día siete (7) de abril de 1990, cuando en la carretera de la Cordialidad, a la altura del corregimiento de Clemencia (Cartagena), aproximadamente a las cinco y treinta de la tarde, resultó arrollado el menor José David Orozco Beleño por un camión

marca Chevrolet, modelo 82 de placas EL 5479, el cual conducía Manuel Segundo Gómez Martínez a una velocidad superior a la legalmente permitida, ocasionando el fallecimiento de la víctima a consecuencia de los múltiples traumas recibidos.

La investigación fue iniciada por el Juzgado 18 de Instrucción Criminal radicado en Cartagena el 10 de abril de 1990, con base en el informe sobre accidentes de tránsito y croquis elaborado por funcionarios de la policía vial del Departamento de Bolívar.

El mismo despacho vinculó mediante indagatoria al Señor Gómez Martínez a quien le profirió medida de aseguramiento de detención preventiva, y a la vez admitió la demanda de parte civil presentada por el apoderado del Señor Alcides Orozco Barrios; el profesional del derecho, luego de presentar los respectivos alegatos de conclusión con solicitud de resolución acusatoria para el procesado, presentó memorial en el que desistía de la acción civil "de resarcimiento de perjuicios", por cuanto la empresa Alpina Productos Alimenticios S.A., se había comprometido a pagar el monto de los perjuicios causados con la muerte del menor.

Una vez cerrada la investigación, se calificó el mérito del sumario el siete (7) de septiembre de mil novecientos noventa y dos (1992), con resolución acusatoria en contra del procesado Manuel Segundo Gómez Martínez, providencia en la que también se aceptó el desistimiento de la parte civil, pero sin lugar a la declaratoria de extinción de la acción penal, por cuanto no existía constancia en el proceso de que el daño hubiera sido resarcido, de conformidad con el artículo 39 del Código de Procedimiento Penal.

El conocimiento del asunto pasó al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Cartagena, el cual, luego de celebrar la respectiva diligencia de audiencia pública, dictó sentencia de primer grado el junio veinticinco (25) de mil novecientos noventa y tres (1993), imponiéndole al procesado como pena principal la de dos (2) años y seis (6) meses de prisión, como autor responsable del delito de homicidio culposo, y como accesorias la interdicción de derechos y funciones públicas y suspensión de la licencia de conducción por tiempo igual al de la pena principal, y el pago de una multa por valor de diez mil pesos Mcte.($10.000.oo); se abstuvo de condenarlo al pago de perjuicios ocasionados por cuanto se aceptó el desistimiento de la acción civil, advirtiéndose que al perjudicado le queda la opción para acudir a la vía civil. Allí mismo se aceptó la condena de ejecución condicional.

Apelado el fallo, el Tribunal Superior de Cartagena, lo confirmó en todas sus partes, en providencia del siete de octubre de mil novecientos noventa y tres, la cual es motivo de este recurso extraordinario.

La Demanda

Invoca el censor tres cargos, uno principal y dos subsidiarios, contra la sentencia de segundo grado, los cuales fundamenta así:

Primer Cargo

Según el libelista, la sentencia fue dictada en un juicio viciado de nulidad por existencia de irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso, al no haberse dado aplicación a los artículos 35, 36 y 39 del Código de Procedimiento Penal y a consecuencia de lo cual se desconoció el artículo 29 de la Carta Política.

Afirma que en la actuación se dejaron de aplicar los citados artículos los cuales permiten la extinción por indemnización integral, y se continuó con un proceso que ha debido terminar en el momento en que entró en vigencia el Decreto 2700 de 1991, pues con anterioridad se había efectuado un acuerdo entre la parte civil y la Empresa Alpina Productos Alimenticios S.A., en virtud del cual ésta se comprometió a pagar el monto de los perjuicios causados con la muerte del menor.

Según él, no se podía dictar en contra de su representado sentencia condenatoria, por cuanto las normas citadas permitían la extinción por indemnización integral, lo cual implicó la violación al debido proceso.

Agrega mas adelante, que las causales objetivas de preclusión de la investigación estaban dadas en el caso sub exámen en el momento en que se calificó el mérito del sumario; que al presentarse el escrito de desistimiento de la acción civil, en septiembre 4 de 1990, en cuantía que si bien no se determinó en el proceso debió quedar fijada en el acuerdo, no determinaba, conforme a los efectos que produce el desistimiento, la renuncia a las pretensiones de la demanda de acuerdo al artículo 342 del Código de Procedimiento Civil, cuya remisión la autoriza el artículo 21 del Código de Procedimiento Penal.

Según él, la decisión no podía quedar limitada a las consecuencias del hecho punible que se investigaba y por el cual se dictó en su momento resolución de acusación, sino que ha debido declararse la extinción de la acción penal y la preclusión de la investigación, porque para ese entonces ya había entrado en vigencia el Decreto 2700 de 1991; estando demostrada la existencia de un acuerdo entre la parte demandante y la Empresa Alpina Productos Alimenticios S.A., se daban los presupuestos que para el efecto exige el artículo 39 de la comentada normatividad.

Al momento de la calificación no se tuvo en cuenta la facultad otorgada para transigir al apoderado de la parte civil, independientemente de que no se presentara escrito contentivo de los términos exactos del acuerdo, porque al aceptar la Fiscalía el acuerdo, tácitamente aceptó la tran

sacción, lo cual producía consecuencias jurídicas respecto de las pretensiones indemnizatorias.

Agrega que tampoco se tuvo en cuenta el artículo 62 del Código de Procedimiento Penal, según el cual la acción civil proveniente del hecho punible se extingue en todo o en parte, por cualquiera de los modos consagrados en el Código Civil, lo que llevó a que su representado resultara condenado en un proceso en el que no se podían hacer pronunciamientos de fondo sobre la existencia del delito, ni estar acreditado el acuerdo para el pago de la indemnización integral: según él, una de las formas de terminación de las obligaciones civiles, consagrada en el artículo 1625 numeral tercero del Código Civil, es la transacción, la cual se dejó de reconocer.

Afirma que hubo transacción según las voces del artículo 2469 del Código Civil, y que aún existiendo la noticia del acuerdo se dejó de aplicar el artículo 2483 *ibídem* que regula los efectos de la forma de terminación de las obligaciones, que se debió tener en cuenta por expresa remisión del artículo 62 del Código de Procedimiento Penal.

Por lo tanto, la irregularidad sustancial afectó la garantía constitucional del debido proceso que exigen tanto la Constitución como el Código de Procedimiento Penal cuando señalan la observancia de la plenitud de las formas propias del juicio.

Segundo Cargo (subsidiario del primero)

También al amparo de la causal tercera, indica el censor que la sentencia fue dictada en un juicio viciado de nulidad por existencia de irregularidad originada en la misma sentencia, que afecta el debido proceso por no haber aplicado los artículos 35, 36 y 39 del Código de Procedimiento Penal y como consecuencia de ello, haber violado el artículo 29 de la Constitución Nacional, por inobservancia de la plenitud de las formas propias del juicio.

El fundamento de este cargo lo hace consistir en los mismos argumentos del anterior, esto es, que el desconocimiento del acuerdo entre las partes condujo a la inaplicación de las citadas normas, así como de las civiles que regulan la transacción, lo que conllevó al quebrantamiento del debido proceso, cuyo efecto anulatorio recae sobre la sentencia impugnada, en lugar de la cual debió producirse la cesación de procedimiento o preclusión de la instrucción por reparación integral de los daños, conforme al artículo 39 del Código de Procedimiento Penal.

Tercer Cargo (Subsidiario del primero y el segundo)

En esta oportunidad acusa la sentencia por violación directa de la ley sustancial, por interpretación errónea de los artículos 61 y 67 del Código Penal, a consecuencia de lo cual se produjo un exceso en la pena impues-

ta al procesado, la cual debió ser la mínima de dos (2) años de prisión que establece el artículo 329 del Código Penal, al no confluir circunstancias de agravación y por concurrencia exclusiva de atenuantes.

Según el censor, el Tribunal le dió a la expresión "gravedad y modalidad del hecho punible" un contenido y alcance que no tiene, por que la muerte del menor es consecuencia de la conducta expuesta en el tipo penal y su ocurrencia no configura el referido factor, pues tales modalidades son las que guardan directa relación con el mayor o menor compromiso del sujeto activo del comportamiento ilícito, en el despliegue de actividad conciente para lograr la realización de un determinado punible; de no ser así, se llegaría al extremo de que nunca se podría aplicar el mínimo en tratándose de homicidio culposo o incluso doloso.

Para el libellsta, en el caso sub examen no se da ninguna de las circunstancias que autorizan a incrementar la pena, pues su grado de culpabilidad por el atropellamiento de un menor, se produjo en circunstancias normales de conducción de un automotor en carretera, debido tal vez, a la inobservancia momentánea de una norma sobre velocidad máxima permitida, que de manera alguna justifica un incremento punitivo.

Ya en cuanto a la personalidad del procesado, quedó aceptado en la sentencia su buena conducta anterior e incluso procesalmente se demostró cómo en la Empresa le tenían un mote especial por su lentitud para conducir.

Dice que la pena impuesta de dos años y seis meses afecta a Manuel Segundo Gómez Martínez y la accesoria de suspensión de la licencia para conducir, vá en detrimento de su fuente de sustento.

Solicita entonces casar la sentencia impugnada para que, en su lugar, se dicte la que deba reemplazarla, condenándolo a la pena de dos años únicamente.

Concepto de la Procuraduría

En cuanto tiene que ver con el PRIMER CARGO, comenta el Procurador Segundo Delegado en lo Penal, que en desarrollo del debido proceso que garantiza las formas propias del juicio, se protege al procesado y al perjudicado, encontrándose su desarrollo en materia penal, en el respectivo código de procedimiento.

Alude entonces al contenido del artículo 39 de la citada normatividad, y expresa que si allí se autoriza la extinción de la acción penal, la terminación del proceso a través de la preclusión o la cesación de procedimiento son pertinentes, cuando dentro del proceso esté demostrada la reparación integral previo avalúo pericial del perjuicio o el acuerdo entre las partes sobre su monto, sin que sea suficiente la intención o el compromiso de pagarlos sin acreditar en autos los términos del acuerdo o el respec-

tivo avalúo, porque en tal caso no se puede aseverar que se ha verificado el resarcimiento del daño, sino únicamente una expectativa del mismo.

La naturaleza y alcance del artículo en mención, agrega el Ministerio Público, tiende a garantizar el derecho a la víctima o los perjudicados a ser resarcidos real y adecuadamente, y a tal finalidad apunta el peritaje o el acuerdo.

Por tanto, el memorial que obra a folio 93 del cuaderno original no configura reparación integral del daño ocasionado con el perjuicio ya que está expresamente dirigido a desistir de la acción civil de resarcimiento de los perjuicios materiales y morales, términos estos que surgen contrarios a la acción de reparar lo que denota incertidumbre e imprecisión en el pago.

Frente al artículo 62 del Código de Procedimiento Penal, que menciona el recurrente, el referido desistimiento no señala si la extinción de la acción civil se propone total o parcialmente ni tampoco tiene la virtualidad de afectar el ejercicio de la acción penal porque el artículo 2472 del Código Civil establece que la transacción recae sobre la acción civil que nace de un delito, pero sin perjuicio de la acción penal.

Finalmente expresa que el censor señala con impropiedad conceptual como violado el artículo 29 de la Carta Política desconociendo la regulación propia del artículo 304 del Código de Procedimiento Penal, pues el yerro que enuncia no constituye irregularidad alguna y en nada afecta los derechos sustanciales del procesado ni la estructura misma del proceso.

Sobre el SEGUNDO CARGO afirma la Procuraduría que registra la misma impropiedad conceptual que el anterior y la pretendida nulidad por violación al debido proceso, la fundamenta adaptando argumentaciones del primer cargo para señalar, en esta oportunidad, errores de actividad en la sentencia, pues propone que en lugar de condenar, el fallador ha debido cesar procedimiento, demostrando así su confusión pues en punto a las formas propias del juicio llegado el momento de la sentencia no puede trocarse por decisión distinta a la absolución o la condena para terminar el proceso.

Resalta el hecho que tanto la Fiscalía que calificó el mérito del sumario como el juez que adelantó la causa, no incurrieron en error *in procedendo* en el curso del proceso, a más que la sentencia se edificó en un proceso debidamente estructurado.

En cuanto al TERCER CARGO manifiesta que respecto de la gravedad y modalidades del hecho punible referidas por el fallador a las "circunstancias de comisión del delito", confunde el censor la ejecución del hecho, su ocurrencia penalmente relevante, con la conducta desplegada por el autor para consumarla.

Aclara con posterioridad, cuál fue la interpretación que al respecto dió el juzgador, tanto para lo referido a la gravedad y modalidades del hecho punible, como a lo que tiene que ver con la intensidad de la culpa, con lo cual concluye que el Tribunal interpretó correctamente los preceptos en que se fundó la sentencia recurrida para efectuar la tasación de la pena, esto es, los artículos 61 y 67 del Código Penal, y que la facultad para incrementar el quantum punitivo fue ejercida razonablemente y sin abuso, conforme a la situación fáctica comprobada.

Recuerda también que la circunstancias atenuantes no obligan a realizar una tasación mínima por que el artículo 67 del Código Penal no es rígido y opera sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 61 *ibidem*.

Consideraciones de la Sala

Primer Cargo

La nulidad planteada por el libelista carece de todo fundamento, por cuanto se limitó a señalar la falta de aplicación de los artículos 35, 36 y 39 del Código de Procedimiento Penal como motivo invalidante del proceso, y sin entrar a demostrar de qué manera se vió afectado el artículo 29 de la Carta Política por la inobservancia de las formas propias del juicio.

El argumento del yerro invocado consiste para el censor; en el hecho de no haberse declarado la preclusión de la investigación al momento de calificarse el mérito del sumario, o la cesación de procedimiento en la etapa del juicio, habida cuenta que la parte civil desistió de la acción para obtener el pago de los daños y perjuicios y ello imponía, a su juicio, la aplicación del artículo 39 del Código de Procedimiento Penal.

En efecto, el representante de la parte civil presentó, el 4 de septiembre de 1990, memorial en el cual desistía de la acción civil "de resarcimiento de perjuicios materiales y morales ... contra el sindicado Manuel Segundo Gómez Martínez y la empresa Alpina Productos Alimenticios S.A., por cuanto dicha empresa se comprometió a pagar el monto de los perjuicios causados con la muerte del menor..." (f. 93 c.o).

Como bien se dijo en la resolución acusatoria, no era dable en ese momento declarar extinguida la acción penal, como tampoco lo fue la cesación de procedimiento al momento de dictar sentencia por cuanto no existía constancia en el proceso de que se hubiera dado cumplimiento al artículo 39 del Estatuto Procesal Penal vigente, que establece para tal efecto que en los delitos de homicidio culposo, entre otros, la acción penal se extinguirá para todos los sindicados, cuando cualquiera Repare integralmente el daño ocasionado.

La misma norma determina en su inciso final que: " La reparación debe efectuarse de conformidad con el avalúo que del perjuicio haga un perito, a menos que exista acuerdo sobre el mismo."

La tesis que ahora propone el recurrente, constituye no menos que un absurdo, por cuanto se estaría desnaturalizando la estructura del instituto penal del desistimiento y del tipo penal que consagra la sanción por homicidio culposo. Si se aceptara la postura del libelista, sería suficiente la intención o el compromiso de resarcir los daños causados para que se extinga la acción penal y se excluya la aplicación de las sanciones establecidas en el ordenamiento punitivo con vista al restablecimiento del orden jurídico, pero todo ello iría en detrimento de la satisfacción del interés privado afectado por el delito, el cual quedaría sometido a una mera expectativa: el real cumplimiento de la obligación.

De otro lado no resulta cierto que se le estén desconociendo las facultades a la parte civil, como el demandante mismo lo afirma, y prueba de ello es la aceptación del desistimiento como una forma de reconocer la transacción de la *litis*, pero no se puede confundir el hecho de la intención del resarcimiento con el cumplimiento real del acuerdo.

Por ello, se reitera, las consecuencias jurídicas de que trata el artículo 39 del Código de Procedimiento Penal actual no podían darse hasta tanto no se cancelara la obligación; para ello es necesario recordar que, precisamente la razón de ser de la indemnización de perjuicios se orienta constitucionalmente a que las autoridades amparen y garanticen el derecho al restablecimiento de los afectados directamente con el hecho punible. Tal objetivo jamás tendría razón de ser sin que efectivamente se verifique su cumplimiento.

De otro lado, y dado que el recurrente invoca las normas del Código Civil, ha de decirse, de un lado, que dicha normatividad no excluye la acción penal que pueda adelantarse en razón al delito cometido y de otro, que el trámite de los perjuicios debe ajustarse a lo previsto en el Código de Procedimiento Penal, y en los aspectos no regulados se integran las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, pero uno y otro tema están específicamente delimitados por la ley, por lo que es imperativo para el Juez someterse a sus precisiones.

El cargo en estas condiciones no puede prosperar.

Segundo Cargo

Como bien lo señala el Procurador Delegado, los argumentos esbozados por el libelista son similares a los utilizados en el anterior reproche, por lo que también está destinado a fracasar. En esta oportunidad el recurrente recae en una gran confusión conceptual, habida cuenta que la nulidad propuesta se fundamenta en que se socavaron las formas propias del juicio, y luego, de manera inexplicable asegura que al momento de dictarse sentencia debió proferirse cesación de procedimiento.

La nulidad que se proponga porque se conculcaron las formas propias del juicio, tiene que ver con el hecho de que se desconocieron las

ritualidades establecidas por la ley para estructurar el proceso, a consecuencia de lo cual se produjo un perjuicio concreto. Una situación así, mal podría derivarse de que se haya tomado o no una concreta decisión en la sentencia, pues por simple lógica ninguna relación guarda la inobservancia de los actos procesales, con la decisión que sobre la responsabilidad del procesado se consigne en el fallo.

Además, el motivo para inaplicar el artículo 39 tantas veces citado, fue motivo de expreso pronunciamiento tanto en la resolución acusatoria como en los fallos de primero y segundo grado, en los que reiteradamente se aclaró que no se procedía a la declaración de la extinción de la acción penal, por no obrar constancia en el proceso de que efectivamente se hubiera producido el pago por reparación de daños y perjuicios.

Ante la falta de razón del recurrente, el cargo no prospera.

Tercer Cargo

Considera en esta oportunidad el libelista que hubo exceso en la pena impuesta al procesado, por interpretación errónea de los artículos 61 y 67 del Código Penal, cuando a su prohijado se le debió imponer la mínima de dos años y no la de dos años y seis meses, ya que a su juicio no concurrieron circunstancias de agravación y solo se evidencian en este caso, atenuantes.

Ha de decirse al respecto, que para efectos de dosificar la pena, no existen precisos parámetros que permitan concretar el quantum punitivo, habida cuenta que el juzgador goza de cierta facultad que está sometida a algunas directrices de obligatoria observancia.

Así entonces, dentro de los criterios que se deben tener en cuenta para fijar la pena, es menester analizar los artículos 67 y 61 del Código Penal, pues lo relativo a las agravantes o atenuantes es apenas uno de los varios criterios establecidos en la ley; además, es necesario mirar, como lo estipula el mismo artículo 61 del Código Penal, la gravedad y modalidades del hecho punible, el grado de culpabilidad y la personalidad del agente.

Si bien es cierto el artículo 67 enunciado determina que solamente se aplican mínimos cuando exclusivamente concurran circunstancias de atenuación punitiva, ello procede sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 61, esto es, cuando no se presenten circunstancias de las que enuncia este artículo las cuales pueden conducir a un incremento punitivo.

En el caso concreto del procesado Manuel Segundo Gómez Martínez, el juez al determinar que la pena a imponer era la definitiva de dos años y seis meses, lo hizo teniendo en cuenta los parámetros de las citadas normatividades considerando la gravedad del hecho punible, las modalidades que rodearon el suceso y la intensidad de culpa que acompañó al acusado.

Veamos lo que al respecto se dijo en la sentencia de primer grado:

«...En el presente caso el delito imputado es el de Homicidio Culposo que se sanciona con prisión de dos (2) a seis (6) años; siguiendo las prescripciones señaladas en el artículo 67 del mismo Código, que dispone que el mínimo sólo se impone cuando concurran exclusivamente circunstancias de atenuación y el máximo solo cuando concurren de agravación, sin perjuicio de lo prescrito en el artículo 61 y como la buena conducta anterior es circunstancia genérica de atenuación (art. 64 numeral 1) y en el proceso no le aparecen antecedentes, ni sindicación alguna ni prueba que diga lo contrario, por la gravedad del hecho punible y las modalidades que rodean el suceso y la intensidad de la culpa que acompañó al acusado, la pena queda definitivamente en dos años mas seis meses de prisión como principal además de las accesorias de rigor multa de $10.000.oo y la suspensión de la licencia de conducción por un periodo igual al de la pena señalada...» (fl. 186)

Por otra parte, dentro de los argumentos que se plasmaron en el fallo recurrido, para determinar la mayor culpa del procesado, se encuentra el hecho de haber pasado por una zona habitada, de cuyas casas se encontraban cerca de la carretera, que el acusado con frecuencia transitaba por allí, e inclusive el día del insuceso, en las horas de la mañana, ya lo había hecho; la conclusión fué que si Manuel Segundo hubiera conducido con prudencia su vehículo se hubiera evitado el accidente y además no existía la posibilidad de que a la distancia que se encontraba no hubiera visto a los niños, porque la carretera era recta.

La imposición de la pena de suspensión en el ejercicio de la conducción estuvo acompañada de válidos razonamientos, como el hecho de que el procesado desarrollaba una actividad que implica riesgos y por lo tanto exige de su ejercicio el debido cuidado y atención al medio social, obligación que al ser quebrantada por éste, y atendiendo a lo establecido en el artículo 58 del estatuto punitivo, condujo a que se le privara del derecho a ejercerla por un tiempo igual al de la pena privativa de la libertad, sin embargo para proteger el principio de legalidad de la pena, la Corte casará el fallo, de oficio, para imponerla como principal como que así viene concebida en el artículo 329 del Código Penal.

La Sala entonces, no encuentra reparo alguno en cuanto a la dosificación punitiva efectuada por los falladores de instancia, y antes por el contrario advierte equivocado el criterio del censor en punto de la supuesta interpretación errónea de la expresión "gravedad y modalidad del hecho punible", por que para él, la muerte del menor es consecuencia expuesta en el tipo penal y no configura el referido factor; pero, sabido es, que una cosa es la amenaza o lesión sufrida por el bien jurídico y otra el grado y modalidad del injusto cometido.

Los anteriores razonamientos son suficientes para concluir con la improsperidad del cargo formulado y la casación oficiosa.

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

Primero.- Desestimar la demanda

Segundo.- Casar oficiosamente el fallo impugnado y declarar que la suspensión en el ejercicio de la conducción se impone como pena principal.

Devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase.

Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda, José Ignacio Talero Lozada, Conjuez.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

DEMANDA DE CASACION/ RESOLUCION DE ACUSACION

Es sencillo entender que si el propósito buscado con la sustentación del recurso es el reconocimiento de una causal de justificación, se debe partir de que se acepta que el acusado realizó el comportamiento, pues de no ser así los dos planteamientos resultan excluyentes, y no es labor permitida a la Corte corregir la demanda.

Como claramente lo establece el último inciso del artículo 225 del Código de Procedimiento Penal, es permitido formular cargos excluyentes, pero deben plantearse separadamente y de manera subsidiaria.

2.-La resolución de acusación es la pieza procesal en la cual se determinan los cargos que deben ser resueltos en la sentencia, de modo que es tal su importancia e incidencia, que tanto los requisitos de orden probatorio como su contenido los señala la ley -artículo 441 y 442 del Código de Procedimiento Penal-. Es un auto de carácter interlocutorio, lo cual indica que lo que se resuelve debe estar debidamente motivado, o lo que es lo mismo, que la decisión que se tome tenga una fundamentación clara que permita conocer las razones por las cuales se llegó a ella.

Si el llamamiento a juicio no se motiva, o se hace de una manera ininteligible, se viola el derecho a la defensa del encausado, pues sin conocer los argumentos del funcionario calificador le será imposible controvertirlos. De otra parte, con una acusación en esas condiciones el juez no puede dictar sentencia, ya que para que pueda hacerlo es básico que los cargos estén bien formulados

Si en la parte motiva se analiza un hecho a través de los elementos integradores del delito, en el proceso lógico jurídico que corresponde a la formulación de un cargo, pero finalmente en la parte resolutiva no se concreta que el acriminado debe responder por él, en la sentencia no se puede tomar como si formara parte del enjuiciamiento pues de esa manera el juez estaría corrigiendo un yerro de la calificación sin tener competencia para hacerlo, ni ser procedente en ese momento.

La demostración de lo dispuesto en la causal segunda de casación se obtiene confrontando la sentencia con el pliego de cargos.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santa Fe de Bogotá, D.C., mayo quince (15) de mil novecientos noventa y seis (1996).

Magistrado Ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel.*

Aprobado Acta No. 74

Proceso No. 9239

VISTOS

Procede la Sala a resolver sobre la demanda de casación presentada por el defensor del procesado Isauro Ortegón Serrano, contra la sentencia del Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá, confirmatoria de la dictada por el Juzgado Cincuenta y Siete Penal del Circuito de la misma ciudad, en cuanto condenó al aquí recurrente a la pena principal de diez (10) años y seis (6) meses de prisión como autor responsable del concurso delictivo de homicidio y porte ilegal de armas, y a pagar por perjuicios morales 250 gramos oro, negándole el beneficio de la condena de ejecución condicional, modificando la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas en el sentido de disminuirla a diez años, y condenándolo a pagar una suma equivalente a ochocientos cincuenta gramos oro, en lugar de la cantidad en pesos fijada en el dictamen pericial por concepto de los perjuicios causados por el delito de homicidio.

I. HECHOS

Los resumió el Tribunal en la sentencia así:

"Ocurrieron pasadas las diez de la mañana del día doce de octubre de mil novecientos noventa y dos, en la calle 53A con carrera 5a.-B sur del Barrio 'El Portal de esta ciudad. A dicho lugar arribaron los señores Wilmar Lezcano Guzmán y Aquileo Valero Cañón, con el propósito de que este último inspeccionara un lote de terreno que el primero pensaba enajenarle, aledaño a la casa de habitación del señor Isauro Ortegón Serrano, quien había tenido varios conflictos con la familia de Lezcano pues aducía que él era el propietario del terreno por posesión mientras que Wilmar argumentaba lo propio.

Se dice que el señor Ortegón Serrano, enterado de la negociación que pensaban hacer con el terreno, salió de su casa y se dirigió hasta el bien materia del litigio personal y, luego de una discusión o cruce de palabras, esgrimió un arma de fuego que portaba sin el permiso de autoridad competente e hizo varios disparos, uno de los cuales impactó en la humanidad del potencial comprador del inmueble, quien portaba igualmente una pistola

que desenfundó pero que no alcanzó a disparar, siendo trasladado de inmediato al Hospital de Tunjuelito a donde llegó sin signos vitales.

Minutos más tarde, a instancias de la señora Gloria Olivia Parada Pulido, esposa de Wilmar Lezcano, efectivos de la Policía concurrieron al lugar de los hechos e intimaron captura a Isauro Ortegón Serrano; allí, el hijo de éste, José Guillermo Ortegón Martín, les entregó un revólver calibre 38 largo marca Ruger, contentivo de dos vainillas y cuatro cartuchos, y una pistola marca Start, calibre 7.65 en cuyo proveedor se halló un cartucho y en su cámara una vainilla".

II. Actuación Procesal

El Fiscal Delegado número 46, luego de adelantar indagación preliminar, decretó la apertura de la investigación vinculando a la misma mediante indagatoria a *Isauro Ortegón Serrano*, a quien le resolvió la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva por el delito de homicidio, decisión que al ser apelada fue confirmada por la Unidad de Fiscalía Delegada ante los Tribunales Superiores de Santa Fe de Bogotá y Cundinamarca.

Clausurada la instrucción, el Fiscal calificó el mérito del sumario el 12 de febrero de 1993 con resolución de acusación por el delito de homicidio, aún cuando en la parte considerativa de dicha providencia señaló que la calificación procedía por el hecho punible de homicidio en concurso con el porte ilegal de armas, para lo cual indicó las normas que describen y sancionan esta conducta, fundamentó su existencia y dedujo responsabilidad en la misma para el procesado (fls. 224 y ss.).

Cumplida la etapa del juicio y celebrada la audiencia pública, el Juzgado Cincuenta y Siete Penal del Circuito de esta ciudad profirió sentencia condenatoria por los delitos de homicidio y porte ilegal de armas, decisión que fue confirmada con las modificaciones señaladas en precedencia por el Tribunal Superior.

III. La Demanda

El demandante formula dos cargos en contra de la sentencia del Tribunal, uno al amparo de la causal primera y otro con fundamento en la causal segunda, así:

Causal Primera

El casacionista acusa "la sentencia impugnada de violar de manera indirecta, la ley sustancial, por manifiestos errores de hecho en la apreciación de la prueba".

Afirma el actor que "el sentenciador de instancia ignoró la existencia de diferentes medios de convicción que obran en el proceso legalmente recibidos como las declaraciones de la señora María Otilia Mariño Rincón, Aura Rosa Ortegón Mariño y Guillermo Ortegón Mariño, la diligencia de inspección judicial practicada en la cra. 5 Bis No.53A-12 sur, barrio 'El Portal' de esta ciudad, sitio de los hechos, por el Juez 57 Penal del Circuito de este D.C. y las fotografías No.492848, folio 309 del c.o. 492854, del folio 312 del c.o, 292863 y 492864, del folio 317 del c.o y la No.492866, del folio 318 del c.o. motivo por el que omitió su apreciación".

Sostiene que con fundamento en dichos testimonios, debidamente corroborados con la inspección judicial y las fotografías reseñadas, se demuestra que Isauro Ortegón Serrano es poseedor del predio donde ocurrieron los hechos por tenerlo con ánimo de señor y dueño desde hace aproximadamente 25 años, tiempo durante el cual "construyó a sus expensas su casa de habitación donde reside de manera permanente y pública con su familia, integrada por su esposa e hijos, quienes también -dos de estos últimos- construyeron su vivienda, como sucede con Guillermo y Aura Rosa Ortegón Mariño".

Transcribe lo pertinente de los testimonios de María Otilia Mariño Rincón e Isauro Ortegón Mariño, para decir que comprueban "la conducta provocadora y agresiva de Wilmar Lezcano Guzmán al presentarse en el inmueble poseído por el señor Ortegón Serrano, lugar de su residencia, consistente en derribar de manera violenta una cerca de piedra construída por la familia Ortegón Mariño y en amenazar de muerte al jefe de la misma.

Reitera que estos testimonios "no fueron tenidos en cuenta por el Juez de segunda instancia, no obstante provenir de testigos presenciales del hecho declarado, dignos de toda credibilidad por ser verosímiles y aparecer concordantes y complementarios.

El libelista hace referencia a la prueba testimonial antes reseñada y a un aparte de la indagatoria del procesado para decir que con tales pruebas se demuestra dentro del proceso: la agresión física de Wilmar Lezcano contra Isauro Ortegón Serrano, cuando este salió del interior de su casa a preguntar por qué Lezcano ofrecía él en venta y advertir a su desconocido acompañante Aquileo Valero Cañón que aquél no era dueño del inmueble, sino él, con quien debía dialogar sobre la compraventa.

Afirma a continuación que "La veracidad del relato del señor Ortegón Serrano y su esposa Otilia Mariño, sobre la agresión..... es irrebatable porque la señora fiscal que indagó al procesado dejó constancia que él 'presenta el cuello de la camisa roto' (folio 34 c.o.)". Dice que los testigos enseñan también que el acto violento comprendió el derribamiento de un muro construído por la familia del implicado; y que el proyectil que segó

la vida de la víctima no fue disparado por el procesado, sino que éste se produjo en momentos en que Gloria Olivia Parra sorprendió por la espalda a Isauro y "pretendió quitarle el revólver que él portaba".

Concluye el censor que si el Tribunal "no hubiese ignorado la existencia de los medios de convicción, aquí relacionados..., que obran en el proceso legalmente recibidos y por lo mismo no hubiesen omitido su apreciación, habrían reconocido que la conducta del señor Isauro Ortegón Serrano fue la reacción defensiva, proporcional a la agresión actual e injusta que contra su derecho patrimonial concretado en la posesión pública e ininterrumpida que por más de 25 años ejerce sobre el inmueble en el cual reside junto con su familia desplegada por los señores Wilmar Lezcano Guzmán y Aquilero (Sic) Valero Cañón, quienes se presentaron en su domicilio y de manera violenta derribaron un muro construído por la familia de Ortegón Mariño para independizar su predio luego de lo cual agreden físicamente al señor Ortegón Mariño tomándolo por el cuello de su camisa la que rompen como lo pudo constatar la señora fiscal que le recibió declaración indagatoria y lo golpean fuertemente en su rostro arrojándolo al piso, en momentos en que Lezcano Guzmán le pide a Valero Cañón que sacara el revólver y lo disparara contra la humanidad de Isauro Ortegón Serrano".

Agrega que "Así mismo la Corporación de segunda instancia, hubiese reconocido que Ortegón Serrano no disparó contra la humanidad de Valero Cañón, porque el proyectil fue expulsado por el arma de Ortegón Serrano a consecuencia, directa y exclusiva de la conducta de Gloria Parada Pulido de pretender desarmarlo para de esta manera permitir se consumara el ataque contra la vida de Ortegón Serrano".

Finalmente sostiene que la conducta del procesado no es punible, por no ser antijurídica, porque la misma está contemplada en nuestro estatuto penal sustantivo en su artículo 29 numeral 4o. como legítima defensa, por lo que solicita casar la sentencia impugnada, y en su lugar, absolver a Isauro Ortegón Serrano.

Causal Segunda

"La sentencia no está en consonancia con los cargos formulados en la resolución de acusación."

Para demostrar la censura, el actor aduce que la Fiscalía General de la Nación, Unidad Primera de Vida, profirió resolución de acusación en contra de su representado "Unicamente por el punible de homicidio en la persona de Aquileo Valero Cañón", y sin embargo, se le condenó por los delitos de homicidio en concurso con porte ilegal de armas, "lo que permite casar la sentencia por violación a su derecho de defensa."

Advierte el libelista que no impide casar la sentencia "el hecho que en la parte motiva de la resolución de acusación se hubiese realizado alguna

consideración sobre el delito de Porte Ilegal de Armas", porque como lo enseña la jurisprudencia la parte vinculante de dicha providencia es la "resolutiva no la motiva".

IV. Concepto del Ministerio Público

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal rinde su concepto en los siguientes términos:

Causal Primera

Señala que el censor incurre en desaciertos técnicos en la formulación y desarrollo del cargo, porque en ningún momento precisa, como era su deber atendiendo la causal invocada, cuáles son las normas fin que acusa quebrantadas, y mucho menos, en qué sentido se produjo dicha transgresión -si falta de aplicación o aplicación indebida-.

Observa que los errores de hecho aducidos no corresponden a la realidad, porque el fallador sí apreció los medios de prueba supuestamente omitidos según el recurrente y a ellos se refirió en la parte motiva de la sentencia, aún cuando otorgándoles un alcance y unas consecuencias diferentes a las que pretende el casacionista.

Para el efecto observa que en la sentencia de segunda instancia (fl.24), consta la apreciación que el Tribunal efectuó de los testimonios de María Otilia Mariño Cañón y Aura Rosa Ortegón Mariño, a quienes no les creyó íntegramente porque algunos de los aspectos que de ellos señala el actor, constituyen aseros que no corresponden a la realidad demostrada en el proceso con otros medios probatorios igualmente asumidos con el rigor propio de la crítica razonada. "Acepta el fallador la disputa existente entre el procesado y los Lezcano por la posesión del inmueble que éste quiso vender al igual que las controversias suscitadas por dicha causa, pero asevera que quien inició la agresión física fue el procesado y no Wilmar Lezcano como pretende hacerlo creer Ortegón Serrano y sus parientes (fl.25), de manera que como 'no existió tal agresión física, no había justificación alguna para que Ortegón Serrano optara por sacar el revólver para defenderse como lo adujo en su indagatoria", desechando, en consecuencia, la legítima defensa alegada por el procesado.

Agrega que la "inexistencia de la causal de justificación la resalta el Tribunal cuando considera que la negociación de Lezcano reprobada por Ortegón Serrano, fue motivo suficiente para que éste iniciara el conflicto, más no para que 'actuara con violencia y así parece admitirlo el apelante ya que en sus alegaciones nada dice sobre la legítima defensa que predicó en sus intervenciones iniciales', porque tal hecho, era fácilmente franqueable con solo informarlo al pretenso comprador. Y más adelante el *ad quem* concluyó que inicialmente Ortegón esgrimió y disparó su arma para

amedrentar a Lezcano y a la víctima, pero 'ocurrió que el señor Aquileo Valero Cañón llevaba un arma consigo y ante la actitud de Ortegón Serrano la desenfundó, por lo cual éste le disparó directamente a su humanidad causándole la muerte' (fl.27), conclusión que obtiene el sentenciador de la 'ponderación conjunta de los medios de prueba que conforman el plenario' demostrativos de que la acción homicida la ejecutó el procesado, 'sin que a la luz de los arts. 29 y 40 del Código Penal, resulte justificada la conducta o haya lugar a eximirlo del reproche penal que amerita' (fl.32)".

En relación con la inspección judicial y las fotografías que plasman momentos de su desarrollo, señala que se impone afirmar que el censor carece de razón cuando estima que no fueron apreciadas por el juzgador, "pues como consta en las motivaciones de la sentencia sí fueron examinadas por el Tribunal para apuntalar la credibilidad deducible de la prueba incriminadora, principalmente el testimonio de Wilmar Lezcano y el dictamen del patólogo forense, con lo cual, correspondientemente, desechó los argumentos del defensor dirigidos a edificar un caso fortuito o un homicidio culposo, pues dicha corporación entendió y concluyó que tales entidades jurídicas repugnan con el actuar antijurídico y doloso plenamente demostrado al procesado (fls. 26 a 30 y 32 c. Trib.)".

Agrega que el Tribunal también consideró en el curso de la crítica probatoria realizada "para afianzar la credibilidad de las pruebas de cargo, que si bien ninguno de los testigos pudo precisar el instante en que la víctima fue mortalmente herida, este resultado fue 'consecuencia de uno de los disparos que hizo el aquí procesado Isauro Ortegón Serrano' (fl.32 ibid), con lo cual reafirmó que fue él y no otra persona quien realizó la conducta homicida, tanto más cuando la referida conclusión la consigna sin glosar los hechos vertidos por Wilmar Lezcano en punto a que cuando Gloria Oliva Parada "abordó por detrás a Isauro con el propósito de desarmarlo, éste le disparó a la mujer pero ella logró moverle la mano..." (fl. 26 *ibid*).

Respecto al testimonio de Guillermo Ortegón Mariño, sostiene que la sentencia de primera instancia lo apreció con amplitud (fl.348 c. 1a. inst), al igual que las demás pruebas que el censor asegura ignoradas por el Tribunal, por lo que en atención a que los fallos de las instancias se integran y forman una unidad inescindible en todo lo que armonicen, no le asiste razón al casacionista en la presunta omisión probatoria aducida, dado que ésta no existió. El Juez Cincuenta y Siete Penal del Circuito apreció el testimonio de Ortegón Mariño, encontrando inexplicables sus manifestaciones en punto a los hechos, atendida "la falta de veracidad de Ortegón" por las contradicciones en que incurren, de manera que "si bien es cierto se produjo un forcejeo entre la señora Gloria Parada y el implicado, esto ocurrió posterior y casi simultáneo al momento en que Aquileo Valero fue herido, toda vez que el mismo Guillermo Ortegón afirma..."

(fl.363 *ibid*), con lo cual el fallador de primer grado descarta que persona distinta a Ortegón Serrano haya sido el autor de los hechos.

De lo anterior concluye que "los falladores de instancia sí apreciaron las pruebas que el censor asegura ignoradas y a ellas..atendiendo los principios de la sana crítica, otorgaron el valor y las consecuencias jurídicas que el ejercicio de la potestad judicial admite asignar". Para los juzgadores las pruebas obrantes en el proceso -entre ellas las extrañadas por el actor-, señalan que el sindicado y no Gloria Parada, fue quien disparó su arma de fuego contra la humanidad de la víctima, causándole la muerte sin justa causa, así mismo que el procesado provocó y agredió físicamente a Valero Cañón, y que la posesión del predio se la disputan los Lezcano y el sindicado. En cambio, para el demandante el predio pertenece por posesión a Isauro Ortegón, quien por proteger tal derecho fue agredido físicamente por Lezcano y posteriormente, al amparo de la defensa justa de su propiedad y de su existencia, segó la vida de la víctima, inclusive afirma el censor que el proyectil del arma de fuego no lo disparó el procesado, sino gloria Parada cuando intentó desarmarlo.

Considera que lo que en realidad se advierte es una disparidad de criterios sobre aspectos que fueron objeto de debate en las instancias referidos a los móviles del hecho, a su producción antijurídica por parte del procesado y a la reafirmación de que fue él y no otro quien causó la muerte de Valero, diferencia conceptual que no constituye el presunto error de hecho pregonado por el recurrente, como quiera que, por sobre todo, lo que el actor pretende es oponer al Tribunal su propio y personal criterio en torno a la apreciación y alcance de determinadas pruebas, opiniones del actor que no fundamentan errores de hecho por falso juicio de existencia, porque el ataque se enfila no a comprobar falta de apreciación de la prueba, sino a criticar el sentido y valor que le dió el juzgador, olvidando que éste cuenta con la facultad de apreciación de la prueba conforme a la sana crítica, para darle la credibilidad que razonadamente le merezca, que el juez de casación no puede desconocer, pues su potestad infirmativa procede cuando el censor demuestre errores susceptibles de casación sobre los que se hubiere edificado la sentencia cuya ilegalidad se impugna.

Precisa la Delegada, que ante el enfrentamiento de la personal y subjetiva apreciación probatoria del recurrente a la del juzgador, prevalece la de la sentencia porque está amparada por la doble presunción de acierto y legalidad, que en este caso se consolida más, cuando el casacionista no atacó los otros medios de prueba que sustentan los fallos de instancia.

Causal Segunda:

Observa el Procurador que comparada la sentencia con la resolución de acusación, aparece que "aquella discrepa de los cargos fijados en ésta

tal como lo indica el censor, rompiendo el fallador la relación lógica y jurídica que debe existir entre estas dos decisiones, sorprendiendo al procesado con una variación de su condición jurídica en detrimento de sus intereses expuestos a una falta de defensa, porque no constituye garantía de la misma -como cree el Tribunal- la actitud silente del procesado y su apoderado frente a las argumentaciones del Fiscal en la audiencia pública en torno al delito de porte ilegal de armas, porque la seguridad que la Carta Política contempla para las decisiones judiciales (arts. 29, 228 y 230), no puede quedar al vaivén de la voluntad de los funcionarios, a quienes les está vedado a su arbitrio estructurar los actos procesales y las determinaciones de su competencia".

Considera que la simple mención del delito y de las pruebas que en sentir del Fiscal lo demuestran, no satisface las exigencias anejas a la resolución de acusación como pieza rectora del juicio y con la cual debe guardar obligada armonía el fallo, cuando en la parte resolutiva de dicha providencia no se determina con claridad y precisión el delito por el que se enjuicia y con mayor razón cuando éste se omite, porque en el sindicado se crea la disyuntiva de si debe o no defenderse de la potestad acusativa del Estado ejercida con ambigüedad e imprecisión.

Este desacuerdo en la conformación de la resolución de acusación, "no permitía al juzgador reedificar los cargos o ensayar lucubraciones tendientes a explorar o complementar la función del Fiscal, claramente limitada en la parte resolutiva de la providencia calificatoria al hecho punible de homicidio, porque lo que en el presente caso la adición del delito de porte ilegal de armas en la sentencia, hace aplicable la causal segunda de casación."

Estima el Procurador que aquí no resulta procedente la tesis jurisprudencial sostenida respecto a las circunstancias genéricas y específicas de agravación punitiva, ya que en aquellos eventos existe la formulación del cargo por un delito determinado, mientras que en casos como el presente, la acusación está ausente, pues esta es la contenida en la parte decisoria de la respectiva resolución de acusación, y si bien debe estar precedida de la pertinente motivación, es incuestionable que es la parte resolutiva la que concreta el delito por el cual el procesado debe responder, no pudiendo inferirlo el juez en la sentencia por la simple razón de que ésta es función exclusiva del Fiscal.

En criterio de la Delegada el cargo está llamado a prosperar, imponiéndose casar parcialmente la sentencia para que la Corte profiera la que deba reemplazarla, ajustando la pena al *quantum* correspondiente al delito de homicidio por el cual fue acusado el procesado, en lugar de la tasada para el concurso delictivo en el fallo impugnado, de conformidad con lo previsto en el inciso 1o. del art.229 del C. de P.P.

V. Consideraciones de la Corte

1o. Como se dejó reseñado anteriormente, el primer cargo que formula el demandante es porque considera que la sentencia del Tribunal es violatoria de manera indirecta de la ley sustancial, por manifiestos errores de hecho en la apreciación de las pruebas.

Varias son las observaciones que se pueden hacer sobre la presentación y desarrollo de este ataque:

a) La argumentación es violatoria del principio de no contradicción, pues dentro de la misma censura pretende que se reconozca que su cliente obró en legítima defensa, en la medida en que su conducta fue una reacción proporcional a la agresión actual e injusta que contra su derecho patrimonial desplegaron los señores Wilman Lozcano Guzmán y Aquileo Valero Cañón, y además, que se acepte que él no disparó, porque el proyectil fue expulsado por el arma como consecuencia de la acción de la señora Gloria Parada Pulido.

Es sencillo entender que si el propósito buscado con la sustentación del recurso es el reconocimiento de una causal de justificación, se debe partir de que se acepta que el acusado realizó el comportamiento, pues de no ser así los dos planteamientos resultan excluyentes, y no es labor permitida a la Corte corregir la demanda.

Como claramente lo establece el último inciso del artículo 225 del Código de Procedimiento Penal, es permitido formular cargos excluyentes, pero deben plantearse separadamente y de manera subsidiaria.

b) Aunque no lo precisa, por la argumentación se advierte que el error de hecho aducido se refiere al falso juicio de existencia, en la medida en que el defensor estima que el sentenciador no apreció pruebas que están dentro del expediente.

La demostración de este cargo implica abordar dos aspectos: uno es la confrontación del fallo con el expediente para establecer que la prueba existe y no fue considerada; y otro, la acreditación de su trascendencia, esto es, que si el elemento de juicio hubiera sido apreciado la decisión habría sido otra.

En el caso que nos ocupa, y en cuanto al primer aspecto, razón le asiste al Procurador cuando afirma que el cargo no corresponde a la realidad procesal, porque el fallador sí apreció los medios de prueba supuestamente omitidos, aún cuando otorgándoles un alcance y unas consecuencias diferentes a las que pretende el libelista.

En efecto, el Tribunal en la parte motiva del fallo recurrido consideró que se conforman dos grupos bien definidos de testigos, unos que tienden a inriminar al procesado como responsable del hecho, y otros que tratan

de liberarlo de la sindicación, grupo éste en el cual apreció las versiones que según el libelista no fueron tenidas en cuenta. Así se pronunció el sentenciador de segunda instancia:

"El primer grupo ...lo integran los mencionados Wilmar Lezcano Guzmán (fls. 10, 137, 269) y su esposa Gloria Olivia Parada Pulido (fls. 14 y 271), así como la señora Ana Gilma Cubides De Landino (fls. 47 y 272). El segundo grupo lo conforman la esposa del acusado María Otilia Mariño Rincon (fls. 168 y 275) y los hijos de ésta, Aura Rosa e Isauro Ortegón Mariño (fls. 172, 277, 183 y 278), y la diferencia sustancial en los relatos de estos grupos de testigos se hace consistir en su versión sobre quién fue el que inició la agresión física, pues los Lezcano Guzmán y la señora Cubides De Ludino adujeron que lo fue el aquí procesado, ora porque esgrimió el arma de fuego que portaba o bien porque según esta última trató de golpear a Wilmar, en tanto que los parientes de Ortegón Serrano ubicaron a Wilmar Lezcano como el atacante, secundado por el hoy occiso Aquileo Valero quien portaba un arma de fuego, toda vez que el mencionado golpeó o asió por el cuello a ISAURO, viéndose este compelido a sacar el revólver que llevaba".

Luego de examinar cuidadosamente ese cúmulo de testimonios, el Tribunal consideró:

"...confrontándolos con otros medios de prueba existentes en el infolio ...llevan a concluir que las atestaciones ofrecidas por el señor Wilmar Lezcano o Guzmán y su esposa Gloria Olivia Parada Pulido, resisten los rigores de la sana crítica del testimonio, en la medida en que guardan armonía entre sí, no contrarían la lógica y los testigos de descargo terminan por corroborar sus dichos en lo esencial".

La anterior transcripción resulta suficiente para concluir que no es cierto que el fallador haya omitido la apreciación de los testimonios a que hace referencia el censor, y esta conclusión se robustece si se observa el fallo de primera instancia, que ante la confirmación constituye con el de segunda una unidad inescindible, en donde de manera muy amplia se analizaron las versiones que el libelista erróneamente considera no apreciadas.

Igual falla comete tratándose de la inspección judicial y de las fotografías que en esa diligencia fueron tomadas, pruebas respecto de las cuales también resulta inexplicable que asegure que no fueron apreciadas por los juzgadores, cuando la simple lectura de lo que a continuación se transcribe pone en evidencia que falta a la verdad. Dijo el Tribunal:

"No se puede afirmar con certeza a partir de los testimonios recibidos que el hoy obitado se encontraba cerca al muro referenciado por la defensa, pero aún aceptando en gracia de discusión que sí estaba cerca a la pared que ilustran las fotografías tomadas en la peticitada diligencia de inspección judicial (fls. 308 y ss), no puede admitirse la tesis de que el proyectil impactó en la aludida pared, primero porque se trata de un muro de bloque

y la simple experiencia enseña que esa clase de material es poco resistente en razón de la forma hueca que tiene. Por ello el propio defensor planteó en el debate público que el proyectil pegó en una columna de concreto incrustada en la susodicha pared, rebotó e hirió a Valero. Empero, esa posibilidad resulta inconsistente y contraria con la simple lógica, porque, si se observa, específicamente las fotografías que aparecen a folios 308 y 316 parte superior, la referida columna de concreto y la posición en que dijo el propio implicado Ortegón Serrano en la que se encontraba Aquileo Valero, permiten concluir que si el proyectil impactó en la columna, mal hubiera podido rebotar para introducirse en el cuerpo de la víctima por su región supraescapular izquierda, pues ello significaría que el proyectil prácticamente se devolvió en la medida en que Valero Cañón se encontraba de frente a Isauro y tenía el muro a su izquierda".

Al parecer el demandante confunde el falso juicio de existencia por omitir la apreciación de una prueba, que es una modalidad del error de hecho, con la circunstancia de que a pesar de haberse considerado no se le reconoció credibilidad, temas completamente diferentes y excluyentes, pues este último presupone justamente que el medio de prueba haya sido analizado.

Desvirtuada la existencia del error alegado sobre la no apreciación de pruebas, y demostrado que sí fueron analizadas, y que la conclusión fue negarles credibilidad, es obvio que cualquier cosa que se haya dicho sobre la trascendencia queda sin base, y reducido a la simple aspiración del impugnante de que se acoja su criterio en lugar del expuesto por el fallador atendiendo a las reglas de la sana crítica, pretensión que no tiene cabida dentro de la naturaleza y fines del recurso extraordinario de casación.

En el mismo sentido se pronuncia el Procurador cuando destaca, que lo que en realidad se advierte es una disparidad de criterios sobre aspectos que ya fueron objeto de debate en las instancias, referidos a los móviles del hecho, a su producción antijurídica por parte del procesado, y a la reafirmación de que fue él y no otro quien causó la muerte de Valero Cañón, diferencia conceptual que no constituye el presunto error de hecho pregonado por el recurrente.

La sentencia de segunda instancia, con la cual termina la fase ordinaria del proceso, está amparada por la doble presunción de acierto y legalidad, de manera que la única posibilidad de que pueda atacarse con éxito es demostrando que está afectada por errores in procedendo o in iudicando trascendentes, objetivo del cual está muy distante el reparo presentado.

2o. La segunda censura que plantea el casacionista la concreta en que "la sentencia no está en consonancia con los cargos formulados en la resolución de acusación", porque el Fiscal acusó a Isauro Ortegón Serra-

no únicamente por homicidio, y se le condenó por dicho delito en concurso con porte ilegal de armas, con violación de su derecho de defensa.

Reconoce que en la parte motiva del pliego de cargos se hace alguna consideración sobre el porte ilegal de armas, pero asegura que ello no es suficiente, pues como lo ha enseñado la Corte Suprema de Justicia, lo vinculante de la providencia es la parte resolutiva.

La resolución de acusación es la pieza procesal en la cual se determinan los cargos que deben ser resueltos en la sentencia, de modo que es tal su importancia e incidencia, que tanto los requisitos de orden probatorio como su contenido los señala la ley -artículos 441 y 442 del Código de Procedimiento Penal-. Es un auto de carácter interlocutorio, lo cual indica que lo que se resuelve debe estar debidamente motivado, o lo que es lo mismo, que la decisión que se tome tenga una fundamentación clara que permita conocer las razones por las cuales se llegó a ella.

Si el llamamiento a juicio no se motiva, o se hace de una manera ininteligible, se viola el derecho a la defensa del encausado, pues sin conocer los argumentos del funcionario calificador le será imposible controvertirlos. De otra parte, con una acusación en esas condiciones el juez no puede dictar sentencia, ya que para que pueda hacerlo es básico que los cargos estén bien formulados.

Si en la parte motiva se analiza un hecho a través de los elementos integradores del delito, en el proceso lógico-jurídico que corresponde a la formulación de un cargo, pero finalmente en la parte resolutiva no se concreta que el acriminado debe responder por él, en la sentencia no se puede tomar como si formara parte del enjuiciamiento, pues de esa manera el juez estaría corrigiendo un yerro de la calificación sin tener competencia para hacerlo, ni ser procedente en ese momento.

Ahora bien, en el presente asunto al indicar los delitos por los cuales se procede se incluye el porte ilegal de armas, y luego en el inicio de las consideraciones al tratar sobre la tipicidad y el dolo se vuelve a mencionar imputándolo a Isauro Ortegón. Posteriormente la providencia se concentra en el tema del homicidio y se olvida del otro punible, hasta el punto de que en la parte resolutiva únicamente dice que la acusación es por el delito contra la vida.

Un detalle que es oportuno mencionar es que la Fiscal que intervino en la audiencia pública inició su exposición solicitando sentencia condenatoria por los delitos de homicidio y porte ilegal de armas, pero luego se dedicó exclusivamente a analizar las circunstancias en que perdió la vida Aquileo Valero. Ni el Ministerio Público ni el defensor se refirieron al porte de armas, y este último limita su alegación al cargo por homicidio, y la petición que hace es que se admita la no culpabilidad del acusado respec-

lo de ese punible, circunstancia explicable pues al fin y al cabo la resolución de acusación no contempló sino un solo cargo en su parte resolutiva.

La demostración de lo dispuesto en la causal segunda de casación se obtiene confrontando la sentencia con el pliego de cargos, y en este evento, lo que se logra con dicha confrontación es confirmar que se rompió la congruencia, pues como lo indica el censor y lo coadyuva el Procurador Delegado, el llamamiento a juicio fue únicamente por el delito de homicidio, de manera que al condenarse al enjuiciado por el porte ilegal de armas se desbordó el marco fijado por la acusación.

Como quiera que el cargo está llamado a prosperar, se impone casar parcialmente la sentencia en lo que hace relación a la condena por el delito de porte ilegal de armas, y ajustar la pena al quantum correspondiente al delito de homicidio por el cual fue acusado el procesado, la cual quedará en diez (10) años de prisión, en lugar de la tasada para el concurso delictivo deducido en el fallo impugnado.

En firme este proveído devuélvase el cuaderno de copias al Fiscal que conoció para que proceda a pronunciarse sobre el hecho que dejó de calificar.

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 el fallo impugnado, y en su lugar fijar como pena principal definitiva para el procesado Isauro Ortegón Serrano diez (10) años de prisión.

SEGUNDO: Remítase el cuaderno de copias al Fiscal correspondiente para los fines señalados en la parte motiva.

TERCERO: En lo demás se mantiene el fallo impugnado.

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

Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda, Carlos Estava Ayala

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

FALSO JUICIO DE IDENTIDAD / ESTAFA

Hay falso juicio de identidad por distorsión de la prueba cuando se tergiversa o falsea su real contenido o sentido, como cuando se hace decir al testigo lo que no dijo, se deforma el verdadero contenido del documento o se tuercen las conclusiones del dictamen del perito; posturas que llevan al juzgador a conclusiones contrarias a la realidad probatoria que emerge del proceso.

2.- La obtención del provecho ilícito no puede equipararse al agotamiento o real usufructo del provecho, pues resulta suficiente que la víctima quede despojada, así sea transitoriamente, de sus valores o de la posesión de una cosa, que pasa al campo de acción ideado y dominado por el defraudador, para que pueda hablarse de aprovechamiento ilícito, aunque el perjudicado lo recupere tiempo después.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santa Fe de Bogotá, D.C., quince (15) de mayo de mil novecientos noventa y seis (1996).

Magistrado Ponente: Dr. *Nilson Pinilla Pinilla*

Aprobado Acta No. 74.

Proceso No. 9640

Vistos

Ha sido recurrida en casación por el procesado Rubén Darío Otálora Rodríguez, la sentencia de 15 de marzo de 1994, mediante la cual el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá confirmó la dictada por el Juzgado Sesenta y Cuatro Penal del Circuito de esta misma ciudad, que lo condenó a la pena principal de 48 meses de prisión como responsable de los delitos de falsedad material de particular en documento público, agravada por el uso, en concurso con el de estafa agravada por la cuantía.

Después que su defensora solicitó al Tribunal "se requiera al señor Rubén Darío para que designe un abogado que pueda encontrar alguna causal de casación", por cuanto "fue proferida la sentencia acorde con los planteamientos de la defensa que realicé en la diligencia de audiencia pública... y mal podría por solo cumplir con la presentación de la deman-

da ir en contra de mis convicciones", el nuevo defensor presentó la demanda (fs. 75 y 84 y Ss. Cdno. Trib.).

Hechos

En el mes de diciembre de 1987, Rubén Darío Otálora Rodríguez convenció al sicólogo Alberto Pardo Suárez, para que le ayudara a cambiar un cheque girado a "José Henry Acosta Rodríguez", nombre por el que se hacía pasar, por la suma de quince mil dólares (US $15.000.oo) del Banco Nazionale del Lavoro, de la ciudad de Nueva York, prometiéndole una jugosa comisión.

El 24 de diciembre del citado año, el señor Jorge Eliécer Parra Ariza, agente de viajes, compró el cheque en dólares por la suma de $3.900.000, girando en pago un cheque contra el Banco de Bogotá por $3.000.000 a favor de "José Henry Acosta Rodríguez" y otro a favor de Alberto Pardo Suárez por $900.000, por la mencionada comisión.

Días después, el 12 de enero de 1988, Rubén Darío Otálora Rodríguez abrió una cuenta de ahorros en la Corporación de Ahorro y Vivienda Granahorrar de la carrera 10 #16-20 de ésta ciudad capital, a nombre de "José Henry Acosta Rodríguez" con el cheque de tres millones de pesos, utilizando para ello una cédula falsa en la que aparecía una fotografía correspondiente a Otálora Rodríguez.

La empleada de Granahorrar que atendió al cliente entró en sospechas al observar que se había equivocado varias veces al escribir el número de la cédula en la tarjeta de registro de firmas y porque dicho documento era de reciente expedición, comunicando su inquietud a las directivas de la oficina, quienes de inmediato ordenaron una averiguación interna en asocio de detectives del DAS, que culminó el 14 de enero siguiente con la captura de Rubén Darío Otálora Rodríguez en momentos en que se presentó a Granahorrar a retirar de la cuenta de ahorros la suma de tres millones de pesos en dos partidas a favor de José Henry Acosta Rodríguez y Rodulfo Fandiño Díaz.

El 20 de enero del mismo año, Jorge Eliécer Parra Ariza fue informado que el cheque en dólares por él negociado era apócrifo. Debe destacarse que el cheque por novecientos mil pesos girado a favor de Alberto Pardo Suárez fue hecho efectivo.

Trámite Procesal

Por los hechos que se dejan reseñados, el extinto Juzgado 94 de Instrucción Criminal de Bogotá profirió el 5 de agosto de 1988, resolución de acusación contra el procesado Rubén Darío Otálora Rodríguez por los delitos de falsedad material de particular en documento público, agravada por el uso (arts. 220 y 222-2 del Código Penal); falsedad en documento

privado (art. 221 *ibidem*) y estafa agravada por la cuantía (arts. 356 y 372-1ª *ibidem*); enjuiciamiento confirmado por el Tribunal Superior de este Distrito mediante el suyo de 5 de diciembre de 1988.

Acumulados a este proceso otros dos adelantados contra el mismo acusado por hechos similares (estafas y falsedades), se siguió uno solo muy voluminoso, el cual tras múltiples incidencias culminó en primera instancia con sentencia de 28 de marzo de 1994, mediante la cual el Juzgado Sesenta y Cuatro Penal del Circuito de Santafé de Bogotá, condenó a Rubén Darío Otálora Rodríguez a la pena principal de 48 meses de prisión y cinco mil pesos de multa, como responsable de un concurso de delitos de falsedad material de particular en documento público, agravada por el uso y estafa agravada por la cuantía; a la sanción accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena principal y al pago en concreto de los perjuicios causados, declarándose que no se hacía efectiva la pena privativa de la libertad por haberla descontado el procesado en "tiempo superior al que se le fija como pena".

En el mismo fallo se ordenó remitir por competencia a las autoridades de policía, lo relacionado con aquéllas conductas que en virtud de la ley 23 de 1991 perdieron el carácter de delito para convertirse en contravenciones especiales (estafas en cuantía inferior a diez salarios mínimos mensuales) y se declaró prescrita la acción penal en lo tipificado como delito de falsedad en documento privado; decisión apelada por la defensa y confirmada por el Tribunal Superior de este Distrito mediante la sentencia que es objeto del recurso de casación.

Demanda de Casación

Bajo el ámbito de la causal primera de casación se formulan dos cargos a la sentencia impugnada, pero únicamente en cuanto tiene que ver con el delito de estafa agravada, el uno como principal y el otro como subsidiario, a saber:

Cargo Principal:

Violación indirecta del artículo 22 del Código Penal que se ocupa de la tentativa, en concordancia con el 356 que describe el tipo penal de la estafa, por error de hecho en la apreciación de las pruebas, que llevó al juzgador a dejar de aplicar al caso la primera de las normas citadas.

Se hace consistir el error de hecho endilgado al sentenciador en haber distorsionado las pruebas aducidas para dar por demostrado, sin estarlo, que el procesado Rubén Darío Otálora Rodríguez cometió un delito de estafa perfecta, cuando ha debido condenársele por ese delito, pero en grado de tentativa por cuanto el recaudo probatorio evidencia que no cumplió con la última fase del reato que es la consumación por no haber obtenido "provecho ilícito", como lo exige el artículo 356.

Ocupándose de este ingrediente normativo expresa el libelista que su asistido no agotó la fase consumativa del delito simplemente porque no se aprovechó del dinero en razón de haber sido aprehendido en el momento en que se disponía a retirarlo de la cuenta de Granahorrar, tomando como "provecho ilícito", según un doctrinante nacional "cualquier satisfacción o beneficio material, objeto de valoración económica...".

El Tribunal no tuvo en cuenta que debido a la frustración fraguada por Granahorrar y los detectives, la víctima no sufrió perjuicio patrimonial porque recuperó su dinero, enfatizando que el error del sentenciador consistió en dar por probado, sin estarlo, que el procesado obtuvo provecho ilícito: conclusión a la que arribó por haber cercenado las pruebas indicativas de dicho proceder.

Critica al *ad quem* por haber dado por establecido que Otálora Rodríguez tuvo la disponibilidad material del dinero, expresando que "Este error de hecho de creer que hubo disponibilidad se debió a que el FALLADOR le otorga a las pruebas un sentido que no corresponde a su contenido fáctico, pues todas ellas demuestran a plenitud que no hubo provecho ilícito, ni siquiera disponibilidad, debido a que jamás pudo hacer efectivo el cheque de tres millones producto del engaño, por cuanto lo interceptaron (sic) el DAS por la intervención oportuna de los funcionarios de Granahorrar, testimonios que los tuvo en cuenta el Tribunal pero que no les dió el verdadero sentido que no era otro sino que estas pruebas demostraban que jamás hubo disponibilidad de los dineros, por cuanto el cheque jamas fue cambiado o hecho efectivo, o sea, el de los TRES MILLONES".

Predica distorsión de las pruebas demostrativas de que la apertura de la cuenta de ahorros en Granahorrar se hizo con la única finalidad de hacer efectivo el cheque materia de la estafa; operación que abortó, pues "de nada le servía tener un cheque a favor de una persona ficticia de una cuenta ficticia, con base en una cédula ficticia, si no lo hacia efectivo o sino (sic) hubiera recibido el dinero y precisamente cuando iba a recibir el dinero de ese cheque de $3.000.000,oo que precisamente lo había consignado, para hacerlo efectivo, fue cuando lo sorprendieron los detectives, lo capturaron y le frustraron ese aprovechamiento".

En desarrollo de la censura señala como pruebas distorsionadas por el Tribunal para dar por establecido el aprovechamiento ilícito del sindicado, el informe de captura rendido por la Policía Judicial, los testimonios vertidos por el director de la sucursal de Granahorrar, de sus empleados y los detectives que adelantaron la correspondiente averiguación, así como los documentos relacionados con la apertura de la cuenta de ahorros y la solicitud de retiro del dinero consignado; las que a juicio del recurrente fueron tergiversadas para dar por demostrado un aprovechamiento ilícito que no existió.

Cargo Subsidiario:

Este cargo planteado en capítulo separado como subsidiario y excluyente del anterior, se hace consistir en violación directa de las mismas normas sustanciales (Artículos 356 y 22 del Código Penal), pero por interpretación errónea de la primera de ellas (356) pues no obstante ser el precepto legal aplicable al caso, el Tribunal le dió un alcance que no tiene en relación con el concepto de "aprovechamiento ilícito".

La disparidad de criterios respecto al sentido y alcance de dicho elemento estructurante del tipo penal de estafa radica en que mientras el Tribunal entendió por aprovechamiento ilícito el hecho de que el bien quedara bajo el ámbito de disponibilidad del sujeto agente aunque no hubiese logrado lucrarse con el dinero depositado en su cuenta de ahorros, para el impugnante tal aprovechamiento ilícito debe ser real y efectivo y no simplemente potencial, conclusión a la que llega después de analizar que la disponibilidad del bien producto de la estafa no es sinónima de su consumación y luego de criticar al fallador de segundo grado por confundir los conceptos de consumación y agotamiento del delito.

"Por lo tanto - agrega -no es lo mismo disponibilidad de un bien que obtener realmente el provecho de esa disponibilidad, porque se puede tener la disponibilidad pero no se puede obtener el provecho, por circunstancias ajenas a la voluntad y en consecuencia mientras no haya realmente verdadero provecho ilícito no puede existir consumación de la estafa, tan solo tentativa de ella. Concluir lo contrario sería irse contra la *tipicidad* del delito de estafa, que de una manera *inequívoca* exige con precisión '...provecho ilícito...' (arts.3° y 356 del C.P.)".

...

"Es evidente que si el *ad quem* hubiera interpretado correctamente la expresión '... provecho ilícito...', jamás hubiera dictado la sentencia confirmando la estafa perfecta sino admitiendo la tentativa de estafa, por cuanto el Tribunal no yerra en la apreciación de la prueba, la acoge en su plenitud y sinembargo esos hechos los califica como estafa perfecta incurriendo en un ostensible error en la interpretación de la Ley dándole un sentido que no tiene a la palabra '... PROVECHO ILICITO...'." (sic).

Termina solicitando casar la sentencia recurrida y en su lugar absolver al recurrente, cuya conducta se calificó como "estafa perfecta y en consecuencia la H. Corte no puede condenarlo por estafa imperfecta porque no estaría de acuerdo con el calificatorio".

Concepto del Ministerio Público

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, luego de examinar los cargos formulados a la sentencia impugnada, en el orden en que fueron presentados, termina solicitando que no se case porque respecto a la

violación indirecta de la ley sustancial por distorsión de las pruebas, el desarrollo argumentativo del reproche no corresponde a su enunciado, esto es a un cuestionamiento fáctico, sino jurídico en cuanto a las conclusiones derivadas del acervo probatorio, con el argumento de que no resulta demostrado el punible de estafa consumada, sino en grado de tentativa.

Refiriéndose al segundo cargo, por interpretación errónea del artículo 356 del Código Penal, nota de menos que en su planteamiento y fundamentación no se hubiese hecho mención al artículo 22 que se ocupa de la tentativa; pese a lo cual entra a rebatirlo de fondo con argumentos a los cuales aludirá la Sala, enderezados a establecer que, contrariamente a lo expuesto por el libelista, aparece probada la consumación del delito de estafa porque el procesado Otálora Rodríguez obtuvo un real y específico aprovechamiento ilícito, en perjuicio de los intereses patrimoniales del comprador de los dólares, señor Jorge Eliécer Parra Ariza.

Consideraciones de la Corte

Cargo Principal:

Hay falso juicio de identidad por distorsión de la prueba cuando se tergiversa o falsea su real contenido o sentido, como cuando se hace decir al testigo lo que no dijo, se deforma el verdadero contenido del documento o se tuercen las conclusiones del dictamen del perito; posturas que llevan al juzgador a conclusiones contrarias a la realidad probatoria que emerge del proceso.

Consecuente con ello, resulta imposible predicar error de hecho por distorsión respecto de pruebas que, como los testimonios y documentos obrantes en autos, no fueron cercenadas o mutiladas en su real contenido o sentido, sino apreciadas en su verdadero valor para arribar a la certeza de lo ocurrido, esto es, que el procesado Rubén Darío Otálora Rodríguez mediante el empleo de artificios y engaños logró, previa engañifa contra el sicólogo Alberto Pardo Suárez, receptor inicial de tales maniobras, inducir en error al agente de viajes Jorge Eliécer Parra Ariza para que le cambiara un cheque de quince mil dólares contra el Banco Nazionale del Lavoro de Nueva York, por la suma de tres millones novecientos mil pesos representada en dos cheques de cuenta del Banco de Bogotá: uno a nombre de José Henry Acosta Rodríguez por tres millones de pesos y otro, por novecientos mil pesos en favor de Pardo Suárez, quien lo hizo efectivo.

Encubriendo su verdadera identidad con cédula de ciudadanía y nombre falsos, abrió cuenta de ahorros en una oficina de Granahorrar con el cheque de tres millones de pesos girado a nombre de "José Henry Acosta Rodríguez", suma que infructuosamente pretendió retirar dos días después.

Se habla de cercenamiento o distorsión de los elementos de persuasión que sirvieron al Tribunal para llegar a la certeza sobre el delito imputado y la responsabilidad del procesado; pero no porque hubiesen sido falseados o tergiversados, sino porque los hechos por ellos revelados fueron subsumidos en el tipo penal de la estafa consumada, cuando en criterio del recurrente han debido serlo en el grado de tentativa; es decir, que la impugnación se centra no en el cuestionamiento del acervo probatorio sino en una disparidad de criterios respecto a la adecuación de la conducta endilgada: conflicto de pareceres que mal puede disfrazarse de error de apreciación probatoria.

La tesis esgrimida por el actor en el sentido de no haberse agotado la fase consumativa de la estafa porque el procesado no alcanzó a aprovecharse del dinero producto del delito, ni el ofendido sufrió correlativo perjuicio patrimonial, pugna con la evidencia procesal y la doctrina dominante en este campo, conforme a la cual, para la consumación de éste delito no se requiere que el sujeto agente llegue hasta sus últimas consecuencias, o al "perfeccionamiento del logro" como indica la Procuraduría Delegada, sino que le basta obtener una ventaja o utilidad patrimonial contraria a derecho, como consecuencia de las maniobras fraudulentas o engañosas desplegadas para inducir en error a la víctima, la que para el caso *sub examine*, se tradujo en el aprovechamiento del cheque de tres millones de pesos con el fin de abrir una cuenta de ahorros ficticia, que solo él podía manejar, obteniendo que en virtud del canje del título valor, dicha suma saliera del patrimonio del girador para radicarse en cabeza del beneficiario, así no alcanzara a convertirla en dinero efectivo dos días después.

La conducta de Otálora Rodríguez estuvo orientada desde un comienzo a la obtención de un provecho ilícito de carácter pecuniario, con el consecuente perjuicio patrimonial contra el señor Jorge Elíécer Parra Ariza, siendo del caso enfatizar que la obtención de provecho ilícito no puede equipararse al agotamiento o real usufructo del provecho, pues resulta suficiente que la víctima quede despojada, así sea transitoriamente, de sus valores o de la posesión de una cosa, que pasa al campo de acción ideado y dominado por el defraudador, para que pueda hablarse de aprovechamiento ilícito, aunque el perjudicado lo recupere tiempo después, sin que pueda olvidarse que la fracción de novecientos mil pesos tuvo un extrañamiento diferente.

La pretensión final del impugnante de trocar la condena por una absolución, a más de inconsecuente con el planteamiento del cargo, se torna absolutamente improcedente porque la consonancia entre la sentencia y el cargo formulado en la resolución de acusación -materia de otra causal de casación-,se predica nó de la especie o conducta degradada sino del género del delito y porque el punible contra la fe pública imputado al procesado no fué objeto de cuestionamiento en la demanda.

Las falencias de orden técnico en la presentación y desarrollo del cargo, así como la inconsistencia de sus argumentaciones, impiden que se abra paso esta impugnación.

Cargo Subsidiario:

No obstante que la Procuraduría Delegada critica la formulación excluyente de cargos por quebranto de las mismas normas sustanciales, por vía directa e indirecta, es lo cierto, que tal posibilidad aparece prevista en la ley (artículo 225-4 del C. de P.P.) a condición de que los cargos inconciliables, como acontece en el presente caso, se planteen en capítulos separados y el uno como subsidiario del otro.

La violación directa del artículo 356 del Código Penal, en la modalidad de errónea interpretación, por habérsele dado a la expresión "aprovechamiento ilícito" un alcance jurídico que no tiene para configurar el delito de estafa consumada, revive uno de los aspectos más debatidos durante las instancias y se sustenta en los mismos razonamientos del cargo principal, objeto de rechazo.

Hallándose plenamente demostrado que el acusado Rubén Darío Otálora Rodríguez, encubriéndose en la falsa identidad de "José Henry Acosta Rodríguez", recibió de la víctima un cheque de tres millones de pesos contra el Banco de Bogotá, título valor con el cual se presentó a la sucursal de Granahorrar a abrir una cuenta de ahorros (12 de enero de 1988), documento que fue honrado por el Banco girado el mismo día (ver fs. 5, 60, 88 y 89, cdno. ppal. de este caso.), no se remite a dudas que para la fecha en que acudió nuevamente a retirar dicho valor, siendo capturado por la Policía Judicial (14 de enero), el dinero correspondiente al cheque había salido del patrimonio del girador y quedado bajo la esfera de control del timador, agotándose de tal modo la última fase del iter criminis por la obtención de un provecho ilícito de carácter patrimonial.

Siendo ésta la verdad procesal que emerge del expediente y sobre la cual se sustenta el fallo de condena, resulta infructuoso ignorarla o desconocerla para intentar su infirmación.

Con sobrada razón argumenta la Procuraduría Delegada que el demandante confunde los conceptos de consumación y agotamiento del delito, señalándole que para la consumación del ilícito "basta con que al despliegue de artificios que generan el error o falso juicio determinado por el ardid, sobrevenga la obtención por ese medio de una utilidad contraria a derecho y el correspondiente perjuicio de la víctima, sin que a este último elemento correlativo pueda agregarse que el sujeto activo asegure el ilícito provecho", que se concreta "en la existencia de facultades propias

de dominio sobre el objeto material que recae el ilícito, ejercidas de un modo directo o indirecto por el agente. Con esta circunstancia se realiza o consuma el delito de estafa. Por ello no puede haber lugar a confundir la entidad de este beneficio opuesto a la ley, con aquellos actos posteriores tendientes a generar un usufructo específico, toda vez que este elemento no ha sido contemplado en el modelo descriptivo de la estafa y por lo mismo desbordaría aquellos tipificantes del injusto patrimonial".

Recuerda que cuando Otálora Rodríguez, amparado en nombre ficticio se presentó a reclamar la devolución del depósito inicial, momento en el que fue capturado y puesto a disposición de la justicia ya se había consolidado el perjuicio patrimonial contra el girador del cheque de los tres millones de pesos, Jorge Ellécer Parra Ariza; aspecto de gran connotación punitiva que el impugnante calló habilidosamente para insistir en la obtención de una utilidad o ganancia específica (recibo del dinero en efectivo), como elemento configurante del tipo penal de estafa, exigencia que a juicio del Ministerio Público "desborda la etapa consumativa del reato y que configura en realidad un elemento extra-típico propio del agotamiento de la conducta".

Las precedentes consideraciones evidencian que las maniobras fraudulentas o engañosas desplegadas por el procesado Otálora Rodríguez para inducir en error a su víctima, le representaron una ventaja o utilidad patrimonial indebida, por la disponibilidad que tuvo sobre la mayor porción de los recursos en el Banco y el traspaso a otras manos del resto, por lo cual su conducta se adecúa o subsume en el tipo penal de la estafa consumada y no en mera tentativa.

Tampoco prospera esta impugnación.

Prescripción de la Acción Penal

Una atenta lectura del voluminoso expediente formado por la acumulación de varios procesos contra el mismo sindicado por delitos contra el patrimonio económico y la fe pública, pone de manifiesto que la acción penal derivada del delito de falsedad material de particular en documento público, agravada por el uso, descrito en los artículos 220 y 222-2° del Código Penal, por el cual fué juzgado y condenado Rubén Darío Otálora Rodríguez, en concurso con el de estafa agravada, prescribió el 5 de diciembre de 1994, cuando estaba cursando el traslado al Ministerio Público, por haber discurrido un lapso de seis (6) años contados a partir de la ejecutoria de la resolución de acusación, sin ponerse fin a la actuación.

Efectivamente, el 5 de diciembre de 1988, el Tribunal Superior de Bogotá confirmó la resolución acusatoria dictada por el extinto Juzgado 84

de Instrucción Criminal contra Rubén Darío Otálora Rodríguez por los delitos ya mencionados, y desde entonces a la fecha, han transcurrido mas de seis años (la mitad del máximo de pena imponible de acuerdo con las normas sustanciales violadas, arts. 220 y 222-2 C. P.) sin haber terminado el proceso con sentencia definitiva, por lo cual la acción penal originada en dicha infracción se halla prescrita, en los términos del artículo 84 del Código Penal; siendo forzoso así declararlo, para cesar procedimiento por este delito en favor del procesado como lo ordena el artículo 36 del Código de Procedimiento Penal.

DOSIFICACIÓN DE LA PENA

La mencionada prescripción, que pone en evidencia una vez más la necesidad de una reforma legislativa que excluya de su término el trámite del recurso extraordinario y restrinja la acumulación de causas, al tiempo que otorgue a los administradores de justicia acciones más expeditas contra el uso injustificado de mecanismos procesales dilatorios, conlleva obviamente que el procesado recurrente Rubén Darío Otálora Rodríguez sólo responda penalmente por el reato de estafa agravada por razón de la cuantía, de que se ocupan los artículos 356 y 372,1 del Código Penal.

De acuerdo con los criterios para fijar la pena y la aplicación entre mínimos y máximos de que tratan los artículos 61 y 67 de dicha codificación y teniendo en cuenta que en las instancias se partió de la falsedad, por considerar más grave este delito, para la tasación punitiva se partirá de veinticuatro (24) meses de prisión, en consideración a las modalidades del injusto típico y la preparación ponderada del hecho punible, cantidad que se incrementará en ocho (8) meses por razón de la cuantía del ilícito, para un total de pena imponible de treinta y dos (32) meses de prisión. Por estar prevista solo para la estafa, se mantendrá la multa de cinco mil pesos ($5.000.oo), que fue la impuesta en instancias.

Sobre la ejecución de la pena privativa de la libertad, se tiene en cuenta lo señalado acerca de haber sido descontada por el procesado en detención preventiva, por razón de éste proceso. La pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas se hará efectiva oficiándose a las autoridades correspondientes, con la aclaración de su ajuste al lapso igual al de la pena de prisión ahora fijada.

Por haberse hecho referencia en instancias solamente a los irrogados por la estafa, ninguna modificación sufrirá la condena a indemnizar los daños y perjuicios, los cuales fueron tasados por los sentenciadores en el equivalente a 50 y 150 gramos oro, por concepto de perjuicios morales y materiales respectivamente, en favor del señor Jorge Elliécer Parra Ariza, que deberán ser cancelados por el procesado como fue dispuesto en las instancias.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO:-DESESTIMAR la demanda de casación instaurada por la defensa.

SEGUNDO:-DECLARAR PRESCRITA la acción penal por el delito de falsedad material de particular en documento público, agravada por el uso y en consecuencia **CESAR PROCEDIMIENTO** en favor del procesado Rubén Darío Otálora Rodríguez.

TERCERO:- Como consecuencia, DECRETAR que la pena contra el condenado Rubén Darío Otálora Rodríguez, como autor responsable del delito de estafa agravada por la cuantía, queda fijada en treinta y dos (32) meses de prisión y multa de cinco mil pesos ($5.000.oo) y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la prisión.

CUARTO:- CONFIRMAR en todo lo demás la providencia recurrida.

Líbrense las comunicaciones del caso.

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

Fernando Arboleda Ripoll. Ricardo Calvete Rangel. Jorge Córdoba Poveda, Willium Monroy Victoria, Conjuez; *Carlos E. Mejía Escobar. Didimo Páez Velandia. Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

APELACION/ INIMPUTABILIDAD

1.- No es racional pensar que el legislador hubiera previsto una doble sustentación del recurso ante la misma instancia, en actos separados, contrariando los principios de economía y de la eficiencia de las actuaciones procesales, en cuanto que en estricto rigor jurídico uno de estos dos actos sería innecesario.

2.- No debe olvidarse que es el trastorno mental producido por la ingestión de alcohol, no la embriaguez per se, lo que determinaría la condición de inimputable.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Santa Fe de Bogotá, D. C., quince (15) de mayo de mil novecientos noventa y seis (1996)

Aprobado acta No.74

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

Proceso No. 9268

Conoce la Sala del recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de 15 de octubre de 1993, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá condenó a Hernando Gallo Orozco a la pena principal de 10 años de prisión, al declarlo responsable del delito de homicidio, que le fuera imputado en la resolución acusatoria.

ANTECEDENTES

Hacia la media noche del 29 de diciembre de 1992, Elías Neiva Bautista llegó a la tienda de propiedad de Marcos José Fonseca Ariza, ubicada en la carrera 1a. No.29-13 sur de esta ciudad, en donde se encontró con su amigo Wilson Gustavo Muñoz Peña. Más tarde llegó al lugar Hernando Gallo Orozco, persona que había tenido un altercado con Elías Neiva Bautista. Pasado un rato, Gallo Orozco le insinuó a Neiva que lo acompañara a su casa e inmediatamente salió del establecimiento. En vista de que la invitación no dejaba de ser sospechosa, aquél pensó abandonar el sitio en compañía de su amigo Muñoz Peña, pero en ese momento llegaron la novia y una hermana de este último y se lo llevaron para la casa. Casi en

seguida, completamente solo, salió Neiva Bautista, quien hacia la una de la mañana fue visto tirado en el andén, frente al No.29 -15 Sur de la misma carrera. En las primera horas del día logró establecerse que Neiva Bautista estaba muerto y presentaba un disparo de arma de fuego a la altura de la mandíbula, lado izquierdo.

Por estos hechos fue aprehendido y vinculado al proceso Hernando Gallo Orozco, quien en su indagatoria manifestó haber sido víctima de un atraco al salir del establecimiento en mención, por parte de dos sujetos con quienes forcejeó luego de que lograra sacar su revólver para defenderse. En este enfrentamiento, dijo, se produjo un detonación que lo obligó a salir corriendo, en la creencia de que le habían disparado. Al día siguiente, pudo darse cuenta que su arma había sido accionada puesto que le faltaba un plomo (fl.33).

La captura de Gallo Orozco se llevó a cabo a las 18:30 horas del día de los hechos, en su lugar de trabajo, y en su poder le fue encontrado un revólver Smith & Wesson, Calibre 38 largo, con cinco cartuchos. A las 21:20 horas del mismo día, se le tomó muestra para examen de alcoholemia, el cual reportó concentración de 23.1 mg%, que indican, según el dictamen, embriaguez aguda positiva grado I (fls. 21,123,125).

Contra Hernando Gallo Orozco, la Fiscalía 114 de la Unidad Tercera de Vida de esta ciudad, profirió medida de aseguramiento por el delito de homicidio simple (fls.66). El mismo funcionario, tras practicar algunas pruebas y cerrar la investigación, calificó el mérito del sumario con resolución acusatoria, por el referido ilícito, mediante providencia de 19 de marzo de 1993 (fl.172).

En el período de la causa, el Juzgado 34 Penal del Circuito practicó varias pruebas, entre ellas la ampliación de indagatoria de Gallo Orozco, en la cual mantiene su versión sobre la ocurrencia de un atraco. Dice que cuando golpeaba a uno de los individuos en la cabeza con la cacha del revólver, el arma se disparó. Preguntado sobre su estado de alicoramiento la noche de los hechos, manifestó que al establecimiento llegó embriagado, ya que durante el día estuvo con unos amigos tomando aguardiente, brandy y cerveza, pero que en la noche no estuvo con nadie. Recuerda que había más gente en el lugar y que allí se tomó una cerveza (fl.125).

En la audiencia pública, el procesado sostiene que cuando llegó al establecimiento ya había perdido el sentido por la cantidad de licor ingerido en el curso del día y que salvo algunas cosas que alcanza a recordar en medio de la borrachera, como lo del atraco, no logra hacer memoria de absolutamente nada más. Ni siquiera recuerda en qué sitio estuvo, qué hizo, ni con quién habló (fl. 276).

El 14 de septiembre de 1993 el Juzgado del conocimiento profirió sentencia, mediante la cual, en armonía con la acusación, condenó al

procesado Hernando Gallo Orozco a la pena principal de 10 años de prisión y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, por el mismo término. También, al pago de los perjuicios, y ordenó expedir copias para investigar penalmente a Wilson Gustavo Muñoz Peña, por el posible delito de falso testimonio (fls. 315 y ss.).

Contra este pronunciamiento, el defensor del acusado interpuso recurso de apelación, el cual sustentó ante el Tribunal dentro del término de fijación en lista, mediante escrito en el que también pide «la celebración de la audiencia pública a que se refiere el artículo 214 del Código de Procedimiento Penal» (fls. 4-2).

A través de la sentencia que ahora es objeto del recurso de casación, de 15 de octubre de 1993, el Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá confirmó en todas sus partes el fallo impugnado, excepto en lo relativo a la expedición de copias para investigar penalmente al testigo Muñoz Peña (fls. 19ss-2).

La demanda

Al amparo de las causales primera y tercera de casación, sendos cargos presenta el actor contra el fallo recurrido.

Causal Primera

El reproche con fundamento en esta causal, se plantea en los siguientes términos: «La sentencia acusada ha sido proferida en un juicio violatorio de normas de carácter sustancial, concretamente el artículo 29, inciso 4° de la Constitución Nacional, al juzgarse y condenarse a Hernando Gallo Orozco sin darle la oportunidad de presentar pruebas y controvertir las que se aportaron en su contra» (fls. 56-2).

En su desarrollo, el casacionista sostiene que al momento de los hechos el procesado se encontraba «en grave estado de intoxicación etílica por la abundante ingesta de alcohol», como surge de sus manifestaciones en indagatoria y en la audiencia pública, y de los exámenes de medicina legal.

Transcribe lo dicho en tal sentido por el acusado, las conclusiones de los dictámenes sobre alcoholemia y las razones del fallador para negar la inimputabilidad, e insiste en que su representado se encontraba bajo los efectos de abundantes dosis de alcohol, que bien pudieron afectarlo hasta el punto de haber actuado bajo perturbación mental transitoria.

De esta conclusión parte para cuestionar «la omisión de los organismos jurisdiccionales de ordenar a Hernando Gallo la práctica de un examen médico legal para determinar las diferentes reacciones que tiene ante el consumo de alcohol, más aún en tratándose de un hombre mayor de 50 años, de temperamento pacífico y sin antecedentes».

Se pregunta en qué estado de intoxicación pudo encontrarse Gallo Orozco al momento de los hechos, si 20 horas después continuaba bajo los efectos del alcohol? Esta situación, denuncia, no le mereció consideración alguna al Tribunal, que de otro lado se quedó corto al analizar la diferencia de tiempo entre los hechos y el examen de medicina legal.

Luego anota: «De ahí surge pues la duda imposible de eliminar, por lo cual debió aplicarse la absolución del procesado en virtud del principio: Toda duda deber resolverse en favor del procesado» (fl.60).

Pide, entonces, que se case el fallo impugnado y en sede de instancia se absuelva al procesado.

Como norma violada señala el artículo 31 del Código Penal.

Causal tercera

Sostiene el actor que el fallo impugnado se dictó en un juicio viciado de nulidad porque se negó al procesado el trámite de celebración de la audiencia especial en la segunda instancia, conforme lo consagra el artículo 214 del Código de Procedimiento Penal, la cual fue oportunamente solicitada (fl.62).

Esta omisión, determinó la violación del artículo 29 de la Constitución, porque impidió al apelante presentar «otros argumentos y reforzar los planteados en la alegación de instancia a fin de demostrar los elementos esgrimidos como base de la defensa» (fls.63).

Pide, pues, que se case el fallo y se decrete la nulidad a partir del auto que dispuso los traslados para formular alegaciones en la segunda instancia (fl.64).

Concepto del Ministerio Público

1.- Sobre la nulidad por no haberse celebrado la audiencia de sustentación del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia, el Procurador Tercero Delegado en lo Penal sostiene que el artículo 214 del Código de Procedimiento Penal, vigente para la época de los hechos, no contemplaba una doble sustentación, sino la posibilidad de que pudiera hacerse por escrito o verbalmente, sin que estas dos formas fueran acumulables.

Lo importante, para el cabal ejercicio del derecho de defensa, sostiene, es que el juzgador *ad quem* tenga la ocasión de examinar los motivos de divergencia con la decisión del a quo, no que se extiendan a la defensa las oportunidades procesales mas allá de lo estipulado en la ley, que es lo racional de acuerdo con los objetivos mismos del proceso penal.

Así, aun cuando el defensor solicitó la práctica de la audiencia pública, con ella no se hubiera logrado efecto diverso a la extensión de oportu

nidades procesales por fuera de los parámetros legales, con la única finalidad de escuchar de nuevo los argumentos expuestos en el escrito presentado ante el Tribunal en su oportunidad procesal, lo que choca contra la racionalidad del debido proceso.

A la defensa, por tanto, no se le privó de la oportunidad de alegación; simplemente se ajustó el trámite a la interpretación correcta, dominante y autorizada de la norma penal entonces vigente, razón por la cual debe afirmarse que no se produjo irregularidad sustancial alguna que obligue a reponer lo actuado.

2.- Para la Delegada, el cargo formulado al amparo de la causal primera ha debido serlo a través de la tercera, puesto que el demandante afirma que se restringió al procesado la oportunidad de presentar pruebas y controvertir las que se arguyeron en su contra, lo cual traduce una limitación al derecho de defensa, prevista como causal de nulidad en el numeral 3° del artículo 304 del Código de Procedimiento Penal.

Pero como también se denuncia violación del artículo 31 del Código Penal, el libelo se torna inepto para el propósito perseguido, al entremezclar argumentos propios de distintas causales de casación.

Al margen de estas deficiencias técnicas, el cargo, en opinión del Ministerio Público, es infundado, puesto que se apoya en la existencia de un estado de intoxicación etílica severo que no surge de la versión del procesado ni de las pruebas allegadas al plenario.

La prueba técnica realizada por Medicina Legal algo más de 20 horas después del homicidio, no permite concluir que el incriminado se encontrara en estado de embriaguez cuando ocurrieron los hechos; ella simplemente afirma que en el examen se descubrieron signos físicos y rastros de alcohol en la sangre, que bien pudieron obedecer a ingestión de bebidas después del insuceso.

La verdad es que nada acredita la embriaguez en el grado de perturbación de las funciones sensoriales o cognoscitivas del incriminado y sí, por el contrario, es su propia versión la que se alza en su contra. Recuérdese que Gallo Orozco inicialmente dijo que el día de los sucesos había ingerido unos aguardientes y una cerveza, pero después, cuando ve complicada su situación, asegura que bebió aguardiente, cerveza y brandy desde las ocho de la mañana, agregando que normalmente pierde la memoria cuando bebe de esta manera.

Dice que «la no declaración de inimputabilidad provino del análisis racional de las pruebas allegadas al expediente, estudios que se corresponden no solamente con el contenido de las evidencias allegadas, sino con las normas de la lógica y las reglas de la experiencia, todo lo cual pone de presente la ausencia de errores en el juzgador sobre las pruebas» (fl.20 cd. Corte).

Solicita, en consecuencia, que no se case el fallo.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Siguiendo el orden de estudio que impone el principio de prioridad, la Sala analizará en primer lugar el cargo presentado por el censor al amparo de la causal tercera de casación.

Nulidad por no haberse celebrado audiencia de sustentación del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia.

Tiene razón la Delegada cuando sostiene que el artículo 214 del Código de Procedimiento Penal (Decreto 2700/91), vigente para cuando se rituó el trámite de la apelación de la sentencia de primera instancia, introdujo como alternativa de sustentación de este recurso ante el ad quem la forma oral, pero no la facultad de hacerlo de las dos maneras, por escrito y verbalmente, en actos procesales autónomos y acumulables.

Esta es la interpretación correcta de la norma procesal en comento, pues no es racional pensar que el legislador hubiera previsto una doble sustentación del recurso ante la misma instancia, en actos separados, contrariando los principios de economía y de la eficacia de las actuaciones procesales, en cuanto que en estricto rigor jurídico uno de estos dos actos sería innecesario.

Como se dejó visto, el defensor del procesado sustentó la apelación por escrito dentro del término de fijación en lista del asunto en el Tribunal, actuación procesal que lo inhabilitaba para solicitar una audiencia por fuera de dicho término, con el propósito de exponer nuevamente pero de manera verbal las razones de inconformidad con el fallo apelado ante la Sala de Decisión.

De allí que la omisión del Tribunal de responder a dicha solicitud del defensor, resulte no solo intrascendente, sino lógica dentro del contexto de la actuación procesal cumplida ante esa instancia.

Lo verdaderamente importante es que la defensa hubiera tenido la oportunidad de exponer sus divergencias en relación con el fallo impugnado, como ciertamente la tuvo ante el Tribunal, aprovechándola convenientemente. Su pretensión de una segunda oportunidad para volver sobre el punto no era legal, toda vez que la audiencia sólo estaba prevista para el caso de no sustentarse la impugnación por escrito.

La innecesariedad de la actuación cuya no realización el impugnante denuncia como grave atentado contra el debido proceso, resulta más evidente, si se observa el contenido de la sustentación del recurso que por escrito hizo. Ante su extensión y meticulosidad en la controversia a todos y cada uno de los razonamientos sobre los que el sentenciador a quo apoya la sentencia, no se alcanza a entender qué más podría agregar en

un discurso oral. En ese sentido, la carencia de fundamento en la censura lo es por un doble aspecto: formal, si se tiene en cuenta la alternatividad establecida en la ley, y sustancial, en razón a que la sustentación escrita agotó todas las posibilidades en que ella pudiera cumplirse.

El cargo, en consecuencia, no prospera.

Causal Primera

Cargo Unico

Haberle negado al procesado la oportunidad de presentar pruebas y de controvertir las que se allegaron en su contra.

Es manifiesta la equivocación del censor en la selección de la causal de casación invocada, al denunciar como error de juicio un desacierto propio de la actividad procesal, cuya alegación, en esta sede extraordinaria, debe intentarse por la vía de la causal tercera.

De todas maneras este planteamiento no va más allá del simple enunciado, en cuanto que el casacionista no precisa de qué forma las instancias le impidieron a su representado incorporar pruebas o controvertir las allegadas en su contra, en detrimento del derecho de defensa.

Por el desarrollo de la censura, podría en principio pensarse que la inconformidad se centra en el hecho de no haberse ordenado por los funcionarios que conocieron del proceso un dictamen médico legal orientado a determinar un posible estado de inimputabilidad en el sentenciado, pero la verdad es que el casacionista termina incursionando de nuevo en los terrenos de la causal primera al denunciar violación del artículo 31 del Código Penal, con la falencia adicional de que también este reparo se queda en el aire, como que no indica la forma de la violación, su concepto, la clase de error, ni su origen.

Pero si hay algo que torne definitivamente ininteligible el reproche, es que el actor termine solicitando que se absuelva a su representado, solución que ninguna relación guarda con la nulidad, ni con el estado de inimputabilidad planteados, pues mientras la primera conduce a la invalidación y reposición de la actuación irregular, la inimputabilidad no excluye la declaración de responsabilidad del procesado.

Esta absoluta falta de fundamentación y de consistencia técnica, hacen que el cargo se torne inexaminable. Con todo, dígase que sólo en la audiencia pública el procesado planteó la posibilidad de haber actuado en estado de inimputabilidad, al manifestar que no recordaba los hechos por el grado de intoxicación etílica en que se encontraba, sacrificando lo expresado en indagatoria y en ampliación de la misma, en donde, como se sabe, hizo afirmaciones constitutivas de verdaderos juicios de realidad que conducen a conclusión contraria. Esto explica por qué en el curso del proceso no llegó a ordenarse por los juzgadores, ni a pedirse por la defen-

sa, la práctica del examen médico legal que ahora con tanto empeño reclama el impugnante.

El argumento de que el procesado 20 horas después del homicidio presentaba embriaguez aguda positiva en primer grado, no indica, como lo sugiere el actor, que cuando los hechos ocurrieron el grado de alcoholemia fuera mayor. La ingestión de alcohol que refleja el examen bien pudo haberse presentado en el tiempo que transcurrió entre el homicidio y la captura. Por lo demás, no debe olvidarse que es el trastorno mental producido por la ingestión de alcohol, no la embriaguez *per se*, lo que determinaría la condición de inimputable.

SE DESESTIMA LA CENSURA

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.

Devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Carlos A. Gálvez Argote, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

PRIVACION ILEGAL DE LA LIBERTAD/ NULIDAD/ RECONOCIMIENTO EN FILA DE PERSONAS

1.- La retención o la no liberación inmediata de quien hubiere sido aprehendido en circunstancias eventualmente irregulares, es situación paralela al desarrollo procesal que no interfiere con los substancial de éste, ni siquiera en el caso de ser demostrada tal ilegalidad. Podrá generar otras consecuencias, pero no tiene el alcance de invalidar la actuación subsiguiente.

2.- El reconocimiento en fila de personas no es prueba autónoma sino complemento o parte integrante del testimonio incriminatorio. Tanto es así, que la propia ley manda que en lo posible haga parte de éste (art. 368 C. de P.P.), de modo que su valoración no puede desligarse de la inicial declaración del testigo que incrimina.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., mayo quince (15) de mil novecientos noventa y seis (1996)

Magistrado Ponente: Dr. *Nilson Pinilla Pinilla.*

Aprobado Acta No.74

Proceso No. 9605

VISTOS

Decidirá la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por la procesada Nelly González Medina y la defensora de Claudia Patricia Castillo Y Blanca Fanny González Zapata, contra la sentencia de 20 de octubre de 1993, mediante la cual el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá las condenó, en procesos acumulados, como coautoras de dos delitos de hurto calificado y agravado.

HECHOS

1.-El 24 de enero de 1992 el señor Luis Eduardo Osorio Montes salió de vacaciones, dejando su residencia de la calle 125 A # 55-10, de esta ciudad al cuidado de la señora Elvia Moreno. El mismo día, la señora Irma González, suegra de Osorio Montes llegó a la casa de su yerno acompaña-

da de tres mujeres desconocidas quienes haciéndose pasar como amigas de la familia, lograron entrar a la casa y dentro de ella, una distrajo en la sala a la señora Irma González, otra hizo lo mismo en la cocina con Elvia Moreno, en tanto que la tercera, simulando estar en el baño, subió a la habitación del dueño de casa donde violentó la seguridad de un maletín y se apoderó de las joyas que en él se encontraban, avaluadas en diez millones de pesos, para luego abandonar el lugar en un taxi Dodge Dart, de placas SD 5407, con numero de orden 13.674 que las esperaba a corta distancia.

2. Días después, el 5 de febrero de 1992, tres mujeres se presentaron a la residencia de la calle 123 A # 40-06 de esta ciudad, de propiedad de la señora Silvia Lucila Bueno de Galindo y utilizando el mismo procedimiento se ganaron la confianza de la empleada doméstica Romelia Mondragón de Díaz, penetrando al interior de la casa donde se sustrajeron alhajas, avaluadas por su propietaria en la suma de tres millones y medio de pesos, abandonado el lugar en el taxi de las características anotadas.

Actuación Procesal

Coincidencialmente correspondió al Juzgado 42 de Instrucción Criminal de Bogotá, conocer de las denuncias presentadas por Luis Eduardo Osorio Montes y Silvia Lucila Bueno de Galindo ante la "SIJIN" de la Policía Metropolitana, adelantando por separado las correspondientes averiguaciones. En desarrollo de la primera de ellas, se produjo la captura de Nelly González Medina, Claudia Patricia Castillo García o Gloria Esperanza Pasmiño y Blanca Fanny González Zapata o Lucía López Yepes, en momentos en que se movilizaban en el taxi de las mencionadas características, por seguimiento hecho por agentes de la policía.

El 23 de julio de 1992 el nombrado Juzgado de Instrucción Criminal calificó el mérito del sumario seguido con base en denuncia formulada por Luis Eduardo Osorio Montes, con resolución de acusación en contra las tres mujeres y el conductor del vehículo Carlos Olmedo Ojeda, por el delito de hurto calificado y agravado; proceso al cual fue posteriormente acumulado el calificado por la Fiscalía 220 de la Unidad de Patrimonio el 6 de noviembre del citado año, con resolución de acusación contra las mismas personas, por el delito de hurto calificado y agravado, siendo del caso poner de presente que a raíz de una nulidad decretada, se ordenó investigar por separado la conducta del taxista Olmedo Ojeda.

Agotada la etapa del juicio y realizada la audiencia pública, el Juzgado 14 Penal del Circuito de Santafé de Bogotá puso fin a la instancia con sentencia de 29 de julio de 1993 condenando a las acusadas a la pena principal de 58 meses de prisión, cada una, a las sanciones accesorias de rigor y al pago en concreto y en forma solidaria de los perjuicios causados, negándoles el subrogado de la condena de ejecución condicional; fallo

apelado por la defensa y reformado mediante el que es objeto del recurso de casación, por el Tribunal Superior de éste Distrito en el sentido de absolver a Blanca Fanny González Zapata, quien decía responder al nombre de Lucía López Yepes, por el delito de hurto en bienes de Luis Eduardo Osorio Montes, para condenarla a la pena principal de 38 meses de prisión, por el mismo delito pero solamente en cuanto a los bienes de propiedad de la señora Silvia Lucila Bueno de Galindo. Igualmente, rebajó a 52 meses de prisión la pena impuesta a las procesadas Nelly González Medina y Claudia Patricia Castillo García, también conocida como Gloria Esperanza Pasmiño.

DEMANDAS DE CASACIÓN

Demanda a nombre de Nelly González Medina.

Dos cargos se formulan a la sentencia impugnada, a saber:

Primero:-Violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho en la apreciación de las pruebas toda vez que la diligencia de reconocimiento en fila de personas por parte de quienes dijeron reconocer a Nelly González Medina, como partícipe del hecho, no llena los requisitos legales exigidos por el artículo 368 del Código de Procedimiento Penal pues los testigos tuvieron previamente la oportunidad de dialogar con las personas que iban a reconocer; éstas les fueron mostradas en fotografías por agentes de la policía o las vieron por televisión formándose una idea sobre su figura e identidad, a mas de que el funcionario que practicó la diligencia, el 42 de Instrucción Criminal, no tomó al presunto testigo una declaración sobre las características físicas y morfológicas de las personas que iba a reconocer.

En tales condiciones, la prueba así producida carece de todo valor probatorio, debiendo ser desestimada.

Segundo: Nulidad del proceso por captura ilegal Nelly González Medina, quien, en opinión del demandante, fue aprehendida dentro de un vehículo de servicio público, sin tener conocimiento que había sido utilizado para cometer un ilícito.

Afirma que su patrocinada no podía ser capturada como lo fué, por no encontrarse en situación de flagrancia, conforme a los términos del artículo 370 del Código de Procedimiento Penal y que una vez retenida, debió ser puesta de inmediato en libertad por sus captores, como lo ordena el artículo 383 de la misma codificación.

Demanda a nombre de Claudia Patricia Castillo y Blanca Fanny González.

La defensora de las mencionadas acusadas plantea como cargo a la sentencia impugnada, el de ser violatoria, en forma directa, de las normas

que tipifican los hechos punibles imputados, por aplicación indebida de los artículos 349, 350 y 351 del Código Penal, sustentando el reproche en un cuestionamiento a la diligencia de reconocimiento en fila de personas, la supuesta desestimación del testimonio rendido por el Coronel Eduardo Forero Torres y la omisión de recibir las declaraciones de las nietas de la señora Bueno de Galindo.

Afirma que la violación directa se produjo por errónea apreciación de las pruebas, reseñando las irregularidades de que, según arguye, adolece la diligencia de reconocimiento, por no haberse aislado o apartado a los testigos que iban a reconocer a sus representadas "pues a pesar de notar el funcionario instructor, que las declarantes estaban señalando a las personas que debían reconocer, no hizo nada al respecto, teniendo como premisas que estas personas habían sido mostradas en los diarios de alta circulación en la capital de la República, y que a pesar de lo anterior, habían sido expuestas por los miembros del F-2 a quienes iban a instaurar los denuncios...".

Agrega que no obstante dichas irregularidades, el Tribunal tuvo como indicio de culpabilidad la mencionada diligencia de reconocimiento en fila de personas y, en cuanto a los demás reparos, reitera su inconformidad por no haber sido considerado el testimonio del Coronel Eduardo Forero Torres, cuñado de Silvia Lucila Bueno de Galindo, de cuyos apartes podría inferirse que las joyas pudieron haber sido sustraídas por terceras personas.

Además, no fueron oídas en declaración las nietas de la señora Bueno de Galindo, de quienes se dice presenciaron los sucesos, y solo se tuvo en cuenta la declaración de una persona acongojada por los años, susceptible de incurrir en exageraciones o yerros.

Pide casar la sentencia sin indicar el sentido en que debe serlo.

Concepto del Procurador Delegado

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, se muestra partidario de no casar la sentencia recurrida porque ninguno de los cargos formulados contra ella está llamado a prosperar.

Aludiendo a la primera de las demandas reseñadas, expresa que el demandante no distingue la clase de error probatorio endilgado al sentenciador (si de hecho o de derecho). Así mismo, que la diligencia de reconocimiento en fila de personas realizada por el Juzgado 42 de Instrucción Criminal sí cumple a cabalidad con las formalidades del artículo 368 del C. de P.P., no apareciendo probadas las aseveraciones del recurrente sobre lo ocurrido antes de la mencionada diligencia.

De otra parte, la captura de Nelly González Medina, tildada de ilegal por no encontrarse en situación de flagrancia ni mediar orden escrita,

daría base para solicitar su libertad inmediata en los términos del artículo 383 ibídem, pero no generaría nulidad del proceso porque la norma en cuestión "existe para corregir vicios de la captura, durante el curso del proceso, pero no después de la sentencia condenatoria".

Y refiriéndose a la segunda demanda de casación afirma que adolece de insuperable falencia, toda vez que la demandante pregona violación directa de la ley sobre la base de controvertir la forma como se llevó a cabo la diligencia de reconocimiento en fila de personas y la publicidad en torno al caso en que aparecen involucradas las procesadas, desviando el ataque hacia una crítica probatoria de dicho medio de persuasión.

Consideraciones de la Corte

Demanda a nombre de Nelly González Medina.

Comenzará la Sala por examinar el *segundo* de los cargos formulados a la sentencia impugnada, atinente a supuesta nulidad del proceso por captura ilegal de la mencionada procesada pues, de ser aceptado, sobraría cualquiera consideración respecto al otro reproche.

Nelly González Medina, junto con quienes dijeron responder a los nombres de Gloria Esperanza Pasmiño, Lucía López Yepes y Carlos Olmedo Ojeda, fueron capturados por agentes de la DIJIN en momentos en que se movilizaban en un taxi negro y amarillo, marca Dodge Dart, de placas SD-5407, con número de orden 13.674, ocho días después de presentada la denuncia por parte del señor Luis Eduardo Osorio Montes (fs.1 y 7 c.o. 1) dando cuenta que las autoras del hurto de las joyas de su residencia habían huído en un vehículo de las características indicadas.

De lo anterior se erige que la aprehensión no se produjo en situación de flagrancia y tampoco habría mediado orden escrita de captura de autoridad competente, surgiendo consideraciones sobre un hipotético caso de captura arbitraria y/o ilegal prolongación de la privación de libertad, eventualidad que el Tribunal ordenó investigar por separado, mediante compulsa de copias dispuestas el 19 de mayo de 1992 (fs. 11 y SS. c.o 2).

Frente a lo anterior debe recordarse que la retención o la no liberación inmediata de quien hubiere sido aprehendido en circunstancias eventualmente irregulares, es situación paralela al desarrollo procesal que no interfiere con lo substancial de éste, ni siquiera en el caso de ser demostrada tal ilegalidad. Podría generar otras consecuencias, pero no tiene el alcance de invalidar la actuación subsiguiente, a más de que para confrontarla se cuenta con acción pública y con mecanismos procesales, a los cuales pudo haberse acudido en su oportunidad.

No prospera esta impugnación.

Tampoco se abre paso el presentado como *Primer Cargo* por error de hecho en la apreciación de la diligencia de reconocimiento en fila de per-

sonas. En primer término, el impugnante olvidando que se trata de dos causas acumuladas, dentro de las cuales se practicaron sendas diligencias de reconocimiento, no precisó a cuál de ellas se refería, pretermisión que dificulta el entendimiento del reparo formulado.

No se sabe, en efecto, si alude al reconocimiento practicado el 19 de mayo de 1992 (fs.205 y ss. del c. No.1) o el realizado el 26 de los mismos mes y año (fs.15 y ss. del c. No.2) o a ambos; diligencias en desarrollo de las cuales fue reconocida Nelly González Medina como partícipe en el hurto de joyas en las dos residencias, por parte de los testigos Elvia María Morales de Moreno, Rodrigo Alfonso Villada Osorio, Silvia Lucila Bueno de Galindo y Romelia Mondragón de Díaz.

El reconocimiento en fila de personas no es prueba autónoma sino complemento o parte integrante del testimonio incriminatorio. Tanto es así, que la propia ley manda que en lo posible haga parte de éste (artículo 368 del C. de P.P.), de modo que su valoración no puede desligarse de la inicial declaración del testigo que incrimina.

Los testigos que percibieron en forma directa la presencia de las tres mujeres a quienes se les atribuye la sustracción de las joyas, hacen de dichas personas una descripción física que luego ratificaron en diligencia de reconocimiento para que no quedara duda sobre su real identidad: si es verdad que algunos de ellos manifestaron haberlas visto en las dependencias de la SIJIN, ésta circunstancia que mucho tiene que ver con la credibilidad del testimonio, es totalmente ajena a las hipótesis del error de hecho: omisión, suposición o tergiversación de la prueba o del hecho por ella revelado.

Una desprevenida lectura de las actas que recogen lo acontecido durante los reconocimientos practicados, evidencia que dichas diligencias se ajustan, por su aspecto formal, a las exigencias del artículo 368, notándose que el defensor de oficio designado en uno de los sumarios para representar a las sindicadas contrainterrogó a los deponentes respecto a la identidad de las personas reconocidas y no dejó constancia alguna que hiciera pensar en la ilegalidad de tales actos, como tampoco lo manifestó el Agente del Ministerio Público que concurrió a una de ellas.

Demanda a nombre de Claudia Patricia Castillo y Blanca Fanny González.

Frontalmente se advierte el fracaso de la demanda de casación que, acogiéndose a la violación directa de la ley sustancial, pretende demostrar su quebranto criticando los soportes fácticos de la sentencia de condena, como acontece en el presente caso.

Efectivamente, desoyendo la demandante el principio de orden técnico según el cual, quien aduce dicha vía de violación debe respetar de antemano los hechos que dió por establecidos el fallador, controvierte el

valor probatorio admitido acerca de las diligencias de reconocimiento en fila de personas, con fundamento en similares razonamientos a los esbozados por su colega en el cargo anteriormente analizado, a cuya réplica se remite la Sala para negar la connotación que se pretende.

Además, su inconformidad por no haber sido apreciada la declaración del Coronel Eduardo Forero Torres, en cuanto dijo no haber notado faltante alguno de las joyas de su cuñada Silvia Lucila Bueno de Galindo y no haber sido oídas en declaración las nietas que la acompañaban el día de los hechos, tampoco pasa de ser una simple alusión o referencia a las pruebas del proceso, carente en absoluto de la incidencia requerida para desestabilizar el fallo recurrido.

No prospera la impugnación.

DECISIÓN

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 objeto de impugnación.

Cópiese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

Nilson Pinilla Pinilla, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Jorge Córdoba Poveda, Juan Manuel Torres Fresneda

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

VIOLACION DIRECTA DE LA LEY/ VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY

Si se trata de la violación directa de la ley sustancial, debe entonces el recurrente indicar si ello se hizo por una falta de aplicación, una aplicación indebida o una interpretación errónea, consecuentemente precedido de una argumentación estrictamente jurídica en orden a demostrar por qué la norma aplicada al caso no correspondía, o porqué ha debido ser otro precepto legal el que recogía la situación fáctica, o siendo la norma aplicada la correcta por qué el sentenciador le dió alcances que no tiene ni pueden de ella desprenderse, respetando en todo caso los hechos y las pruebas en la forma como fueron apreciados y tenidos por el fallador como regla ineludible.

En cambio, si es a la forma de la violación indirecta, que por su naturaleza permite atacar la valoración probatoria hecha en el proceso, debe en este evento el impugnante señalar si se trata de errores de hecho o de derecho, lo mismo que si estos se debieron a la suposición, omisión o tergiversación del contenido objetivo de la prueba obrante en el expediente; o, si más bien el yerro consistió en haber tenido como legales pruebas que padecen de vicios en su producción o aducción o que siendo válidamente producidas el sentenciador se negó a darles valor probatorio por tenerlas como ilegales; o si por el contrario el error consistió en haberle dado a la prueba un valor que la ley no permite o no habérselo dado cuando por ley tienen determinado carácter vinculante.

El carácter extraordinario y rogativo que tiene este recurso impide en virtud del principio de limitación, suplir las deficiencias técnicas y argumentativas de los ataques propuestos a la sentencia, de tal modo que no puede pronunciarse sobre cargos que no han sido invocados y además porque las facultades que en torno a la oficiosidad le concede a la Corte el artículo 228 del Código de Procedimiento Penal están estrictamente limitadas a los casos en que se encuentre violación de garantías fundamentales o se advierta una causal de nulidad

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., quince (15) de mayo de mil novecientos noventa y seis (1996).

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos Augusto Gálvez Argote*

Aprobado Acta No. 74

Proceso No. 9813

VISTOS

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el defensor de William Leonidas Lozano Muñoz, contra la sentencia del Tribunal Superior de Sincelejo, por medio de la cual se confirmó la de primera instancia proferida por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de la misma ciudad, en la que se condenó al procesado a la pena principal de diez (10) años de prisión, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo y al pago de los perjuicios como autor del delito de homicidio simple.

HECHOS

Los hermanos Leonel y William Leonidas Lozano Muñoz, habían tomado en arriendo un quiosco en Coveñas, cediéndole posteriormente una parte a Pedro Herminsul Villegas, con quien por desavenencias en los negocios rompieron sus relaciones comerciales.

Transcurridos 15 días, Pedro Herminsul volvió donde los hermanos Lozano Muñoz en busca de trabajo, siendo contratado hasta el 22 de diciembre de 1991, cuando le fue cancelado el contrato debido a faltantes de dinero en las ventas del día anterior, motivo por el cual aquél profirió insultos contra éstos.

En horas de la tarde del mismo día, se encontraban los hermanos Lozano en las mesas de la parte de afuera del supermercado la "Milagrosa", tomándose una botella de aguardiente, cuando apareció Herminsul insultándolos nuevamente, habiendo intervenido en ese momento el señor Pablo Rivera quien se lo llevó para evitar problemas. A pesar de esto, el hoy occiso volvió nuevamente hasta donde se encontraban los hermanos Lozano Muñoz, otra vez agrediéndolos verbalmente, les rompió la botella de aguardiente que se estaban tomando y con una piedra en la mano salió en persecución de Leonel, quien se refugió en el quiosco donde llegó también William Leonidas, quien le propinó múltiples heridas con un cuchillo a Herminsul, a raíz de las cuales falleció.

ACTUACIÓN PROCESAL

Con base en el acta del levantamiento del cadáver de Pedro Herminsul Villegas y la denuncia formulada por Hernando Weisl López ante la Unidad Operativa de la Policía Judicial de Sucre, el entonces juzgado Quinto de Instrucción Criminal de Sincelejo, dispuso la práctica de algunas pruebas testimoniales con el fin de perfeccionar la investigación preliminar.

El 15 de enero de 1992, el juzgado 10o. de Instrucción Criminal de la misma ciudad ordenó la apertura de investigación disponiendo la captura de los hermanos Leonel y William Leonidas Lozano Muñoz, a quienes, ante la imposibilidad de localizar procedió a vincularlos al proceso mediante declaratoria de personas ausentes por auto del 20 de febrero del mismo año (f. 36).

La investigación se declaró cerrada el 13 de abril y el 27 de mayo de 1992 se calificó el mérito del sumario profiriendo resolución acusatoria en contra de William Leonidas Lozano Muñoz, por el delito de homicidio reiterando la orden de captura previamente ordenada, al tiempo que se ordenó el cese del procedimiento a favor de Ernesto Lozano Muñoz.

En la etapa del juicio el entonces Juzgado 18 Superior de Sincelejo decretó oficiosamente la práctica de algunas pruebas y ya en vigencia del Decreto 2700 de 1991, la Policía Judicial de Tunja capturó al procesado, poniéndolo a disposición del Juzgado 4o. Penal del Circuito de Sincelejo, quien lo escuchó en indagatoria. Celebrada la audiencia pública profirió sentencia condenatoria, que al ser apelada por el defensor del procesado recibió confirmación por parte del Tribunal en los términos precedentemente expuestos.

La Demanda

Al amparo de la causal primera del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, el cual transcribe, el defensor del procesado en único cargo acusa la sentencia del Tribunal de Sincelejo, por cuanto, en su criterio, "no le dió (sic) aplicación al artículo 29 del Código de las penas".

En la demostración de la censura, afirma el casacionista que la muerte de Pedro Herminsul Villegas se produjo como consecuencia de la injusta agresión a la que sometió a los hermanos Lozano Muñoz, razón por la cual ha debido darse aplicación a lo dispuesto en el artículo 29-1 del Código Penal, aserto que encuentra soporte probatorio en la declaración de Fabio Puentes -que transcribe en extenso-, de quien destaca que no afirmó como si lo hizo el Tribunal que le hubiese quitado el cuchillo al procesado, y las versiones de Pablo Rivera Cepeda, Guillermo Quiñones Ortiz y Alcida López, de las cuales, después de reproducir los apartes pertinentes, asevera que corroboraron lo manifestado por Lozano Muñoz en la diligencia de indagatoria.

Cuestiona el valor probatorio dado al testimonio de Fabio Puentes, afirmando que se tuvo como si hubiera presenciado los hechos, cuando en realidad él solo manifestó que se asomó a ver que Pedro estaba herido y cita doctrina nacional, para concluir que la muerte del señor Herminsul Villegas se debió a su propio comportamiento.

Finalmente reconoce que al libelo le falta el tecnicismo propio de este recurso "pero sería injusto que para mi defendido que esta demanda

fuera descalificada por este aspecto, debido a que la presentación de los hechos y la realidad existente, demuestran que el Tribunal incurrió en la inaplicación de una disposición legal sustancial, dándose así violación directa de la ley". Solicita entonces se case oficiosamente el fallo impugnado en caso de ser antitécnica la demanda.

CONCEPTO DEL PROCURADOR DELEGADO EN LO PENAL

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, advierte en primer lugar el desacierto técnico en que incurre el casacionista al transcribir en la formulación del cargo el inciso segundo de la causal primera de casación sugiriendo así una violación indirecta, para finalmente aludir a la falta de aplicación del artículo 29-4 del código penal, aduciendo una violación directa, confundiendo estas dos formas de violación de la ley sustancial, máxime si los reparos hechos a la sentencia están encaminados al análisis probatorio, destacándose el libelo por una completa ausencia de los requisitos de precisión y claridad, como que no dice la clase de error en que incurrió el fallador, proponiendo una amplia revisión de la instancia, desconocedora por demás de los argumentos sobre los cuales el Tribunal sustentó la sentencia de condena, sin reconocerle al procesado la justificante de la legítima defensa.

Finalmente, en cuanto a la solicitud de casar oficiosamente la sentencia de encontrarse defectuosa técnicamente la demanda, dice el Delegado que tal petición no resulta posible, ya que no puede la Corte tener en cuenta causales distintas a las planteadas, salvo que se trate de los eventos a que se refiere el artículo 225 del Código de Procedimiento Penal.

CONSIDERACIONES

Cargo Unico

El artículo 225 del Código de Procedimiento Penal impone como requisito formal de la demanda de casación, contener "la causal que se aduzca para pedir la revocación del fallo, indicando en forma clara y precisa los fundamentos de ella y citando las normas que el recurrente estime infringidas", lo cual significa que si se acude a la causal primera de casación es deber del casacionista precisar el motivo de la violación, el sentido del yerro y la forma en que se presentó.

En efecto, si se trata de la violación directa de la ley sustancial, debe entonces el recurrente indicar si ello se hizo por una falta de aplicación, una aplicación indebida o una interpretación errónea, consecuentemente precedido de una argumentación estrictamente jurídica en orden a demostrar por qué la norma aplicada al caso no correspondía, o por qué ha debido ser otro precepto legal el que recogía la situación fáctica, o siendo la norma aplicada la correcta por qué el sentenciador le dió alcances que

no tiene ni pueden de ella desprenderse, respetando en todo caso los hechos y las pruebas en la forma como fueron apreciados y tenidos por el fallador, como regla ineludible.

En cambio, si es a la forma de violación indirecta, que por su naturaleza permite atacar la valoración probatoria hecha en el proceso, debe en este evento el impugnante señalar si se trata de errores de hecho o de derecho, lo mismo que si estos se debieron a la suposición, omisión o tergiversación del contenido objetivo de la prueba obrante en el expediente; o, si más bien el yerro consistió en haber tenido como legales pruebas que padecen de vicios en su producción o aducción o que siendo válidamente producidas el sentenciador se negó a darles valor probatorio por tenerlas como ilegales; o si por el contrario el error consistió en haberle dado a la prueba un valor que la ley no permite o no habérselo dado cuando por ley tienen determinado carácter vinculante.

En el caso concreto, bien puede afirmarse de lo expresado por el casacionista y el contenido mismo de la demanda, que desconoce por completo estos mínimos y elementales presupuestos formales y técnicos a los que debe sujetarse la proposición de la censura, razón por la cual la sustentación del reproche no deja de ser un intento de buena fe en pro de los intereses del procesado, ya que transcribe íntegralmente la causal primera de casación afirmando a continuación que se dejó de aplicar el artículo 29-1 del Código Penal insinuando una violación directa que deja por completo abandonada, pues la argumentación que le sigue se basa inconsultamente en el contenido de la prueba testimonial, mezclando sin ningún recato los dos motivos de violación a la ley sustancial.

En efecto, tal y como lo afirma el señor Representante del Ministerio Público, el libelo carece por completo de los presupuestos de precisión y claridad, toda vez que, en principio y de acuerdo a la transcripción que hace del inciso segundo de esta causal se infiere la invocación de una violación indirecta en cuanto falso juicio de identidad, pues genéricamente alega un error en la valoración probatoria, aduciendo en algunos apartes que el Tribunal con base en el testimonio de Pablo Rivera dio por demostrados aspectos a los que éste no se refirió en los términos en que lo hace la sentencia, como decir que en un primer momento este testigo le quitó el cuchillo al procesado y que presenció los hechos, sin que ello sea ajustado a la verdad de la sentencia, pues la primera afirmación se hace con base en el testimonio de Guillermo Quiñones y la segunda es cierta conforme a la prueba.

Sin embargo, más adelante termina desviándose hacia el campo del error de derecho por falso juicio de convicción, que no tiene cabida en este caso, pues los fallos judiciales estan amparados por la doble presunción de acierto y legalidad, siempre y cuando el fallador haya respetado las reglas de la sana crítica y la experiencia, como quiera que el sistema procedimental penal nuestro no está sujeto a reglas tarifadas.

De otra parte, se olvida el casacionista de demostrar la incidencia del yerro en la sentencia, esto es, no se ocupa de desquiciar el sustento fáctico de la misma, creyendo entonces cumplir con la sustentación al reproducir apartes de los testimonios de Pablo Rivera, Guillermo Quiñones Ortiz y Adelaida López con el ánimo de suscitar un nuevo debate probatorio sin tener en cuenta que la Corte no cumple funciones de tercera instancia.

Por último, mayor es el desatino del impugnante al afirmar al final del libelo, que el Tribunal incurrió en violación directa de la ley sustancial, pues ello sólo encuentra coherencia con la inicial argumentación del cargo, esto es la falta de aplicación del artículo 29 4 del Código Penal, sin que la pretendida demostración corresponda a la naturaleza de este motivo de violación, ya que como se acaba de destacar, la fundamentación de la censura se da desde su particular punto de vista sobre el análisis probatorio, quedando por ende sin demostración la acusación hecha a la sentencia, pues no a otra conclusión se puede arribar, si en últimas este era el sentido del ataque.

Lo anterior, sirve también a la Sala para descartar por improcedente la petición final hecha en el libelo relativa a la casación oficiosa, como consecuencia de encontrarse antitécnica la demanda, habida consideración que el carácter de extraordinario y rogativo que tiene este recurso impide en virtud del principio de limitación, suplir las deficiencias técnicas y argumentativas de los ataques propuestos a la sentencia, de tal modo que no puede pronunciarse sobre cargos que no han sido invocados y además porque las facultades que en torno a la oficiosidad le concede a la Corte el artículo 228 del Código de Procedimiento Penal están estrictamente limitadas a los casos en que se encuentre violación de garantías fundamentales o se advierta una causal de nulidad.

El cargo no prospera.

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

RESUELVE

Desestimar la demanda y en consecuencia no casar el fallo impugnado.

Cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

ANONIMO/ DENUNCIA

Por disposición de nuestro estatuto procedimental penal, la acción jurisdiccional del Estado se puede poner en movimiento de una de dos maneras: por medio de denuncia, en la que se ponga en movimiento la notitia criminis por la persona agraviada, o, por cualquier persona en los delitos perseguibles de oficio; y, por razón de sus funciones llega a conocimiento de empleado oficial quien, a su vez, la transmite al funcionario competente para los fines consiguientes.

De conformidad con el artículo 38 de la Ley 190 de 1995 queda restringida como forma de adelantar una averiguación de carácter penal la queja o denuncia anónima, o que carezca de fundamento.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D. C., 16 de mayo de 1996.

Magistrado ponente: Doctor *Dídimo Páez Velandia.*

Proceso No. 11575

Aprobada Acta número 74 de mayo 15 de 1996.

Decide la Corte sobre la idoneidad de la denuncia presentada para iniciar o no investigación sumarial contra Hernando Zambrano Pantoja, actual miembro de la honorable Cámara de Representantes.

ANTECEDENTES INMEDIATOS

Al escrito dirigido al Fiscal General de la Nación, carente de firma responsable, se acompañan recortes de artículos de periódicos nacionales y del vecino país de Brasil, anunciándose que dichos recortes "...demuestran participación en acciones de narcotráfico del Segundo Vicepresidente a la Cámara Hernando Zambrano Pantoja...".

Los artículos en mención dan cuenta de la detención en Manaós, Brasil, del médico colombiano Guillermo Ignacio Zambrano, por acciones vinculadas con el narcotráfico.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. A la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia le corresponde, por disposición constitucional (artículo 235), la investiga-

ción y juzgamiento de los miembros del Congreso, por cualquier hecho punible, que tenga relación con sus funciones, o no teniéndolas, conserve su investidura. Por eso, la Corporación es competente para investigar y juzgar al actual Representante a la Cámara Hernando Zambrano Pantoja.

2. Por disposición de nuestro estatuto procedimental penal, la acción jurisdiccional del Estado se puede poner en movimiento de una de dos maneras: por medio de denuncia, en la que se ponga en conocimiento la *notitia criminis* por la persona agraviada, o, por cualquier persona en los delitos perseguibles de oficio; y, cuando por razón de sus funciones llega a conocimiento de empleado oficial quien, a su vez, la transmite al funcionario competente para los fines consiguientes.

De conformidad con el artículo 38 de la Ley 190 de 1995 queda restringida como forma de adelantar una averiguación de carácter penal la queja o denuncia anónima, o que carezca de fundamento.

3. En el presente caso la Corte se encuentra precisamente ante esta última eventualidad, pues el escrito que contiene remedo de denuncia constituye un anónimo, pues oculta su identidad quien lo suscribe de seguro para sustraerse a la responsabilidad que aparejа denunciar hechos falsos.

De otra parte, es destacable que contra el congresista Hernando Zambrano Pantoja no aparece que se formule cargo constitutivo de infracción penal, pues en los recortes de prensa dichos, se habla de la aprehensión del ciudadano colombiano Guillermo Ignacio Zambrano, posiblemente consanguíneo de aquél, por actividades relacionadas con el narcotráfico, pero que, al no ser éstas cometidas por el aforado Hernando Zambrano, ningún reproche jurídico cabría hacerle por virtud a que la culpabilidad por el hecho es individual, no comunicable en razón a vínculos de sangre con el autor.

En consecuencia, deberá ser objeto de rechazo la denuncia en cuestión.

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

RESUELVE:

Rechazar la denuncia presentada contra el congresista Hernando Zambrano Pantoja, por las razones consignadas en la parte motiva. En firme, archívese.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Carlos A. Gálvez Argote, Carlos E. Mejía Escobar, Dúlimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan M. Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CASACION DISCRECIONAL

No contempla el artículo 218 del C. de P.P. en su último inciso, esto es en los casos en que la pena privativa de la libertad del delito juzgado no alcanza el tope previsto en el primer inciso, de los seis años, al acusador privado, constituido parte civil como sujeto procesal con derecho a impugnar extraordinariamente los fallos de segundo grado. La norma restringe esa posibilidad al Procurador, su Delegado y a la defensa, lo que en otros términos significa que defiere al Ministerio Público el ejercicio de la facultad impugnatoria en esos precisos casos, sin que le sea dado a la Corte ignorar el mandato o soslayarlo so pretexto de contar con discrecionalidad para aceptar el recurso, pues aún ésta se halla supeditada a la individualización contenida en ese texto legal.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., dieciséis (16) de mayo de mil novecientos noventa y seis (1996).

Magistrado Ponente: Dr. *Didimo Páez Velandia*

Aprobado Acta No.74-V-15/96

Proceso No. 11447

Se decidirá sobre la solicitud de concesión del recurso de casación que con fundamento en el tercer inciso del artículo 218 del C. de P.P. formula la representación de la parte civil en este proceso, que por el delito de violación de los derechos de reunión y asociación -artículo 292 del C.P.- se inició contra Juan Manuel Román López y Aníbal Calderón Rodríguez.

Antecedentes

1o.- Según denuncia formulada en abril de 1991 a través de apoderado por el Sindicato de Trabajadores de Sonoco Colombiana S.A., empresa con domicilio principal en la ciudad de Cali, el representante legal de ésta, Juan Manuel Román López, adelantó una política de sistemática violación de los derechos de reunión y asociación de los trabajadores, desestimulando la afiliación al ente sindical o su continuación en el mismo mediante un mecanismo de incentivos para los no afiliados y contra-

tando personal a término fijo en épocas próximas a la negociación del pliego de peticiones.

2o.- Adelantada la investigación, el mérito sumarial fue calificado el 28 de octubre de 1994, con resolución acusatoria en la que se comprometió en juicio al mencionado Juan Manuel Román López, Gerente de la empresa y al Jefe de Relaciones Industriales de la misma, Ancízar Calderon Rodríguez, por el delito denunciado, que se halla descrito en el artículo 292 del C.P. y sancionado con pena privativa de la libertad de arresto hasta de cinco años (fls. 681-700, 716 cd. ppl.2).

Al término de la etapa del juicio el Juzgado 28 Penal del Circuito de Cali emitió fallo absolutorio para los acusados (fls. 816-840 cd. ppl.2), que recurrido en apelación por la parte civil, fue confirmado por el Tribunal, en cuyo criterio esa decisión debía mantenerse (fls. 857 y ss. cd. ppl.2).

En desacuerdo con la sentencia de segundo grado, el apoderado de la parte civil, invocando expresamente el tercer inciso del artículo 218 del C. de P.P., pero sin determinar por cuál de los motivos previstos en ese dispositivo legal sería procedente su concesión, interpone el recurso extraordinario que de manera excepcional y discrecional compete a la Corte decidir si concede o no.

Consideraciones de la Corte

No contempla el artículo 218 del C. de P.P. en su último inciso, esto es, en los casos en que la pena privativa de la libertad del delito juzgado no alcanza el tope previsto en el primer inciso, de los seis años, al acusador privado constituido parte civil, como sujeto procesal con derecho a impugnar extraordinariamente los fallos de segundo grado. La norma restringe esa posibilidad al Procurador, su Delegado y a la defensa, lo que en otros términos significa que defiere al Ministerio Público el ejercicio de la facultad impugnatoria en esos precisos casos, sin que sea dado a la Corte ignorar el mandato o soslayarlo so pretexto de contar con discrecionalidad para aceptar el recurso, pues aún ésta se halla supeditada a la individualización contenida en ese texto legal.

Por esta razón, ya en anterior oportunidad había fijado la Sala su criterio al respecto (auto mayo 22 de 1995, Rad. 10460):

"La legitimidad de la personería del postulante constituye condición de procedibilidad de su pretensión y hace parte del ordenamiento jurídico procesal, que como se sabe, es de orden público y de imperativa observancia para el Juez, por antonomasia el llamado a respetarlo, como árbitro de las garantías constitucionales y legales en el debate sometido a su jurisdicción; no puede el funcionario, habilitar a su arbitrio a ninguno de los sujetos procesales para ejercitar derechos que la ley no le ha concedi-

do, menos aún, cuando la preceptiva es clara y concreta en sus términos no dando margen a un proceso interpretativo que desborde su tenor gramatical".

Se impone entonces, sin que sea menester el examen de la argumentación del escrito allegado, denegar la solicitud.

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

RESUELVE

NO CONCEDER el recurso de casación solicitado por la representación de la parte civil en este proceso. En firme, Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Copíese, notifíquese, cúmplase.

Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Carlos A. Gálvez Argote, Carlos E. Mejía Escobar, Dúlimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

IMPEDIMENTO

El funcionario debe declararse impedido cuando a su respecto exista alguna de las causales que así lo ordena, lo cual implica que debe ser asertivo y expreso en su manifestación, por tratarse -para el caso de situaciones que no sean de público conocimiento- de un estado interno de ánimo que solo puede conocer el funcionario que habrá de examinarlo, a través de la expresión objetiva del sujeto que lo vivencia.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., mayo diecisiete (17) de mil novecientos noventa y seis (1996).

Magistrado Ponente: Dr. *Dídimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta N°74-V-15/96

Proceso No. 11387

Decide la Corte sobre el impedimento aducido en este proceso por la doctora Patricia Salazar Cuéllar, en calidad de Secretaria de la Sala Penal de esta Corporación, con fundamento en la causal 1a. del artículo 103 del mismo Estatuto.

Antecedentes

1.- El 2 de julio de 1993 Luis Alberto Forero Galvis dio muerte a su compañera permanente Rosa Helena Lesmes Hernández, por lo que fue denunciado penalmente y sometido a la investigación de rigor, en la cual se constituyó Parte Civil la hermana de la occisa María del Carmen Lesmes Hernández (fls.187, 189 cd.ppl.1) con la representación judicial del abogado William Ignacio Guerrero Preciado (fl.190 cd.ppl.1), quien ejerció la personería hasta cuando, surtidos los traslados en el recurso de casación contra la sentencia condenatoria, el proceso debía ser remitido a la Corte (fls.112.114 cd. C).

2.- Aduce la señora Secretaria de la Sala, doctora Patricia Salazar Cuéllar que el mencionado doctor Guerrero Preciado es su cónyuge, por lo que se considera eventualmente impedida para ejercer sus funciones en el trámite del recurso extraordinario.

Consideraciones de la Corte

Lo primero que se advierte es que al plantear su impedimento la funcionaria, no expresa hallarse incursa en la taxativa causal de impedimento que menciona, pues no expresa tener interés en el proceso que se tramita; se limita a plantear una eventualidad que pudiera o no concretarse, esto es, no exterioriza un estado subjetivo de conciencia que pueda catalogarse como parcializada inclinación suya en favor del resultado de la gestión realizada por su cónyuge en representación de la parte civil en el proceso; vale decir, su planteamiento no se allana a lo previsto en el artículo 104 del C. de P.P., que dispone que el funcionario debe declararse impedido cuando a su respecto exista alguna de las causales que así lo ordene, lo cual implica que debe ser asertivo y expreso en su manifestación, por tratarse para el caso de situaciones que no sean de público conocimiento de un estado interno de ánimo que solo puede conocer el funcionario que habrá de examinarlo, a través de la expresión objetiva del sujeto que lo vivencia.

Así conocida por la Sala la relación de la funcionaria con el proceso, no encaja en causal de impedimento que legalmente deba ser examinada. Sin embargo, si en gracia de discusión llegara a considerarse como manifiesto el impedimento, resulta claro que el interés impediente que consagra el numeral 1° del artículo 103 del C. de P.P., debe ser actual, para el momento en que el funcionario debe actuar en el asunto judicial.

En el caso que se estudia, el profesional cónyuge de la señora secretaria de la Sala sustituyó el poder cuando el proceso iba a ser enviado a la Corte para el trámite propio en esta Corporación. En estas condiciones el interés que la señora Secretaria de la Sala pudo haber tenido en el proceso perdió vigencia y, por tanto, el impedimento carece de fundamento.

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

Resuelve

DECLARAR INFUNDADO el impedimento aducido por la doctora Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria de esta Sala en este proceso.

Cópiese y cúmplase.

Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Carlos A. Gálvez Argote, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

PERJUICIOS / APELACION

La decisión judicial que libera al responsable de la obligación de pagar el valor de los perjuicios causados por el delito, así sea por imposibilidad económica de hacerlo, afecta de modo directo el derecho que le asiste a la parte civil de ser resarcida de los perjuicios sufridos por la víctima, concretados en la forma señalada.

Al negarle la apelación, se le está privando a éste sujeto procesal (parte civil) de la oportunidad de cuestionar los fundamentos de la resolución recurrida y de controvertir lo expuesto por el interesado para sustentar lo argüido como precaria situación económica.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., diecisiete (17) de mayo de mil novecientos noventa y seis (1996).

Magistrado Ponente: Dr. *Nilson Pinilla Pinilla*

Aprobado Acta No. 75.

Proceso No. 11071

VISTOS

Resuelve de plano la Corte el recurso de hecho interpuesto por la apoderada del denunciante y ofendido doctor Edgar Ernesto Urueña Cadena, quien fuera reconocido como parte civil dentro del proceso penal, contra el auto de veintisiete de septiembre postrero, por medio del cual el Tribunal Superior de Florencia le negó el de apelación contra la providencia de la misma corporación de treinta de agosto, que ordenó la no exigibilidad del pago de los perjuicios ocasionados con el delito, a fin de que el sentenciado Fabio De Jesús Maya Angulo continuara gozando del subrogado de la condena de ejecución condicional.

ANTECEDENTES

1)- El primero de marzo de 1995, la Corte revocó la sentencia absolutoria proferida por el Tribunal Superior de Florencia en favor del ex-Juez Civil Municipal de dicha ciudad, abogado Fabio de Jesús Maya Angulo y en su lugar lo condenó a la pena principal de 14 meses de prisión por el delito de

prevaricato y a pagar a favor del doctor Edgar Ernesto Urueña Cadena, dentro de los seis meses siguientes a la ejecutoria del fallo, la suma de $3.741.000.oo y el equivalente en moneda nacional a 40 gramos oro, por concepto de perjuicios materiales y morales, respectivamente, causados con el delito, otorgándole el subrogado de la condena de ejecución condicional.

2)- Meses después, el sentenciado solicitó al Tribunal Superior, con fundamento en el artículo 525 del Código de Procedimiento Penal, ser exonerado de la obligación de pagar los perjuicios provenientes del hecho punible para continuar gozando del sustituto penal, alegando encontrarse en imposibilidad económica de hacerlo, adjuntando constancias expedidas por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi y la Cámara de Comercio de Florencia donde certifican que no registra bienes de su propiedad y no se halla inscrito como comerciante; petición resuelta por dicha corporación mediante providencia de 30 de agosto de 1995, en el sentido de negarle la exoneración del pago de los perjuicios y ordenar la no exigibilidad de los mismos, a fin de que el peticionario continuara gozando del subrogado otorgado.

3)-Inconforme la apoderada de la parte civil con tal decisión, interpuso contra ella recurso de apelación, que le fue denegado por auto de veintisiete de septiembre siguiente, con el argumento de carecer de interés jurídico para recurrir por cuanto la no exigibilidad del pago de perjuicios para continuar gozando de la condena de ejecución condicional, es aspecto que toca con la libertad del sentenciado mas no con el derecho que le asiste a la parte civil de obtener la indemnización de los perjuicios causados con el delito.

4)- No satisfecha la apoderada de la parte civil con dicha negativa, solicitó copias de lo pertinente para recurrir de hecho ante la Corte y recibidas éstas, sustentó por escrito la impugnación aduciendo, en síntesis, que le asistía "todo el derecho para reclamar del sentenciado el cumplimiento de la obligación de reparar los daños y perjuicios ocasionados con el delito, como obligación prevista en el numeral 3° del artículo 69 del Código Penal, para adquirir el derecho a continuar disfrutando del subrogado", agregando que el ex-Juez condenado pretende a todo trance burlar la obligación de pagar los perjuicios, haciendo ilusorio el derecho resarcitorio de la parte civil.

Consideraciones de la Corte

Como la finalidad del recurso de hecho es facultar al superior para decidir si los recursos de apelación o de casación fueron bien o mal denegados por el inferior, corresponde a la Sala determinar en el presente caso, si el recurso de apelación interpuesto contra el auto de 30 de agosto pasado, proferido por el Tribunal Superior de Florencia, ha sido indebidamente negado.

La negativa del Tribunal a conceder el recurso de alzada oportunamente interpuesto y sustentado por la apoderada de la parte civil contra la providencia que ordenó la no exigibilidad del pago de perjuicios para que el sentenciado continuara gozando del subrogado de la condena de ejecución condicional, por encontrarse en imposibilidad económica de hacerlo, se fundó en la carencia de interés jurídico de la parte recurrente, porque el asunto a decidir tocaba únicamente con la libertad del condenado Fabio de Jesús Maya Angulo; argumentación que la Corte rechaza por cuanto la decisión judicial que libera al responsable de la obligación de pagar el valor de los perjuicios causados con el delito, así sea por imposibilidad económica de hacerlo, afecta de modo directo el derecho que le asiste a la parte civil de ser resarcida de los perjuicios sufridos por la víctima, concretados en la forma señalada.

Al negarle la apelación, se le está privando a este sujeto procesal de la oportunidad de cuestionar los fundamentos de la resolución recurrida y de controvertir lo expuesto por el interesado para sustentar lo argüido como precaria situación económica.

La inconformidad de la parte civil se centra en la dificultad de obtener la oportuna indemnización del daño sufrido por la persona ofendida con el delito. Así resulte eventualmente comprometida la libertad del condenado, no puede desconocérsele a la prosecución privada el interés jurídico que le asiste de impugnar una decisión abiertamente contraria a su pretensión resarcitoria, por lo que resulta palmar que el recurso de apelación interpuesto por parte legitimada, dentro del término legal y con interés jurídico para ello, estuvo mal denegado.

Esta consideración está acorde con lo expuesto por la Corte Constitucional al declarar exequibles los apartes pertinentes de los artículos 519, 520 y 524 del Decreto 2700 de 1991 (sentencia C-008 de enero 20/94, M.P. Dr. José G. Hernández), en el sentido de que no se trata de "la exigencia de pagar una deuda civil bajo el apremio de una pena privativa de la libertad sino el requerimiento a quien es beneficiado con una eventual inejecución de la pena para que atienda, de todas maneras, la obligación de reparar el daño causado por el delito", en plazo que se puede prorrogar "por una sola vez" cuando se establezca la real imposibilidad del beneficiario del subrogado de "cumplir la obligación de indemnizar los perjuicios dentro del término señalado", artículo 524 C. de P.P., sin detrimento de lo dispuesto en el 525 *ib.*

Establecida de tal modo la procedibilidad del recurso de hecho, la Sala infirmará la providencia que denegó indebidamente el recurso de apelación interpuesto contra el auto que no exigió al sentenciado Fabio de Jesús Maya Angulo el pago de los perjuicios para continuar disfrutando del subrogado de la condena de ejecución condicional y en su lugar concederá la apelación denegada, en el efecto suspensivo (C. de P.P., art. 204, literal a, numeral 6°), para ante esta corporación.

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

RESUELVE

1.-REVOCAR el auto de fecha 27 de septiembre de 1995, por medio del cual el Tribunal Superior de Florencia denegó el recurso de apelación interpuesto por la parte civil contra la providencia de treinta de agosto del mismo año, y en su lugar, CONCEDER dicho recurso, en el efecto suspensivo, para ante esta corporación.

2.- COMUNICAR lo resuelto al Tribunal Superior, solicitándole la remisión del proceso original.

Cúmplase.

Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, *Secretaria.*

RECURSO DE HECHO

El derecho de impugnación impone deberes procesales a la parte que lo ejerce, y en el preciso caso del recurso de hecho, el artículo 209 del C. de P.P. señala como carga procesal al recurrente, la sustentación de su inconformidad dentro de los tres días siguientes a aquél en que las copias hayan sido recibidas para el respectivo pronunciamiento del superior.

La misma disposición que concedió el plazo al interesado, sanciona su inactividad con la desestimación de la vía de impugnación seleccionada, lo que implica su forzoso rechazo.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., mayo diecisiete (17) de mil novecientos noventa y seis (1996).

Magistrado Ponente: Dr. *Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado Acta No. 75

Proceso No. 11670

VISTOS

Decide la Sala sobre el recurso de hecho que formula el apoderado de la parte civil en el proceso que por el delito de Fraude Procesal se adelantó contra Rosa María Barrera viuda de López.

ANTECEDENTES

Mediante sentencia del 19 de febrero de 1996, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá resolvió la apelación interpuesta por la parte civil contra la sentencia absolutoria que el Juzgado Quinto Penal del Circuito de esta ciudad había dictado el 1o. de diciembre anterior, en favor de la señora Rosa María Barrera viuda de López, procesada por la presunta comisión del delito de fraude procesal, en el sentido de confirmar la decisión impugnada en todas sus determinaciones.

Dentro del término de ejecutoria de la sentencia de segundo grado, el apoderado de la parte civil introdujo un memorial manifestando que interponía el recurso extraordinario de casación.

En pronunciamiento del 28 de marzo pasado, la Sala de decisión del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá denegó la concesión del recurso, habida consideración de que la pena máxima establecida para el delito de fraude procesal no supera los cinco años de prisión y por tanto, no alcanza el quantum punitivo exigido para la viabilidad de esta forma de impugnación.

El impugnante recurrió de hecho contra la anterior providencia y solicitó la copia de algunas piezas procesales, las cuales fueron remitidas a esta Corporación para el trámite pertinente.

En la secretaría de la Sala se surtió, en silencio, el traslado establecido para la sustentación del recurso, durante los días 22, 23 y 24 de abril del año en curso.

Consideraciones de la Corte

El derecho de impugnación impone deberes procesales a la parte que lo ejerce, y en el preciso caso del recurso de hecho, el artículo 209 del Código de Procedimiento Penal señala como carga procesal al recurrente, la sustentación de su inconformidad dentro de los tres días siguientes a aquél en que las copias hayan sido recibidas para el respectivo pronunciamiento del superior.

En este caso, como se dejó plasmado, transcurrieron en secretaría los tres días concedidos por la ley al impugnante para motivar la interposición del recurso y aportar los elementos necesarios para que la Sala atienda sus pretensiones, sin que se produjera intervención alguna.

La misma disposición que concedió el plazo al interesado, sanciona su inactividad con la desestimación de la vía de impugnación seleccionada, lo que implica su forzoso rechazo.

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

Resuelve

DESECHAR EL RECURSO DE HECHO interpuesto por el apoderado de la parte civil contra la providencia que le negó la concesión del recurso extraordinario de casación formulado dentro del proceso en el que se absolvió a la señora Rosa María Barrero viuda de López del delito de fraude procesal.

ENVÍESE esta actuación al Tribunal de conocimiento para que haga parte de la actuación.

Cópiese, notifíquese, devuélvase y cúmplase.

Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

IMPEDIMENTO/ INTERES EN EL PROCESO

Si el interés que motiva el impedimento es el recíproco resultante de la misma investigación por ser los Magistrados los jueces de los Representantes y estos a su vez investigadores de aquellos, la causal invocable, en forma de amplia interpretación, sería la contemplada en el numeral 10o. del artículo 103 del estatuto.

Pero en este caso, como lo exige la ley, debe existir dicha vinculación del funcionario al proceso o investigación respectiva, para evitar que a través de este medio se busque y se logre su separación, según los deseos y móviles de su denunciante con la finalidad que con tal exigencia quiere evitar la norma legal.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santa Fe de Bogotá, D. C., veintiuno (21) de mayo de mil novecientos noventa y seis(1996).

Conjuez Ponente: Doctor *Fabio Aristizábal Hoyos.*

Aprobado Acta de Conjueces número 06

Proceso: 9960

Vistos

Resuelve la Sala de Conjueces la manifestación de impedimento de los doctores *Jorge Córdoba Poveda* y *Carlos Augusto Gálvez Argote*, integrantes de la Sala Penal, en relación con su intervención en estas diligencias contra el Representante a la Cámara *Roberto Moya Angel.*

Expresan los señores Magistrados, como fundamento de su impedimento:

"Conforme a las certificaciones que obran en el proceso, se advierte que el aforado Roberto Moya Angel es miembro actual de la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes, entidad que tiene entre otras funciones la de investigar penalmente a los Magistrados de esta Corporación, como en efecto lo viene haciendo. Por ello, consideramos que en el presente caso se configura la causal de impedimento contemplada en el artículo 103 numeral 1° del Código de Procedimiento Penal, toda vez que nace un interés directo en asuntos que se tramitan en

ambas Colegiaturas, lo que afecta la imparcialidad de la administración de justicia".

Se Considera

1. Los motivos aducidos por los señores Magistrados doctores Córdoba Poveda y Gálvez Argote traducen su pundonorosa actitud y su deseo de preservar al mismo tiempo el buen nombre de la administración de justicia y de evitar cualquier situación que pueda llevar a afectar su imparcialidad o a formular objeción o generar duda alguna al respecto, con el efecto primeramente indicado.

Aunque dichas manifestaciones están dentro de la dirección y decisiones adoptadas por la Sala Penal desde hace algún tiempo y a raíz de la vigencia de la Constitución de 1991, que atribuyó a la Corte Suprema la investigación y juzgamiento de los miembros del Congreso (art. 235, 3° C.N.) en única instancia, se hace necesario formular varios planteamientos y razones que llevan a adoptar decisión contraria y a modificar la interpretación aceptada hasta este momento, por algunos de los integrantes de esta Sala, argumentos que se considera tienen plena validez y que se consignan seguidamente.

2ª. Si bien se afirma en la manifestación de impedimento el interés directo al cual se refiere la causal invocada, resulta claro que este interés se relaciona con la circunstancia de ser los representantes a la Cámara miembros de la Comisión de Acusación investigadores de los Magistrados de la Corporación y éstos a su vez jueces de aquéllos.

Pero como se desprende de la norma invocada, el interés hace relación al proceso mismo que se tramita y no a situaciones diferentes –cual es la indicada– como motivo de separación del asunto: y sería así necesaria para su reconocimiento una interpretación extensiva, que no resulta acorde con la naturaleza de la institución procesal de los impedimentos, la cual es de carácter restrictivo como lo exige el funcionamiento adecuado de la administración de justicia.

Efectivamente, sólo en virtud de una amplia interpretación podría darse al texto legal invocado el significado ya indicado: y si bien en relación con otras causales, como la amistad o la enemistad, es posible dar a su afirmación por el funcionario un amplio alcance, ya que corresponde a situaciones subjetivas en las cuales el juicio y sentimiento del fallador expresado en tales términos, con indicación de las circunstancias correspondientes, debe entenderse tiene validez bastante, no ocurre lo mismo con la causal invocada, dada los claros términos en que se encuentra consignada.

Además de que si esta interpretación se generalizara, respecto a diferentes competencias legales, produciría efectos negativos y podría implicar trabas en los trámites legales de los asuntos respectivos.

Otro aspecto de importancia radica en que admitida esta interpretación, no sería ya de la Sala Penal sino de la de Conjueces el juzgamiento de determinados miembros del Congreso, con modificación en cuanto a los efectos y alcance de la norma; con lo cual se haría también general una situación que debe ser excepcional y que no corresponde al alcance y desarrollo procesal de los impedimentos.

No aparece, por tanto, el interés alegado, que por demás se referiría a una situación posible y futura, no actual, como se necesitaría para poder deducir y afirmar la existencia del motivo alegado.

3. Por otra parte, si el interés que motiva el impedimento es el recíproco resultante de la mutua investigación –según se desprende claramente del planteamiento examinado– por ser los Magistrados los jueces de los Representantes y éstos a su vez investigadores de aquéllos, la causal invocable, en forma de amplia interpretación, sería la contemplada en el numeral 10 del artículo 103 del estatuto.

Pero en este caso, como lo exige la ley, debe existir dicha vinculación del funcionario al proceso o investigación respectiva, para evitar que a través de este medio se busque y se logre su separación, según los deseos y móviles de su denunciante con la finalidad que con tal exigencia quiere evitar la norma legal.

En esta causal se comprendería más propiamente la razón de impedimento legal presentada; pero como se deduce en forma suficiente, no se ha comprobado este supuesto, ni se ha afirmado tampoco.

4. Además, la admisión del impedimento por el motivo alegado, daría lugar a considerar una causal no prevista en la ley para crear una situación de inmensa gravedad, como podría ser la de dejar sin juez la investigación y fallo de los procesos penales que se abrieran a los miembros de la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes, pues los conjueces se hallarían en las mismas circunstancias de los impedidos primitivamente, porque ellos podrían también ser investigados eventualmente por dicha Comisión.

Las razones expuestas llevan a concluir en la improcedencia de los motivos aducidos y a modificar la interpretación anteriormente aceptada.

Por lo dicho, la *Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en Sala de Conjueces,*

RESUELVE

No admitir los impedimentos alegados.

Cópiese y cúmplase.

Fabio Aristizábal Hoyos, Alvaro Estava Ayala, Alfonso Gómez Méndez, (con aclaración de voto), William Monroy V., Hugo Humberto Rodríguez C., Eduardo Torres E., Conjueces.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

IMPEDIMENTO/ INTERES EN EL PROCESO
(Aclaración de Voto)

El concepto de "interés en el proceso" a que se refiere el numeral 1o. del artículo 103 del Código de Procedimiento Penal, debe entenderse en función de los resultados concretos que del juicio respectivo se deriven para el Juez o Magistrado.

El llamado "interés recíproco" debe entenderse en la misma dirección, esto es en la eventual afectación para los funcionarios como consecuencia de los resultados de un proceso, y no en la de que ambos puedan potencialmente estar colocados en la mutua condición de acusado y Juez.

Aclaración de Voto Conjuez: Dr. *Alfonso Gómez Méndez*

ACLARACIÓN DE VOTO

Aun cuando comparto plenamente el sentido de la decisión con todo respeto, me permito presentar como aclaración de voto, las razones que a mi juicio justifican plenamente la no aceptación de los impedimentos planteados por los honorables Magistrados titulares dentro de los procesos adelantados contra los miembros de la Comisión de Investigación y Acusación de la honorable Cámara de Representantes. Planteo estos argumentos como aclaración de voto, por cuanto no aparecen consignados en la decisión de la honorable Sala de Conjueces.

1. El concepto de "interés en el proceso" a que se refiere el numeral 1° del artículo 103 del Código de Procedimiento Penal, debe entenderse en función de los resultados concretos que del juicio respectivo se deriven para el Juez o Magistrado.

El llamado "interés recíproco" debe entenderse en la misma dirección, esto es en la eventual afectación para los funcionarios como consecuencia de los resultados de un proceso, y no en la de que ambos puedan potencialmente estar colocados en la mutua condición de acusado y juez.

2. La causal derivada de la denuncia contra el funcionario judicial supone por lo menos, la vinculación jurídica del mismo al proceso.

Justamente el origen de esta previsión legislativa está en el abuso que en el pasado se hizo por parte de algunos abogados en el sentido de formular denuncias sin fundamento contra el funcionario que conocía de un caso, con el solo y desviado propósito de separarlo del conocimiento del mismo.

Aceptar como causal de impedimento la simple existencia de una denuncia –muchas veces sin precisión–, podría conducir al resurgimiento de los excesos cuya comisión se quiso evitar con la modificación de esta causal de impedimento en el Código de Procedimiento Penal.

3. En el caso de los funcionarios con fuero en el Congreso se podrían generar inconvenientes consecuencias si se da desarrollo a la tesis contraria. Estas serían fundamentalmente:

a) La Sala ha venido declarándose impedida en relación con los miembros de la Comisión de Investigación y Acusación exclusivamente.

Sin embargo, la facultad constitucional para investigar y juzgar a todos los funcionarios con fuero congresional, no radica en la Comisión, sino en la *Cámara de Representantes en Pleno*, con lo que el impedimento eventual se extendería a *todos* los miembros de la Cámara.

Este punto ha quedado aclarado suficientemente en el reciente fallo de la honorable Corte Constitucional.

Es más, se podría, incluso, pensar en que así planteado el impedimento comprendería igualmente a los miembros del Senado, quienes eventualmente pueden ser Jueces de los honorables Magistrados.

b) Actualmente cursan varios procesos por pérdida de la investidura parlamentaria ante el honorable Consejo de Estado.

Los artículos 178 y 174 de la Constitución Política asignan al Congreso la facultad de investigar y juzgar a los miembros del Consejo de Estado. Bastaría con que alguien formulara una denuncia contra un Consejero para paralizar en la práctica los procesos por pérdida de investidura.

Respetuosamente,

Alfonso Gómez Méndez,

Conjuez.

IMPEDIMENTO/ INTERES EN EL PROCESO

Si el artículo 103 es un precepto rigurosamente enumerativo y ese deber de inhibición del conocimiento de determinado asunto queda limitado a los eventos en que concurran las circunstancias concretas que dicha norma prescribe, en esta materia no tienen cabida poderes discrecionales de apreciación en el funcionario que declara encontrarse en tal situación.

En otras palabras, la índole de los hechos con virtualidad suficiente para fundar una declaración de impedimento y la procedencia de las distintas causales, según las circunstancias en cada caso particular, son puntos que de antemano y en abstracto ha fijado la ley por razones de alta conveniencia y de moralidad judicial; luego en lo que toca con esos dos elementos que por naturaleza son de configuración objetiva, nada ha quedado definido al parecer personal de los juzgadores; su potestad de abstención deriva de la ley, no de su voluntad y, forzosamente, han de descartarse en este terreno escogencias alternativas de causal.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santa Fe de Bogotá, D. C., veintiuno (21) de mayo de mil novecientos noventa y seis (1996).

Conjuez Ponente: Dr. *Alvaro Eslava Ayala*

Aprobado Acta de Conjueces número 06 (mayo 10/96).

Proceso No. 10279

Los honorables Magistrados de esta Sala, doctores Jorge Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote y Nilson Pinilla Pinilla, se declaran impedidos para conocer de la denuncia en trámite porque el denunciado, doctor Jorge Humberto Mantilla Serrano, es miembro de la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes y, así, concurre respecto a ellos la causal prevista en el numeral 1° del artículo 103 del Código de Procedimiento Penal, hecha la advertencia que "dicha Comisión es el investigador natural de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, circunstancia que como ha venido considerando esta Sala, podría hacer suponer explicable interés por el resultado de los asuntos que

allí se tramitan..." y que "no hacerlo (la declaratoria de impedimento) nos ubicaría en la situación de juzgadores de quienes eventualmente están llamados a investigarnos, como en la práctica puede estar ocurriendo por las quejas que al parecer se han formulado en nuestra contra ante la mencionada Comisión".

En nuestro ordenamiento, la enunciación de las causales de impedimento es taxativa, vista la preceptiva del artículo 103 ya citado. Los jueces y magistrados deben declararse inhibidos para conocer de procesos penales cuando concurre en ellos alguna causal de inhabilidad y hasta es su deber ponerla de resaltado, tal y conforme lo predica el artículo 104 del estatuto procesal, porque la absoluta imparcialidad de los juzgadores es una de las garantías fundamentales sobre las que reposa todo el sistema de procedimiento judicial.

Entonces, si el artículo 103 es un precepto rigurosamente enumerativo y ese deber de inhibición del conocimiento de determinado asunto queda limitado a los eventos en que concurran las circunstancias concretas que dicha norma prescribe, en esta materia no tienen cabida poderes discrecionales de apreciación en el funcionario que declara encontrarse en tal situación.

En otras palabras, la índole de los hechos con virtualidad suficiente para fundar una declaración de impedimento y la procedencia de las distintas causales, según las circunstancias de cada caso particular, son puntos que de antemano y en abstracto ha fijado la ley por razones de alta conveniencia y de moralidad judicial; luego en lo que toca con esos dos elementos que por naturaleza son de configuración objetiva, nada ha quedado definido al parecer personal de los juzgadores; su potestad de abstención deriva de la ley, no de su voluntad y, forzosamente, han de descartarse en este terreno escogencias alternativas de causal.

En el presente asunto no es meridiano que los honorables Magistrados tengan interés personal en las resultas de la investigación contra el Representante Martilla Serrano o en las de su eventual juzgamiento por el sólo hecho de que en la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes cursen algunas quejas y denuncias contra los miembros de la Sala de Casación Penal, por actos ejecutados en ejercicio de sus funciones, sin que exista constancia de haberse proferido siquiera resolución de apertura de investigación. Máxime que los presuntos impedidos apenas creen que puede estar ocurriendo, es decir, no pasan del plano hipotético, potencial, no actual ni concreto.

Creemos que alegar impedimento por esa mera circunstancia podría llevar la creación, por vía de jurisprudencia, de una causal nueva calificable apenas como de "reciprocidad" y, naturalmente, ajena a la noción de interés que establece la ley.

No sobra repetir lo dicho en otro asunto y en Sala de Conjueces: "Pero como se desprende de la norma invocada, el interés hace relación al proceso mismo que se tramita y no a situaciones diferentes –cual es la indicada– como motivo de separación del asunto; y sería así necesaria para su reconocimiento una interpretación extensiva, que no resulta acorde con la naturaleza de la institución procesal de los impedimentos, la cual es de carácter restrictivo como lo exige el funcionamiento adecuado de la administración de justicia".

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

RESUELVE

No admitir los impedimentos alegados.

Cúmplase.

Fabio Aristizábal Hoyos, Santiago Beracasa Hoyer, Alvaro Estava Ayala, Edgar Lombana Trujillo, William Moreno Victoria.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

AUTO INTERLOCUTORIO/ AUTO DE SUSTANCIACION

Dentro de toda actuación judicial, los autos que se dicten pueden ser de sustanciación o interlocutorios, según la clase de pronunciamiento que se trate, siendo los primeros aquellos en los cuales el funcionario dispone simplemente el impulso de la actuación procesal, entre los cuales se encuentra el que ordena la práctica de una prueba que por ser notificable, admite únicamente el recurso de reposición; los interlocutorios, por su parte, son aquellos que definen aspectos sustanciales del proceso.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal.- Santa Fe de Bogotá, D. C., veintiuno (21) de mayo de mil novecientos noventa y seis (1996).

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

Aprobado Acta No. 76

Proceso No. 11576

Vistos

Resuelve la Corte el recurso de hecho interpuesto por la procesada Rubiela Marín Orozco De Rayo, dentro del proceso que en su contra se sigue por los delitos de Peculado por apropiación y Falsedad en Documentos.

Antecedentes

Por auto de noviembre ocho (8) de mil novecientos noventa y cinco (1995) el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, fijó el día 29 de noviembre de ese año, como fecha para continuar con la diligencia de audiencia pública que se había suspendido dentro de la causa seguida contra la recurrente, por los delitos de peculado y falsedad en documentos.

Contra la citada decisión, la Dra. Marín Orozco interpuso recurso de reposición por considerar que la citada diligencia debía aplazarse indefinidamente, por cuanto el tratamiento médico siquiátrico al que se en-

cuentra sometida no se ha terminado y en la actualidad continúa en la fase extramural del mismo lo cual le implica tomar medicamentos que le producen efectos de choque e hiperaceleración de reacciones.

De acuerdo con lo anterior, el mencionado Tribunal, en auto interlocutorio del trece (13) de diciembre del año próximo pasado, resolvió revocar el auto que fijaba fecha para la continuación de la audiencia y en su lugar aplazarla, hasta nueva oportunidad.

Allí mismo dispuso oficiar al Departamento de Siquiatría del Instituto de Medicina Legal de Santafé de Bogotá, para que, previo estudio de la historia clínica e informes médicos de la procesada, procediera a examinarla y dictaminara su estado actual de salud y si se encontraba en condiciones de trasladarse temporal o definitivamente de esta capital hacia la ciudad de Buga y presentarse a la diligencia de audiencia pública.

En esta oportunidad la citada Dra. Marín interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación, por considerar que ya en otras ocasiones, esa Sala había decidido no continuar con la audiencia pública allí suspendida hasta tanto no finalizara el tratamiento psiquiátrico al que está sometida por cuenta de los Seguros Sociales de Bogotá.

Consideró que la mencionada decisión, vulnera el debido proceso y sus derechos fundamentales, ya que al parecer se quiere abortar su tratamiento médico y a la postre no se le dá credibilidad al informe de la Institución que le está suministrando la señalada atención médica.

Por lo anterior, el Tribunal Superior de Buga, en providencia del trece (13) de febrero de los cursantes, la cual es motivo de esta impugnación, consideró que los recursos propuestos por la procesada no están llamados a prosperar por cuanto la misma carece de interés jurídico para interponerlos, es decir que no cumple con lo establecido en el artículo 196 del Código de Procedimiento Penal.

Lo anterior porque con la providencia que es objeto de pronunciamiento, la recurrente no resulta agraviada o perjudicada, ni tampoco se le están vulnerando sus derechos fundamentales o el debido proceso, pues con el dictamen dispuesto se busca, de un lado, que el Instituto de Medicina Legal, como órgano auxiliar de la justicia, se pronuncie sobre el particular por ser el legalmente competente, y de otro, darle impulso a la actuación procesal para la terminación del asunto, ya que con grave perjuicio de la otra procesada dentro del mismo, Carmen Lucia Porras Victoria, han transcurrido mas de 23 meses desde la suspensión de la audiencia pública.

Sobre el anterior pronunciamiento, la Dra. Marín en nuevo escrito solicitó su aclaración e interpuso recurso de hecho, el cual le fue concedi-

do por el Tribunal mediante proveído del catorce (14) de marzo de los cursantes, al tiempo que se le negó la aclaración solicitada en razón que ésta solo procedía respecto de las sentencias.

Fundamentos del Recurso de Hecho

Para la sustentación del recurso, solicita inicialmente se tengan en cuenta las mismas razones que adujo cuando instauró el recurso de reposición y en subsidio el de apelación, a las que adiciona las siguientes reflexiones:

Considera la recurrente que el recurso de reposición y en subsidio de apelación que interpuso contra el proveído del 13 de diciembre de 1995 contiene en su parte resolutiva decisiones nuevas que no habían sido ordenadas, esto es, el examen siquiátrico por parte del Instituto de Medicina Legal, pues considera que se deben respetar las decisiones tomadas, ya que existe auto ejecutoriado en el que se ordenó la suspensión de la audiencia pública hasta que terminara el tratamiento médico.

En el escrito que nos ocupa, se refiere la memorialista a lo que titula "PRUEBAS QUE DEMUESTRAN QUE HE ESTADO SOMETIDA A TRATAMIENTO MEDICO ESPECIALIZADO DESDE HACE MUCHOS AÑOS", y luego de ello afirma que es su interés el que se termine la audiencia pública, pero su mal estado de salud no se lo ha permitido.

Menciona también algunos aspectos por los cuales considera que el proceso que se le adelanta es nulo y adolece de algunas irregularidades, así como a lo normado en los artículos 47, 48 y 83 de la Carta Política, al artículo 22 numeral 2o del Decreto 2651 de 1991 y al artículo 17 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, normas que estima han sido desconocidas.

Para terminar solicita que esta Corporación revise y anule oficiosamente este proceso.

Consideraciones de la Sala

Observa claramente esta Corporación, que la inconformidad de la recurrente radica en el hecho de haberse ordenado, por parte del Tribunal Superior de Buga, Sala Penal, un reconocimiento siquiátrico por parte del Instituto de Medicina Legal, con miras a determinar si la misma se encuentra en capacidad de acudir a la diligencia de audiencia pública, ya que, según ella, la mencionada diligencia se había suspendido hasta tanto no finalizara el tratamiento siquiatrico al que todavía se encuentra sometida. Para la procesada, este hecho constituye una decisión nueva que no había sido ordenada con anterioridad.

Lo anterior conlleva necesariamente a que se haga precisión sobre dos aspectos; el primero, que si el Tribunal denegó el recurso de apelación interpuesto por la procesada Marín Orozco contra la providencia por medio de la cual ordenó se le practicara un examen siquiatrico ello, a juicio de esta sala, no obedece a la falta de legitimidad de la accionante, sino a que la decisión allí tomada no ameritaba una providencia de naturaleza interlocutoria susceptible de ser recurrida en apelación, así esa Corporación le haya querido dar tal carácter.

En efecto, dentro de toda actuación judicial, los autos que se dicten pueden ser de sustanciación o interlocutorios, según la clase de pronunciamiento que se trate, siendo los primeros aquellos en los cuales el funcionario dispone simplemente el impulso de la actuación procesal, entre los cuales se encuentra el que ordena la práctica de una prueba que por ser notificable, admite unicamente el recurso de reposición; los interlocutorios, por su parte, son aquellos que definen aspectos sustanciales del proceso.

Indudablemente que la orden de practicar examen médico a la procesada no se constituye en asunto fundamental del proceso, sino la medida adoptada por el Juez para continuar el trámite de la audiencia pública que se encuentra suspendida y, de esta manera, agotar las posibilidades que están a su alcance para dar por terminado el proceso. Por manera que decisiones de esta naturaleza no admiten la apelación.

Ahora bien, los recursos en general, están encaminados a que el funcionario judicial que corresponda, modifique o reforme una decisión mediante un nuevo estudio del asunto objeto de inconformidad. Por lo tanto, no resulta acertado, por parte de la recurrente, señalar que por tratarse de una decisión nueva - la prueba ordenada- es procedente la concesión de la apelación interpuesta.

De otro lado, pretende la Dra. Marín recurrente que dentro de este trámite, la Corte, de oficio, revise y anule el proceso que se sigue en su contra. Al respecto observa la Corte confusión en cuanto a tal solicitud, porque desconoce que el recurso de hecho tiene como unica finalidad que el superior conceda el recurso de apelación o de casación, según el caso, cuando estos han sido denegados por el inferior.

Para el efecto que ella persigue, existen los mecanismos correspondientes de los cuales puede hacer uso en el trámite del proceso que cursa en su contra.

Por último, la Corte extraña que sin motivo legal persista el Tribunal Superior en tolerar las dilaciones que al trámite se le han venido introduciendo y por ello dispone la expedición de copias con destino al Consejo Superior de la Judicatura -Sala Disciplinaria- , a fin de que evalúe si es del caso disponer averiguación disciplinaria.

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

RESUELVE

Denegar el recurso de hecho interpuesto por la procesada Rubiela Marín Orozco de Rayo, por las razones expuestas en precedencia.

Devolver las Diligencias al Tribunal de origen.

Compulsar la copia aludida en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge E. Córdoba Poveda. Carlos Augusto Gálvez Argote, Carlos E. Mejía Escobar. Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

SANA CRITICA

En derecho penal colombiano rige el sistema de valoración probatoria conocido como de persuasión racional, el cual permite al juzgador dar a cada prueba el valor que estime conveniente conforme con los principios de la sana crítica que están alimentados por las reglas de la lógica, la experiencia y las ciencias auxiliares del derecho; de suerte que una vez promulgado su juicio valorativo se presumirá acertado y respetuoso del orden legal mientras no se demuestre que en su elaboración se incurrió en manifiesto error de lógica o que se desconoció en forma evidente regla alguna de aquellas que informan la sana crítica.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santa Fe de Bogotá, D. C., mayo veintiuno (21) de mil novecientos noventa y seis (1996).

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

Aprobado Acta No. 74 (15-05-96)

Proceso No. 9253

Vistos

Procede la Sala a resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto por la Procuradora 143 para asuntos penales de Pasto (Nariño), contra la sentencia de noviembre 9 de 1993 proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de ese distrito judicial, mediante la cual confirmó el fallo de primer grado donde se absolvió al procesado Jairo Emilio Burgos Arteaga del cargo de acceso carnal violento por el que había sido acusado.

El recurso lo concedió el Tribunal oportunamente, y la demanda de casación fue declarada por esta Corporación como ajustada a las formalidades legales. Obtenido el concepto del Procurador Primero Delegado en lo Penal es pertinente resolver el asunto.

Hechos

El Juzgado 3o. Penal del Circuito de Pasto (Nariño) los sintetizó así:

"Se conoce por denuncia formulada por los señores Luis Antonio Guerrero y Blanca Leonor Moncayo que el día 16 de Julio de 1989, aproxima-

damente a las 9 de la noche, la menor Mery Constanza Guerrero Moncayo, se dirigía a comprar pan a una tienda cercana a su casa en el sector de Aranda, comprensión de este municipio, cuando fue interceptada por Jairo Emilio Burgos Arteaga, persona que a viva fuerza la condujo hasta una casa deshabitada para someterla sexualmente mediante violencia física."

La presunta víctima tenía para la época de los hechos 15 años y medio de edad.

Sinopsis Procesal

Con base en la denuncia, la ratificación de la misma y el reconocimiento médico legal practicado a la presunta víctima, el juzgado Veinte de Instrucción Criminal de Pasto abrió la investigación el 3 de agosto de 1989.

En la instrucción fue ampliado el dictamen médico legal y se vinculó mediante injurada al sindicado a quien se le resolvió la situación jurídica el 27 de agosto de 1990, imponiéndosele medida de aseguramiento de detención preventiva con beneficio de libertad provisional.

La investigación fue cerrada por el mismo instructor el 17 de enero de 1991, quien la calificó el 7 de junio siguiente profiriendo resolución acusatoria contra Jairo Emilio Burgos Arteaga por el delito de acceso carnal violento, revocándole la libertad provisional.

Apelada la acusación por la defensa, el *ad quem* la confirmó el 3 de septiembre de 1991, pero dispuso que el procesado continuara gozando de la libertad provisional que le había sido concedida desde cuando se le impuso la medida de aseguramiento.

El juicio corrió a cargo del Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pasto, despacho que profirió sentencia el 30 de julio de 1993 absolviendo al procesado Burgos Arteaga.

La representante del Ministerio Público apeló el anterior fallo, siendo confirmado por la Sala Penal del Tribunal Superior de Pasto el 9 de noviembre de 1993.

Contra tal decisión de segundo grado la misma Procuradora recurrió en casación, siendo ese el origen del actual pronunciamiento.

La Demanda de Casación

La Procuradora 143 en lo judicial para asuntos penales de Pasto, acusa el fallo del Tribunal con fundamento en la causal primera de casación, cuerpo segundo, «... por haber incurrido los falladores de primera y segunda instancia en error de hecho en la apreciación del concepto pericial rendido por el Jefe del Instituto de Medicina Legal de Pasto, no haber

apreciado de igual manera la versión de la ofendida Mery Constanza Guerrero Moncayo, las declaraciones de sus padres Luis Antonio Guerrero y Blanca Leonor Moncayo y las declaraciones de Diógenes Ponce y Omar Burgos sobre el excelente comportamiento moral y social de la ofendida; violando de manera indirecta los artículos 2, 23, 36, 61, 298 del código de las penas, referentes al hecho punible, autoría, dolo, criterios para fijar la pena y la tipificación del acceso carnal violento».

Seguidamente y bajo el título de sustentación de la causal, la demandante afirma que:

"El h. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, incurre en el fallo recurrido en la causal primera, numeral primero, inciso segundo del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, por violación indirecta de la ley sustancial, por cuanto los falladores apreciaron equivocadamente el dictamen del Jefe del Instituto de Medicina Legal, sin darle el alcance objetivo que tenía: lo propio sucedió con la versión de la ofendida, Mery Constanza Guerrero Moncayo; las declaraciones de sus padres Luis Antonio Guerrero y Blanca Leonor Moncayo y de sus conocidos Diógenes Ponce y Omar Burgos, que equivale a dejarlas de lado, a ignorarlas, realizando un falso juicio de identidad."

Agrega que según el reconocimiento médico legal practicado a la menor Mery Constanza, ésta presentaba equimosis y edema con escoriaciones múltiples en la zona genital y paragenital secundaria a acceso carnal violento, lo cual pone en evidencia que el hecho de marras se cometió sin su consentimiento y, por ende, el acusado debe ser condenado por ese delito contra la libertad sexual.

Cita el salvamento de voto del Magistrado disidente para insistir en que un acceso carnal voluntario no deja las huellas de violencia consignadas en el mencionado dictamen pericial. Seguidamente define cada una de las expresiones empleadas por el legista para concluir que se ejecutó violencia sobre la víctima, circunstancia que debe mirarse sin importar que se trate de mujer virgen, desflorada o pública.

Respalda sus apreciaciones en el tratadista Uribe Cualla y en el fallo de esta Corte calendado julio 26/90, donde se hacen algunas precisiones sobre la demostración de la violencia. Agrega que las experiencias sexuales no son idénticas para todas las personas ni les dejan las mismas huellas, razón por la cual carece de sentido que el Tribunal haya puesto en duda la violencia que se ejerció contra la víctima sólo porque el legista nada dijo sobre las huellas del posible sofocamiento, patadas, mordeduras narrados por ella, ni de los rasguños al agresor.

Respecto al tiempo transcurrido entre el hecho y la denuncia, explica que los padres de la víctima no dudaron en acudir a las autoridades, por eso inmediatamente después de advertir la violación de su hija fueron al Instituto de Bienestar Familiar y luego a Medicina Legal, pero como per-

sonas prudentes y respetuosas de la justicia que son, sólo procedieron a formular la denuncia cuando tuvieron en su poder la prueba pericial demostrativa del hecho.

De otro lado, justifica las grandes diferencias en que incurrieron los testigos al calcular la hora de los hechos, sobre la base de que el tiempo cronológico no es igual al tiempo sicológico, siendo ello así que se percibe más lento cuando se sufre y más rápido cuando se goza. Por ello, afirma, no se debe dar tanta trascendencia a esas diferencias de tiempo, ni mucho menos deducir de ellas ausencia de veracidad en los deponentes porque el cálculo del tiempo depende de la personalidad de quien lo realiza y de sus circunstancias anímicas, entre otros factores incidentes.

Señala que el procesado fue indagado seis meses después de ocurrido el hecho cuando ya era imposible encontrarle huellas de los arañazos que le propinó la víctima al resistirse a la agresión. Y que a pesar del esfuerzo de aquél por desacreditar la moral de la ofendida, no logró su cometido puesto que se demostró que ella llevaba una vida honesta y no mantenía noviazgo ni relación afectiva alguna con su agresor, pues era sabedora de sus relaciones extramaritales y de que era padre de varios hijos.

Con base en lo anterior, solicita a la Corte casar el fallo atacado y en su lugar condenar al procesado Jairo Emilio Burgos Arteaga por el delito de acceso carnal violento, cometido contra la libertad sexual de la menor Mery Constanza Guerrero Moncayo.

Concepto del Ministerio Público

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal considera que la censura no está llamada a prosperar principalmente porque el impugnante no logró demostrar que el fallador hubiese alterado el contenido fáctico de la declaración de la ofendida Mery Constanza y del dictámen médico legal practicado a la misma, como tampoco que hubiese ignorado los testimonios de sus padres Luis Antonio Guerrero y Blanca Leonor Moncayo y de sus conocidos Diógenes Ponce y Omar Burgos, los cuales dan cuenta del excelente comportamiento moral y social de la víctima.

Lo que ocurre es que luego del análisis integral de la prueba testimonial y técnica recaudada, el *ad quem*, compartiendo los planteamientos del fallador de primer grado, advirtió la duda en relación con el acceso carnal violento atribuído al procesado en la resolución acusatoria, debido a las múltiples inconsistencias que presenta la declaración de la supuesta ofendida y las contradicciones de los testigos respecto a la hora en que inició el suceso delictivo, la duración del mismo y el posterior comportamiento de Mery Constanza, aspectos que aunados a la falta de demostración científica de la violencia física que se dice ejerció el procesado sobre la víctima, racionalmente impiden afirmar, con la certeza requerida para condenar, que la conducta cometida por el procesado corresponde a un caso típico de acceso carnal violento.

Agrega el colaborador Fiscal que el dictamen pericial no es obligatorio para el Juez, ni aún en materias como las puramente médicas, razón por la cual puede ser desechado como ocurrió en el presente caso.

De otro lado, desmiente que el juzgador hubiere ignorado los testimonios de Diógenes Ponce y Omar Burgos, puesto que fueron analizados en la sentencia de primera instancia que, como se sabe, al haber sido confirmada por el Tribunal se integra con el fallo de segundo grado conformando una sola entidad.

Finalmente, expresa que las discrepancias del casacionista con el juzgador obedecen a su distinta apreciación de las pruebas y, según reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, este tipo de críticas no constituyen errores en la evaluación de elementos de convicción y no pueden tener aceptación en sede del recurso extraordinario de casación.

Además, dado que en nuestra legislación rige el sistema probatorio denominado por la doctrina de apreciación racional de los medios de convicción, contrario al de la tarifa legal, es por lo que los Jueces deben valorar el acervo probatorio conforme a los principios de la sana crítica y sin que existan valores preestablecidos para los diversos medios de prueba.

En conclusión, solicita a la Corte NO CASAR la sentencia impugnada.

Consideraciones de la Sala

Evidentemente le asiste razón a la Delegada cuando sostiene que la censura no puede prosperar, toda vez que la simple lectura del fallo permite advertir que no se dió el error de hecho acusado por la demandante y que, por el contrario, la decisión tomada fue el producto del análisis probatorio en el que se dejaron consignados los motivos de incertidumbre que tuvo el Tribunal a la hora de sentenciar respecto de la materialidad de la infracción y la responsabilidad del procesado, dudas que por no haber encontrado resueltas a lo largo del proceso irremediablemente le llevaban a la absolución del acusado en aplicación del principio jurídico del in dubio pro reo, mediante el cual se materializó la presunción de inocencia.

En efecto, la primera causa de incertidumbre consignada por el Tribunal se refiere a las múltiples contradicciones existentes respecto a la hora en que pudo ocurrir el supuesto ilícito, «pues la presunta ofendida habla de las 8:30 de la noche, no obstante que otros declaran haberla visto después de las 9:00 hasta las 11:00 de la noche en una casa en donde bailaban, mientras la testigo Sara Santacruz señala las 6 ó 6 y 30 de la tarde cuando Mery Constanza Guerrero Moncayo regresó a su casa llorando, para comunicarle que Jairo Burgos la había violado...", "en tanto que los familiares dicen haber encontrado a la ofendida y al procesado, en un lote abandonado, a eso de la 1 y 45 de la madrugada».

El segundo motivo de duda expresado por el *ad quem* dice relación con las discrepancias advertidas entre los testimonios de Susana López y Sara Santacruz, que restan credibilidad al dicho de Mery Constanza en cuanto a la continuidad e ininterrupción con que se ejecutó el supuesto hecho delictivo, pues «ella dice que la agresión se inició a eso de las ocho de la noche cuando el procesado en forma violenta la condujo a la huerta de una casa abandonada, en donde permaneció hasta que fue encontrada por sus familiares a eso de la 1:45 de la madrugada. No se explica qué ocurrió en el transcurso de ese largo período de tiempo, esto es, si la acción delictiva se mantuvo o se repitió con esa característica de violencia a que se refiere la ofendida, si hubo o no reacción, o por qué causa no abandonó el lugar, cuando ciertamente lo que la realidad de esos aconteceres delictivos indica es que el agente, consumado el hecho delictivo naturalmente huye...».

La incertidumbre del Tribunal se destacó como más profunda al analizar el testimonio del padre de la ofendida, señor Luis Antonio Guerrero, quien refiriéndose al momento en que llegó al lugar de los hechos expresó: «...miré al sujeto Jairo Burgos que la tenía entre sus brazos a mi hija Mery Constanza para que no fuera a la casa a avisarnos...». Sobre el particular anotó el Tribunal:

" Esta situación descarta la violencia y más bien podría representar una escena romántica, o la exteriorización del consentimiento al acto sexual que se dice había tenido ocurrencia unas horas antes. Lo menos indicativo del estado en que fueron sorprendidos los sujetos de este caso judicial es, sin duda, la ausencia de reacción de la supuesta agredida..."

También alimentó dicha incertidumbre la valoración que hizo del testimonio rendido por Susana López, tía de la presunta ofendida:

"... *quien parece llegó primero al lugar de los hechos, encontrando a su sobrina sentada, llorando, y al sujeto agresor un poco más allá, en la misma posición en el lavadero. Y algo más, declara que le preguntó que qué le había pasado y ella le dijo que nada. Entonces resulta lógica la pregunta: ¿qué le impedía salir de ese lugar? Por qué en presencia de su tía no reaccionó en forma inmediata formulando los reclamos que el caso requería? Además, al preguntársele a esta testigo si cuando encontró a Constanza en el huerto junto a Jairo Burgos le había observado su cuerpo o su ropa con sangre, contestó que su sobrina 'tenía puesta una sudadera y la blusa también común y corriente, en la ropa no miré nada, lo único que pude observar fue que se encontraba despeinada y llorando, de nada más me di cuenta'.*"

Por otra parte, los actos de reacción que dijo haber realizado Mery Constanza y que naturalmente debían presentarse ante una violación, a juicio del Tribunal no son convincentes, toda vez que el reconocimiento médico practicado a aquella tres o cinco días después de los hechos no

registró huellas de la patada ni de la fuerte opresión de su garganta y boca que dijo haberle impelido su agresor para dominarla y evitar que gritara.

En relación con la versión dada por la ofendida el *ad quem* señaló:

"No se explica cómo, por lo menos, no pudo recurrir a las voces de auxilio, ni que esta reacción fuera impedida por el agresor con tanta facilidad durante ese apreciable lapso, o que lo hiciera a la vez que realizaba los actos dirigidos a la consumación de la conducta, o que ella solamente gritara al escuchar la voz de sus familiares y no cuando antes otras personas se habían acercado al lugar. Tampoco es muy creíble que la actividad violenta se prolongara por espacio de dos horas y media, y que habiendo resistencia física no quedara la mínima huella de ella... Otro aspecto negativo del testimonio, tiene que ver con el comportamiento subsiguiente al descubrimiento de los hechos, pues no se entiende cómo la menor no fuera a la casa de sus padres sino a la de una tía -ni ello se explica por el temor al castigo que suponía si se consideraba víctima de un ilícito, y de alguna manera, así sea precaria, había formulado la acusación ante sus familiares de quienes entonces era más bien lógico recibir un total respaldo. Tampoco está demostrado el destrozo de las prendas de vestir, pues la menor dice simplemente que el agresor le bajó la sudadera, el short y el interior, que se puede entender como un proceder normal. En la afirmación contraria se equivoca el Fiscal, tanto como en la ocupación de las huellas de sangre que dice haber visto la testigo Sara Santacruz a eso de las 6 y 30 de la tarde, cuando los hechos se realizaron después de las 8 p.m. Las mismas manifestaciones de la acción a que se refiere la acusación de la menor, dejan virtualmente por fuera su connotación violenta. En efecto, ¿la amenaza de preñez podía tenerse como un medio eficaz para doblegar la voluntad de la víctima?. Entonces, ¿a cambio de no ser embarazada aceptó la relación sexual? La lógica y la experiencia indican que el medio normalmente utilizado es la violencia física o moral....En la ampliación de su declaración da una respuesta no muy convincente a las afirmaciones de José Luis Tumal y Javier Ordóñez, pues de todas maneras acepta que Jairo Burgos y Omar Burgos el día de los hechos llegaron a su casa a tomar algunos tragos, juntamente con José Luis Guevara, circunstancia que antes la había omitido.".

Fue entonces con fundamento en el precedente análisis que el Tribunal admitió tener certeza sobre la consumación del acceso carnal entre la menor Mery Constanza y Jairo Burgos la noche de marras, pero también expresó lo que para la Corporación era una razonable duda acerca del consentimiento de la supuesta víctima o la idoneidad de la violencia empleada por el presunto agresor, circunstancia que le impidió calificar el hecho como delictivo, y de ahí que hubiera absuelto al procesado.

Pues bien, al estudio realizado en las instancias se enfrenta ahora el criterio opuesto de la demandante quien pretende que la sentencia del

Tribunal sea invalidada por el hecho de no haber resultado acorde con su pensamiento.

Se afirma lo anterior, porque la recurrente en vez de orientar su libelo hacia la demostración del error de hecho por falso juicio de identidad que le atribuye al Tribunal en la valoración de ciertas pruebas, se limitó a repetir con pequeñas variantes su alegato de apelación contra el fallo de primer grado, exponiendo su personal apreciación del material probatorio, pero sin acreditar alteración o distorsión alguna del contenido fáctico de las mismas por parte del fallador.

Queda entonces la impresión de que la censura más bien se desarrolló por el sendero del error de derecho por falso juicio de convicción, situación que no estaría llamada a prosperar, toda vez que en derecho penal colombiano rige el sistema de valoración probatoria conocido como de persuación racional, el cual permite al juzgador dar a cada prueba el valor que estime conveniente conforme con los principios de la sana crítica que están alimentados por las reglas de la lógica, la experiencia y las ciencias auxiliares del derecho; de suerte que una vez promulgado su juicio valorativo se presumirá acertado y respetuoso del orden legal mientras no se demuestre que en su elaboración se incurrió en manifiesto error de lógica o que se desconoció en forma evidente regla alguna de aquellas que informan la sana crítica, circunstancia que no ha ocurrido en el presente caso.

En conclusión, no prospera el cargo

Finalmente, necesario resulta advertir que la manifestación de la demandante según la cual el Tribunal ignoró o dejó de lado los testimonios de los progenitores de la presunta ofendida, así como los de sus conocidos Diógenes Ponce y Omar Burgos, constituye la formulación tácita de un cargo distinto al anterior consistente en error de hecho por falso juicio de existencia por omisión de pruebas legalmente aducidas, el cual ha debido presentarse por separado y con caracter subsidiario según claras previsiones del artículo 225 del C. de P.P., habida cuenta que su fundamentación excluye la del cargo por falso juicio de identidad explícitamente propuesto, pues es apenas obvio que si el juzgador ignoró esas pruebas no pudo haberles negado «el alcance objetivo que tenían».

No obstante, en honor a la verdad debe decirse que los testimonios supuestamente ignorados en realidad sí fueron tenidos en cuenta y justipreciados por el fallador como puede observarse en la sentencia de primer grado que, tal como lo señaló el señor Procurador Delegado, conforma con la de segunda instancia una unidad inescindible para los efectos de la casación.

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

RESUELVE

NO CASAR LA SENTENCIA IMPUGNADA, de naturaleza, fecha y origen consignados en el cuerpo de esta providencia.

Cúmplase.

Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

JUEZ DE EJECUCION DE PENAS/ RECURSOS/ COLISION DE COMPETENCIA

"El rango de los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad, para efectos procesales, es el mismo del juez que ha emitido la sentencia, así se haya dispuesto que ostentan la categoría de jueces del circuito, pues, de conformidad con el artículo 76 del estatuto procesal penal las decisiones, que en ejercicio de sus facultades legales emitan, son recurribles ante el superior jerárquico del juez que dictó la sentencia cuya ejecución se demanda; o ante el mismo funcionario que emitió el fallo de condena, si corresponde a proceso de única instancia a tenor del artículo 523 ibidem.

Es claro que jurídicamente hablando y de acuerdo con la funcionalidad legal que se les ha asignando a los jueces de ejecución de penas, la suerte que corre el proceso en manos del juez que dicta la sentencia, debe ser la misma en manos de quien ejecuta la condena.

Circunstancia que permite excluir la posibilidad de hablar de un conflicto entre Jueces de diferente Distrito Judicial.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., veintiuno (21) de mayo de mil novecientos noventa y seis (1996).

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Enrique Córdoba Poveda*

Aprobado Acta No.76

Proceso No. 11598

VISTOS

Sería del caso penetrar en el estudio de la colisión negativa de competencias surgida entre el Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas de Santafé de Bogotá y el Juzgado Penal del Circuito de Titiribí (Antioquia), por la ejecución de la condena impuesta a Germán Alberto García Cardeño por este último, si no fuese porque la Corte carece de competencia para ello.

ANTECEDENTES

El desaparecido Juzgado Sexto de Orden Público, mediante sentencia del 12 de marzo de 1990, condenó a Germán Alberto García Cardeño a la pena principal de 14 años de prisión, luego de haberlo hallado responsable de una infracción a la ley 30 de 1986; apelada esta determinación, el Tribunal de Orden Público, en proveído del 6 de diciembre del mismo año, fijó el monto definitivo de la pena en 16 años.

A su turno, el Juzgado Penal del Circuito de Titiribí (Ant.), por medio de sentencia del 6 de octubre de 1993, condenó a Germán Alberto García Cardeño por el delito de homicidio a la pena de 18 años de prisión. Tal determinación fue confirmada en segunda instancia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, en proveído del 23 de febrero de 1994. Es de anotar que si bien es cierto que contra esta decisión se interpuso recurso extraordinario de casación, del mismo se desistió en posterior oportunidad.

En cumplimiento de la primera condena, el sentenciado se encuentra en la actualidad en la Penitenciaría Central de Colombia "La Picota", a órdenes del Juzgado Sexto de Ejecución de Penas de Santafé de Bogotá.

A su vez la ejecución de la condena que impusiera el Juzgado de Titiribí, correspondió al Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas de Santafé de Bogotá.

Ante este último despacho, el condenado presenta solicitud de acumulación jurídica de penas.

Al respecto, manifiesta el Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas que ni a ese despacho, ni al Juzgado Sexto de la misma especialidad les corresponde decidir acerca de la petición que hace el condenado, en razón a que ha sido clara la jurisprudencia en manifestar que en torno al instituto de la acumulación jurídica de penas, es el último juez que ha proferido sentencia el que debe resolver lo pertinente. Además, que no existiendo Juez de Ejecución de Penas en la población de Titiribí, al Juez que profiere la sentencia es al que le corresponde actuar como tal, de conformidad con el artículo 15 transitorio del estatuto procesal penal.

Por su parte, el mencionado Juzgado de Antioquia acepta el conflicto negativo propuesto por el Juzgado de Ejecución de Penas, en razón a que en su criterio se interpreta equivocadamente el inciso segundo del artículo primero del acuerdo 51 del 24 de mayo de 1994, emitido por el Consejo Superior de la Judicatura, pues si el condenado no se encuentra descontando efectivamente la pena impuesta por su despacho, debe resolver las peticiones derivadas de la ejecución de la sanción el Juez de Ejecución de Penas del lugar donde se encuentre privado de la libertad, es decir, el de Santafé de Bogotá, conclusión que lo lleva a remitir las diligencias a esta

Sala para que dirima el conflicto suscitado, ya que considera que es la competente para ello.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

No obstante referirse este caso a una colisión surgida en la fase de ejecución de la pena impuesta, como que las sentencias condenatorias impartidas en contra de García Cardeño han cobrado firmeza, resulta pertinente traer a colación, lo que al respecto ha señalado como criterio la Sala, aceptando la eventual existencia de conflictos de tal naturaleza:

«...en estricto sentido los conflictos que se susciten una vez fenecido el proceso con sentencia condenatoria ejecutoriada -que es el caso presente- no constituyen el incidente de colisión de competencias previsto en la ley para las actuaciones procesales; sin embargo, ha venido aceptándolos especialmente a partir de la creación de los jueces de ejecución de penas así éstos no hayan entrado a operar en algunas regiones, como ocurre al parecer aquí, y del instituto de la acumulación jurídica de penas para evitar, de esta manera, dilaciones que puedan perjudicar en alguna forma a quienes se encuentran cumpliendo una pena» (Autos de noviembre 6 de 1992 M.P. Dr. Carreño Luengas y julio 26 de 1993 M.P. Dr. Páez Velandia).

Ante estas circunstancias, se dijo igualmente:

«El Código de Procedimiento Penal no resuelve esta eventualidad, pero este vacío legislativo de manera alguna impide acudir, por vía de analogía, al principio general que rige la materia consistente en que los conflictos de competencias sean resueltos por la autoridad jerárquicamente superior, común a los funcionarios en litigio.

«Esta regla se desprende de lo preceptuado por los artículos 68-5, 70-5 y 72-3 del Código de Procedimiento Penal y la ha aplicado esta Corporación para pronunciarse sobre colisiones surgidas entre juzgados regionales al disponer que éstas deben ser resueltas por el Tribunal Nacional y no por la Corte.

«En esa medida, la cabal comprensión del Instituto permite afirmar que si el conflicto se llega a presentar en la postrera etapa referida a la ejecución del fallo condenatorio, necesario resulta concluir en aplicación del mismo parámetro trazado, que éste debe ser resuelto por el superior jerárquico de los jueces enfrentados.

«Ahora bien, el superior de los jueces en litigio, cuando en él se halla involucrado un Juzgado de Ejecución de Penas, no es otro que el superior de aquél que haya emitido el fallo cuya ejecución demanda.

«Para ello baste recordar que el rango de los Jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad, para efectos procesales, es el mismo del juez que ha emitido la sentencia, así se haya dispuesto que ostentan la

categoría de Jueces del Circuito, pues, de conformidad con el artículo 76 del Estatuto Procesal Penal las decisiones, que en ejercicio de sus facultades legales emitan, son recurribles ante el superior jerárquico del juez que dictó la sentencia cuya ejecución se demanda; o ante el mismo funcionario que emitió el fallo de condena, si corresponde a proceso de única instancia a tenor del artículo 523 *ibidem*.

«Lo anterior porque en estricto sentido la competencia que la ley otorga a los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad es funcional y no territorial por cuanto está relacionada directamente con el fallo de cuya ejecución se trate y referida exclusivamente al cumplimiento de sentencias condenatorias proferidas por los jueces penales; independientemente del lugar donde éstas hayan sido emitidas, de la categoría del funcionario que las emitió y del Circuito o Distrito en que se hallen radicados.

«...

«Igualmente, si la discrepancia de criterios (con el Juez de Ejecución de Penas) se presenta con un Juez Penal del Circuito, el llamado a dirimirla es el Tribunal del Distrito a que pertenece dicho funcionario.» (auto del 26 de marzo de 1996. Rad. 11.228. M.P. Dr. Arboleda Ripoll).

Con este criterio (también adoptado en auto de la misma fecha, M.P. *Dr. Torres Fresneda*. Rad. 11.377), para el caso concreto se tiene que el conflicto que surge entre el Juez Cuarto de Ejecución de Penas de la ciudad de Santafé de Bogotá y el Juez del Circuito de Titiribí, deviene como consecuencia de la ejecución de la condena impuesta por este último en el proceso por homicidio, por lo que en estricto sentido y acorde con lo expuesto por esta Sala, la controversia que surgiere entre estos dos despachos judiciales debe ser resuelta por el superior jerárquico del Juez del Circuito, es decir del que dictó la sentencia que debe ejecutar el respectivo Juez de Ejecución, que viene a ser el Tribunal Superior de Antioquia.

En otras palabras...es claro que jurídicamente hablando y de acuerdo con la funcionalidad legal que se les ha asignado a los jueces de ejecución de penas, la suerte que corre el proceso en manos del juez que dicta la sentencia, debe ser la misma en manos de quien ejecuta la condena.

Circunstancia que permite excluir la posibilidad de hablar de un conflicto entre Jueces de diferente Distrito Judicial, como para que fuese la Corte la llamada a dirimirlo.

Así, en mérito de lo expuesto, *Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal,*

RESUELVE

1.- *Abstenerse* de conocer el conflicto negativo de competencias presentado y disponer la remisión de las presentes diligencias a la Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia, por ser la competente para resolverlo.

2.- Dése aviso a los jueces en conflicto, remitiéndoles copia del presente proveído.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge E. Córboba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Carlos E. Mejía Escobar, Dúlino Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

IMPUTABILIDAD

El hecho de dictaminarse la condición de imputable del procesado, no impide que éste reciba la asistencia psiquiatrica y farmacológica del Estado, cuando, estando precautelativamente detenido o bajo tratamiento penitenciario purgando la pena, se establezca científicamente que padece una afección mental y se recomiende la reclusión en un establecimiento especial.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santa Fe de Bogotá, D.C., veintidós (22) de mayo de mil novecientos noventa y seis (1996).

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

Aprobado acta No. 77

Proceso No. 11188

1. Asunto

Resolver la petición de suspensión de la "MEDIDA DE SEGURIDAD", hecha por el Director de la Reclusión Nacional de Mujeres de Medellín, en favor del interno Ramiro de Jesús Vélez Rivera.

2. Consideraciones de la Corte

El Juzgado Once Penal del Circuito de Medellín (Antioquia), el 13 de junio de 1995, condenó a Ramiro de Jesús Vélez Rivera, a la pena principal de veinticinco (25) años de prisión, como autor del delito de homicidio. Este fallo fue recurrido y el Tribunal Superior de esa misma ciudad lo confirmó integralmente, el 31 de julio del mismo año.

Contra la sentencia de segunda instancia el defensor del procesado interpuso el recurso extraordinario de casación, cuyo trámite se surte actualmente en esta Corporación, siendo precisamente el motivo de su inconformidad, no haberse declarado en el fallo que el sentenciado actuó dentro de las circunstancias del artículo 31 del C.P.

En escrito que antecede, el Director del centro carcelario donde actualmente se halla recluído el procesado, solicita "LEVANTAR LA MEDIDA DE SEGURIDAD IMPUESTA AL INTERNO Vélez Mejía Ramiro de Jesús,

mediante providencia de IV-28-95". Justifica su petición en que "se hace necesario, TODA VEZ QUE EL CONTACTO CONTINUO CON INTERNOS QUE PADECEN GRAVES TRASTORNOS MENTALES, pueden (sic) contrarrestar el tratamiento", según concepto médico del psiquiatra de la institución, el cual anexó en fotocopia (fl. 6 cuaderno de la Corte).

En la parte final de este documento -que corresponde a la historia clínica del interno-, se lee:

«Se hizo un diagnóstico de psicosis exotóxica y de psicosis maniacodepresiva.

Ha habido una muy buena respuesta al tratamiento farmacológico y actualmente se encuentra completamente asintomático, con un comportamiento adecuado en la unidad. Paciente imputable que puede continuar su tratamiento farmacológico en otro centro carcelario» (Resaltó la Sala).

La petición de suspensión de la medida de seguridad, no puede ser considerada por la Corte, por cuanto a Vélez Rivera se le condenó a PENA DE PRISION, habida consideración de su condición de IMPUTABLE, dictaminada en el decurso del proceso por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (fl. 257 cuaderno del Tribunal) y ratificada, como acaba de verse, por el médico tratante en el anexo psiquiátrico donde se encuentra recluido.

Así lo reafirmaron los juzgadores de primera y segunda instancia, en la sentencia condenatoria -amparada como tal por la doble presunción de acierto y legalidad e intangible mientras no se produzca el fallo definitivo-: "Se hace reprochable penalmente su comportamiento y por ello, habida cuenta de su salud mental al momento del acontecimiento doloso, se le sancionará con pena y no con medida de seguridad, pues que si requiere tratamiento diferente al que bien merece, bien puede solicitarlo cuando así lo considere necesario" (fls. 284 y 285, cuaderno del Tribunal).

Lo anterior para significar que el hecho de dictaminarse la condición de imputable del procesado, no impide que éste reciba la asistencia psiquiátrica y farmacológica del Estado, cuando, estando precautelativamente detenido o bajo tratamiento penitenciario purgando la pena, se establezca científicamente que padece una afección mental y se recomiende la reclusión en un establecimiento especial.

Ello es lo que ha sucedido en el caso *sub judice*:

A Ramiro de Jesús Vélez Rivera, se le condenó como imputable, a la pena de 25 años de prisión. Y estando en curso el proceso adelantado en su contra, concretamente cuatro (4) meses después de los hechos, "inicia un cuadro Maníaco" diagnosticado por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, lo que llevó al perito a sugerir su traslado de la Cárcel al Anexo Psiquiátrico de Las Mercedes, para que recibiera el tratamiento respectivo.

Ahora, cuando el interno ha permanecido más de un año recluído en establecimiento especial y recibiendo asistencia profesional y tratamiento farmacológico, el Director del centro de reclusión solicita el levantamiento de la medida, apoyado en el concepto precitado del psiquiatra de la institución.

La pretensión analizada, como se anotó en párrafos precedentes, si bien no puede constituir suspensión o modificación de una medida de seguridad, ello no impide a la Sala allegar los elementos de juicio suficientes para eventualmente solicitar al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario la variación del sitio de reclusión del procesado, siempre y cuando el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses lo examine nuevamente y conceptúe sobre la conveniencia de esta determinación, todo de conformidad con los arts. 74 y 75 1 de la Ley 65 de 1993 (Código Penitenciario y Carcelario).

Por manera que, si bien es cierto se abstendrá la Sala de considerar la petición de "levantamiento" o suspensión de la medida de seguridad, la Corte ordenará oficiosamente, practicarle al procesado nuevo dictamen psiquiátrico para establecer la conveniencia de suspender o continuar el tratamiento a que actualmente viene siendo sometido, en otro sitio de reclusión diferente del anexo psiquiátrico.

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

RESUELVE

1. ABSTENERSE de considerar la petición hecha por el Director del anexo psiquiátrico de la Reclusión Nacional de Mujeres de Medellín, en favor del procesado Ramiro de Jesús Vélez Rivera.

2. ORDENAR oficiosamente, que al interno en mención le sea practicado por parte del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, un nuevo dictamen psiquiátrico para establecer la conveniencia de suspender o continuar el tratamiento farmacológico en otro centro carcelario diferente del anexo psiquiátrico donde actualmente se encuentra.

Notifíquese y cúmplase.

Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

EXTRADICION

En la extradición los requisitos a examinar tienen que ver con:

a) la identificación plena del capturado como la persona requerida, lo que obliga a precisar que no sea un nacional colombiano;

b) que en exterior se haya proferido resolución de acusación o su equivalente;

c) que exista doble incriminación, lo que equivale cotejar que la conducta por la cual se requiere la extradición tenga correspondencia en la legislación penal colombiana, y que la cantidad de pena señalada sea correspondiente con los topes que el derecho nacional exige para que sea operable la entrega.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D. C., veintidós (22) de mayo de mil novecientos noventa y seis (1996).

Magistrado Ponente: Dr. *Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado Acta No.77

Proceso No. 10624

VISTOS

Procede la Corte emitir su concepto en relación con la extradición del ciudadano cubano, nacionalizado en los Estados Unidos, señor Julio Cipriano Jo Nazco, conforme a la solicitud elevada ante las autoridades nacionales por el Gobierno de los Estados Unidos de América a través de su Embajada en Santafé de Bogotá.

ANTECEDENTES

1. A Julio Cipriano Jo, alias «Mario Morales», alias «Jal», se le requiere para que, junto con otros imputados, comparezca en juicio ante la Corte Distrital de los Estados Unidos para el Distrito Sur de Florida, por violaciones federales de narcóticos, conforme a los cargos formulados originalmente en la Resolución de Acusación emitida por la mencionada Corte el 9 de diciembre de 1993 y cuyas circunstancias aparecen relacionadas así:

«Los hechos del caso indican que, en abril de 1992, el señor Jo, junto con otros co-asociados importaron a los Estados Unidos para su distribución aproximadamente 7.000 kilogramos de cocaína que venía escondida en un cargamento de verduras congeladas enviadas desde Guatemala. El Señor Jo, junto con el co-acusado Harold Ackerman, formó una compañía conocida como «Southeast Agrotrade» (Negocios Agrícolas del Sureste) a través de la cual la cocaína era importada. El señor Jo utilizó el alias de «Mario Morales» para constituir la supuesta compañía agrícola».

Ya en trámite la presente solicitud de extradición se recibió de los mismos Gobierno y Embajada la Nota verbal Número 900 de octubre 17 anterior, en cuya traducción no impugnada se lee:

«... la Embajada tiene el honor de incorporar en esta Nota la siguiente información actualizada y corregida: El Señor Jo es requerido para comparecer a juicio en el Distrito Sur de Florida por violaciones a las leyes federales de narcóticos, fraude organizado, y lavado de dinero. Es el sujeto de la resolución de acusación sustitutiva N° 93-470-CR-HOEVELER(s)(s)(s) dictada el 2 de junio de 1995 en la Corte Distrital de los Estados Unidos para el Distrito Sur de Florida, mediante la cual se le acusa de:

«Cargo I. Concierto para conducir y operar una empresa ilegal de fraude organizado, en violación del Título 18, Sección 1962(d) del Código de los Estados Unidos;

«Cargo II. Conducir y operar una empresa ilegal de fraude organizado, en violación del Título 18, Sección 1962(c) del Código de los Estados Unidos;

«Cargo III. Concierto para importar cocaína, en violación del Título 21, Secciones 963 y 952 del Código de los Estados Unidos;

«Cargo IV. Concierto para poseer con la intención de distribuir cocaína, en violación del Título 21, Secciones 846 y 841(a)(1) del Código de los Estados Unidos;

«Cargos V, VI y VIII. Importación de cocaína, en violación del Título 21, Sección 952 del Código de los Estados Unidos;

«Cargo VII. Intento de importar cocaína, en violación del Título 21, Secciones 963 y 952; y

«Cargo IX. Concierto para lavar ganancias provenientes del tráfico de narcóticos, en violación del Título 18, Sección 1956(h) del Código de los Estados Unidos.

«La Resolución de acusación sustitutiva arriba mencionada sustituye a la anterior resolución de acusación sustitutiva N° 93-470-CR-HOEVELER(s) dictada el 9 de diciembre de 1993».

2. El Gobierno de los Estados Unidos de América a través de su Embajada en esta ciudad, cursó inicialmente ante el Ministerio de Relaciones

Exteriores la Nota Verbal 123 de febrero 22 de 1995, solicitando la detención provisional con fines de extradición de Julio Cipriano Jo, la que mereció trámite en la Cancillería mediante oficio O.I.E 059 del siguiente día con destino a la Fiscalía General de la Nación.

Esta entidad, a su vez, profirió la Resolución de marzo 1° de 1995, acogiendo lo pedido.

Más tarde, mediante nota verbal Número 339 de mayo 9 siguiente la Embajada solicitante formalizó el pedido de extradición del señor Jo Nazco, en tanto que la Fiscalía remitió al Ministerio de Justicia y del Derecho los oficios O.I.E.150 de mayo 10 y VFG/OAI/0001-002170 de mayo 26, manifestando en el primero "que por no existir tratado aplicable al presente caso, es procedente actuar de conformidad con las normas pertinentes del Código de Procedimiento Penal", e informando en el último su reclusión en la Penitenciaria Central de Colombia. De otra parte, se anexó a este trámite la traducción oficial de los respectivos pedimentos.

3. Rituado el trámite previsto en el artículo 556 del C. de P. Penal, el 17 de agosto de 1995 se resolvió sobre las pruebas impetradas por el defensor, disponiendo algunas de oficio, y en septiembre 25 siguiente, se denegó la impugnación por vía de reposición. Para esa oportunidad, dentro del término de traslado para alegaciones el señor defensor de la persona solicitada en extradición en escrito de fondo solicitó a la Colegiatura que emitiera concepto negativo, ya que el artículo 565 del C. de Procedimiento Penal taxativamente ordena que «No habrá lugar a la extradición cuando por el mismo delito la persona cuya entrega se solicita, esté investigada o haya sido juzgada en Colombia».

4. Antes de expedir el respectivo concepto, medió por parte del Estado requirente una modificación de los cargos imputados al ciudadanbo Julio Cipriano Jo Nazco, lo que obligó a la Corte mediante auto de noviembre 30 de 1995 a disponer nuevo traslado a las partes para solicitud de pruebas, garantizando de ese modo el ejercicio pleno de la defensa ajustando el procedimiento con miras a evitar posibles invalidaciones.

En la nueva oportunidad probatoria el señor defensor del requerido solicitó la práctica de algunos medios que por no guardar relación con el tema del concepto le fueron rechazados en su integridad mediante auto de febrero 9 próximo pasado, ocasión en la cual oficiosamente se dispuso complementar los textos normativos fundamento de la resolución de acusación, requerimiento que el país solicitante atendió suministrando claridad respecto de un error en la copiación pretéritamente allegada.

5. En el final alegato de conclusión solicita la defensa que la Corte emita concepto adverso a la extradición, señalando que el análisis respecto de la doble incriminación no se reduce a una revisión mecánica de las dos legislaciones, sino un estudio dinámico, funcional y jurídico, «para

luego determinar con exactitud si se trata de comportamientos subsumibles a un tipo de delito, cuyo autor esta sujeto a extradición y debe haber absoluta claridad sobre si tal hecho se realizó en territorio colombiano o en los Estados Unidos o si aquí se consumó o si en otro país se verificó el resultado, si la conducta se agotó y se consumó».

Desde este ángulo, y en relación con los cargos IV, V, VI y VIII de la Resolución acusatoria -dice- se acusa a Jo Nazco de ser coautor de importación de cocaína "desde Colombia, pasando unas veces por Venezuela o Panamá o a través de otros países", pero estos cargos corresponden a las modalidades típicas del artículo 33 de la Ley 30 de 1986, colombiana que tipifica un delito de conducta alternativa dentro del cual se incluye la modalidad de "sacar" del país la sustancia prohibida.

Como la modalidad de "sacar del país", no exige la verificación de un resultado especial, constituye un delito de mera conducta y de consumación instantánea, y ello equivale a decir que cuando la sustancia prohibida fue llevada "más allá de la frontera de la nación", ya resultó vulnerado el interés jurídico tutelado en la norma, de manera que naturalística y jurídicamente se ejecutó y consumó en su totalidad en territorio colombiano, sin que por ello sea procedente la extradición por delito cometido en Colombia, en cuanto el juzgamiento corresponde de manera indelegable a la jurisdicción penal nacional.

Además, conforme al artículo 13 del Código Penal, así el hecho se haya consumado en el exterior, tampoco se hace posible la extradición si la conducta se desarrolla en parte en el territorio patrio, pues nuestra legislación se atiene al principio de la ubicuidad para determinar dónde se considera realizado el hecho punible.

Respecto de los cargos I y II sostiene que ellos "se subliman dentro de los perímetros del artículo 186 de la Carta Penal colombiana" (redacción literal), como configurativos de un concierto para delinquir reprimido con prisión de tres a seis años, quantum insuficiente para que proceda la extradición, por cuanto los cargos han sido formulados separadamente dado que la legislación americana no contempla la figura del concurso de hechos punibles.

Los cargos III y IV se hallan "íntimamente vinculados con los cargos iv, v, vi y vii, es decir son conexas con las que se endilgan a Julio Cipriano Jo Nazco, la importación de estupefacientes desde Colombia a los Estados Unidos, resultando válidos los argumentos precedentes, agregando que el artículo 13 del Código Penal que habla de la aplicación de la ley penal colombiana respecto de su territorio, no constituye Ley supletoria, pues la Constitución establece que los órganos o ramas del poder público deben ejercer sus funciones dentro de los límites que ella señala, lo cual significa que no pueden trasladar su propia competencia y menos aún las de otras autoridades".

Volviendo de regreso al cargo VII señala que en el se acusa a Julio Cipriano Jo de "intento de importar cocaína", y en el cargo IX de concierto para lavar ganancias provenientes del narcotráfico, pero a ello replica que no hay extradición para "delitos imperfectos", mientras que el "lavado de activos" solo es modalidad punible en Colombia a partir de la Ley 190 de 1995, artículo 31, que modificó el artículo 177 del Código Penal, de modo que para la época de consumación, tal conducta no era punible en Colombia.

No está de más insistir en que la primera alegación de fondo que presentara la defensa hacía especial énfasis en proponer que los hechos por los cuales se solicitaba al señor Jo Nazco eran exactamente los mismos que éste se había presentado a confesar ante las autoridades colombianas, lo que haría improcedente su entrega por constituir un doble juzgamiento, pues no podría válidamente diferenciarse la acción cumplida en territorio nacional comprometida con el egreso de la sustancia y aquella que le incriminan las autoridades norteamericanas de ingreso y distribución en ese país de la misma sustancia, lo que caracteriza la imputación en relación con unos mismos hechos aun cuando sucedidos en varias partes, entre ellas en Colombia donde a juicio de la defensa deben ser juzgados.

Consideraciones de la Corte

1.- Reiterativamente ha sostenido el Ministerio de Relaciones Exteriores al darle curso a la solicitud en trámite que entre los Gobiernos de Colombia y de los Estados Unidos no existe tratado de extradición vigente, lo que conduce a que el presente concepto se rinde bajo las exigencias que para el caso previene el Código de Procedimiento Penal.

2.- En providencias de agosto 17 y septiembre 25 del año próximo pasado proferidas dentro de este asunto, tuvo ocasión de precisar la Sala que "el tema de prueba en el trámite de extradición se encamina y se limita por los requisitos que se han de cotejar para la emisión del concepto que le asigna la ley a esta Colegiatura, valga decir que dentro de una revisión relacionada con la doble incriminación, la identificación plena del capturado como la persona requerida, lo que se extiende al punto de su nacionalidad, y el lleno de las restantes exigencias impuestas por la ley de procedimiento penal a este respecto", no resultando útil ni necesario para los fines del concepto, consultar o conocer si el requerido registra asuntos pendientes con la justicia colombiana "y de tenerlos, si ellos coinciden o no con los motivos de su requerimiento por el gobierno extranjero", siendo claro que el mandato del artículo 565 ibidem, se dirige al Gobierno y no a la Corte Suprema, en cuanto ésta no emite la orden de extraditar o dejar de hacerlo.

Los requisitos a examinar tienen que ver, entonces, con:

a) la identificación plena del capturado como la persona requerida, lo que obliga a precisar que no sea un nacional colombiano;

b) que en el exterior se haya proferido resolución de acusación o su equivalente;

c) que exista doble incriminación, lo que equivale cotejar que la conducta por la cual se requiere la extradición tenga correspondencia en la legislación penal colombiana, y que la cantidad de pena señalada sea correspondiente con los topes que el derecho nacional exige para que sea operable la entrega.

En ese orden se analiza:

I.- Identificación del Requerido

Está demostrada a suficiencia la identidad del solicitado, sobre la cual no existe de su parte reparo, pues muy por el contrario es él quien la corrobora en sus manifestaciones contenidas en las varias indagatorias que rinde ante la Fiscalía y cuyo aporte a este expediente hizo la defensa, lo que en nada obsta para reconocer que ya al momento de la captura se le identificó con el Pasaporte panameño N° P-832077 expedido a nombre de Jaime Nonato ó Jaime Norath Toledo Pino.

Es cierto que ese documento no se allegó. Pero ello no obstó para que el Grupo de Archivos Especializados de la División de Investigación del DAS, confrontara la tarjeta alfabética y decadactilar de Toledo Pino Jaime Norath, con la tarjeta decadactilar MASTER TEC a nombre de Jo Nazco Julio Cipriano tomada por la Policía Departamental de Tuscaloosa, Alabama y facilitada por la Embajada de los Estados Unidos en Bogotá, de donde se obtuvo el siguiente resultado:

«Efectuado el cotejo dactiloscópico de la reseña Master Tec, a nombre de Jo Nazco Julio Cipriano, con las impresiones digitales tomadas a la persona quien manifestó llamarse Toledo Pino Jaime Norath, se estableció que dichas reseñas, corresponden MORFOLOGICA Y TOPOGRAFICAMENTE A LOS ESTAMPADOS POR UNA MISMA PERSONA.»

No existe, pues, argumento alguno que conlleve a duda sobre la identidad del solicitado, como tampoco a inferir que se trate de un nacional colombiano.

II.- Equivalencia de las Decisiones

Concurre igualmente, a juicio de la Sala, la equivalencia de la decisión proferida por el gran jurado del Tribunal del Distrito de los Estados

Unidos- Distrito Sur de la Florida, con la resolución acusatoria prevista en el artículo 441 del Código de Procedimiento Penal.

Esta exigencia de ley se satisface, en cuanto obran en transcripciones autenticadas y traducidas con los avales del Ministerio de Relaciones Exteriores la "Acusación del Gran Jurado" del antedicho Tribunal dentro de la causa 93-470-CR-HOEVELER(s) del 9 de diciembre de 1993, y la sustitutiva (Superseding Indictments) N° 93-470-CR-HOEVELER(s)(s)(s) del 2 de junio de 1995, texto este último en que se concreta la formulación de nueve cargos tanto con relación a los hechos constitutivos de cada uno de ellos como de las disposiciones vulneradas, y el señalamiento de las personas comprometidas con la infracción y a las cuales cobija el enjuiciamiento.

En ellos aparecen señalados los lugares de ocurrencia de los hechos (Condado de Dade, Distrito Sur de Florida y otros sitios), su fecha (desde o aproximadamente abril de 1991 hasta o aproximadamente 1° de septiembre de 1993), y el nombre de los acusados (GEORGE LOPEZ, a. El Tío, a. Pana; Julio Jo, a. Mario Morales, a. Jal; Pedro Isorna; Blas Antonio González a. Pacho; Sergio Aguilar; William Santos, a. Luis García; y un INDIVIDUO NO IDENTIFICADO, a. (John), y complementariamente se adjunta una declaración jurada en respaldo a una solicitud de extradición, rendida por el Fiscal Adjunto para el Distrito Sur de la Florida, Edward R. Ryan, certificando la existencia de las pruebas que sustentan la actuación y comprometen al requerido, de donde ninguna duda asoma sobre la paridad que existe entre el procedimiento foráneo advertido y la resolución de acusación del sistema nacional colombiano, particularmente en el entendido de que se trata de una equivalencia de condiciones y no de identidad o paralelismo de formas.

La Doble Incriminación y el Mínimo de Pena Señalada

Las varias incriminaciones por las cuales se requiere el señor Jo Nazco para que comparezca en juicio ante la Corte Distrital de los Estados Unidos para el Distrito Sur de Florida por violaciones a las leyes federales de narcóticos, fraude organizado y lavado de dinero, son las contenidas en la resolución de acusación sustitutiva N° 93-470-CR-HOEVELER(s)(s)(s) dictada el 2 de junio de 1995, en cuanto el gobierno requirente aclara que "... es práctica regular la de reformar una resolución de acusación", y que " Las resoluciones de acusación sustitutivas (superseding indictments) generalmente incluyen todos los elementos contenidos en la resolución de acusación original con adiciones a la lista de acusados y/o a los cargos, y/o a los hechos".

Así, entonces, los pregonados cargos se concretan como constitutivos de los delitos de Concierto para conducir y operar una empresa ilegal de fraude organizado, en violación del Título 18, Sección 1962(d) del Código

de los Estados Unidos (CARGO I); conducir y operar una empresa ilegal de fraude organizado, en violación del Título 18, Sección 1962(c) del mismo Código (CARGO II); concierto para importar cocaína, en violación del Título 21, Secciones 963 y 952 *Ibidem* (CARGO III); concierto para poseer con la intención de distribuir cocaína, en violación del Título 21, Secciones 846 y 841(a)(1) (CARGO IV); importación de cocaína, en violación del Título 21, Sección 952 del Código de los Estados Unidos (CARGOS V, VI y VIII); intento de importar cocaína, en violación del Título 21, Secciones 963 y 952 (CARGO VII); y concierto para lavar ganancias provenientes del tráfico de narcóticos, en violación del Título 18, Sección 1956(h) (CARGO IX), y que responden a la misma relación de "hechos del caso" atrás transcrita.

Todos estos hechos, relacionados con el tráfico de sustancias estupefacientes, guardan la debida correspondencia en la legislación penal colombiana que igualmente los describe y reprime tanto en las distintas modalidades de producción, conservación y tráfico, como en la del concierto para realización de cualquiera de estas conductas, sancionándolas con penas de prisión de 4 a 12 y de 6 a 12 años, además de multa (Cfr. ley 30 de 1986, arts. 33 38-3 y 44), represión penal que ahora específicamente se extiende a la sanción de la receptación, legalización y ocultamiento de bienes provenientes de actividades ilegales con penalidad de 3 a 8 años de prisión, e incremento de la mitad a las tres cuartas partes cuando el delito encubierto es alguno de los contenidos en el Estatuto Nacional de Estupefacientes (Cfr. C. Penal, art. 177, modificado por el Art. 31 de la Ley 190/1995), lo que implica, según pasa a pormenorizarse, que por la naturaleza del delito y de la pena y la extensión de ésta se satisface el requerimiento para que el imputado pueda ser sujeto pasivo de la extradición, (Cfr. C. de P. P., artículo 549-1), pues de añadido queda visto que ninguna de las infracciones de cargo constituye delito de los clasificados como político o de opinión, determinándose naturalísticamente la doble incriminación.

Así, pues, primeramente se tiene que los cargos V, VI y VIII, precisados en la resolución de acusación sustitutiva N° 93-470-CR- HOEVELER (s) (s) (s) de junio 2 de 1995 hacen referencia a la importación de cocaína, modalidad alternativa descrita en el artículo 33 del Estatuto Nacional de Estupefacientes con una pena que oscila entre los 4 y los 12 años de prisión.

A este respecto no resulta válido afirmar como lo hace la defensa, que la aludida conducta se identifica con la de haber sacado de Colombia la sustancia, según lo afirmó posteriormente el señor Jo ante las autoridades nacionales, porque tratándose de unas actividades progresivas que van desde el cultivo de plantas hasta el consumo de los estupefacientes, pasando por toda la gama de la producción, almacenamiento, transporte, exportación, porte y comercialización, etc. bastará con demostrar una sola

de ellas para que la conducta punible se considere completa, lo que en nada obsta para que en parte esos comportamientos se realicen en un territorio siendo merecedores de su reproche en él, y otra alcance su realización en el exterior, donde igualmente serán objeto de su represión autónoma. Para este caso, es evidente que el estado requirente juzga a Julio Cipriano Jo no por haber sacado de Colombia una determinada sustancia, sino por haber "importado cocaína" a su territorio, de modo que la equivalencia de la imputación se hará confrontando los cargos formulados por el Estado solicitante, sin que el esfuerzo especulativo de la defensa sea de recibo.

Cosa distinta es que el señor Jo Nazco acepte haber infringido también la ley penal colombiana, tema que como ya ha quedado dicho en ocasiones precedentes podría incidir para diferir la entrega del extraditable, pero que no le concierne definir a esta Sala de la Corte, sino al Gobierno, para el evento en que el concepto que haya de emitirse resulte favorable a la entrega.

El cargo VII se refiere al intento de importación de cocaína al territorio de los Estados Unidos. Distinto a lo que piensa sobre este aspecto la defensa, dicha conducta no constituye en la legislación colombiana una modalidad autónoma del delito, sino una manifestación de éste y que hace parte del mismo. Solo que para efectuar el proceso de adecuación típica se acude a la figura que alguna parte de la doctrina denomina "dispositivo amplificador", pero que de ninguna manera desnaturaliza la conducta ora para tornarla atípica, bien para dejarla impune. Así, la pretensión del defensor en el sentido de que el cargo VII valorado como un "Intento de importar cocaína" no puede ser objeto de extradición en cuanto ésta se predica del "delito" mas no de las "modalidades imperfectas", carece de sustento, como también carece de él la consideración según la cual "la iniciación de ejecución del delito, no es censurable penalmente, toda vez que si los actos idóneos e inequívocamente a su consumación ... se ejecutaron en Colombia, en el exterior no se realizó conducta punible alguna." (redacción y ortografía del texto).

Lo cierto es que aquí el tipo básico satisface la exigencia de la pena mínima imponible, y que la adecuación de la conducta a aquella que describe el artículo 33 de la Ley 30 de 1986, es suficiente para admitir la doble incriminación.

Los cargos I (Concierto para conducir y operar una empresa de fraude organizado), II (Conducir y operar una empresa de fraude organizado), III (Concierto para importar cocaína) y IV (Concierto para poseer con la intención de distribuir), son modalidades que guardan precisa consonancia con la conducta específica a que alude el artículo 44 de la citada ley 30 de 1986 (concordante con el 38-3 *ibidem*), según el cual "Cuando se obre en

concierto para delinquir con el fin de realizar algunas de las conductas descritas en los artículos antes citados, la pena será por ese solo hecho, de seis (6) a doce (12) años de prisión y multa...".

Para controvertir sobre este tópico la equivalencia normativa y ante todo los requisitos de sanción, ha dicho el defensor del requerido que el ilícito de concierto para delinquir descrito en el artículo 186 del Código Penal solamente se sanciona con un mínimo de tres años de prisión.

La observación anterior no se acomoda a los términos en que aparece redactada la imputación por las autoridades del Estado solicitante, pues si en ella se repara, pronto se ve que la descripción fáctica respectiva apunta no a cualquier concertación punible sino a una específicamente encaminada "ya desde 1983 y continuando hasta la fecha ... con el objeto de importar y distribuir cocaína, lavando los ingresos y ganancias del tráfico de cocaína", etc., lo que precisamente le da a la conducta esa connotación específica que se describe en el ya citado artículo 44 del Estatuto Nacional de Estupefacientes, que por su especialidad prefiere frente al precepto al cual se acoge el alegante, y cuya pena, según también quedó ya anotado, cumple las exigencias legales para la operancia de la extradición.

Finalmente se formuló imputación (CARGO IX), por Concierto para lavar ganancias procedentes de la actividad ilegal, aspecto sobre el cual reclama la defensa que es un modalidad punible no sancionada en Colombia para la época de consumación del hecho, lo que impondría rendir concepto negativo.

No obstante el reparo, es en el mismo escrito donde se inicia su refutación, cuando a la par se reconoce que ese comportamiento se adecúa a la descripción que trajo el artículo 31 de la Ley 190 de 1995, "que modificó el Artículo 177 del Código Penal, definiendo y reprimiendo el 'lavado de activos' ...".

Y es que siendo lo anterior así, se ha de reconocer que la conducta cabía al menos ya de antaño bajo el tipo de la receptación previsto en el artículo 177 del Código Penal, en cuanto en el se reprimían las formas de "ocultar o ayudar a ocultar o asegurar el objeto material o el producto" de un delito, su adquisición o enajenación. Luego si ahora la descripción legal se torna más precisa para amparar expresamente el llamado lavado de ganancias fruto de la ilicitud, mal puede afirmarse que ese comportamiento le fuera con precedencia extraño a la ley penal.

Por lo demás, lo que interesa es que al momento de emitir este Concepto, la legislación penal colombiana contemple dicho modelo comportamental inserto en el llamado Estatuto Anticorrupción (artículo 31), y que además se le sancione con una pena no inferior a los cuatro años de prisión, y esa es exigencia que en la actualidad se cumple, pues

para el caso se da la causal de agravación prevista en el numeral 1 de aquel precepto, cuando de modo expreso advierte que "Si los bienes que constituyen el objeto material o el producto del hecho punible provienen de los delitos de secuestro, extorsión, o de cualquiera de los delitos a que se refiere la Ley 30 de 1986", se dará un incremento punitivo bastante para exceder el límite anotado en el artículo 549 del C. de P.P.

En síntesis, Infiérese de lo analizado el lleno de los requisitos previstos en el Capítulo III del Título 1°, Libro V del C. de Procedimiento Penal, lo cual inclina a la Corte a emitir concepto favorable a la solicitud de extradición en curso, no sin antes entrar a recordar a la defensa que sus inquietudes relacionadas con la existencia de un proceso abierto en contra de su representado *al parecer con posterioridad al requerimiento del Estado solicitante*, es tema propio del análisis que le concierne al Ministerio de Justicia, según se infiere de los artículos 548, 557, 558, 559, 560 y 565 del Código de Procedimiento Penal.

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

RESUELVE

CONCEPTUAR FAVORABLEMENTE a la extradición del ciudadano cubano naturalizado en los Estados Unidos, señor Julio Cipriano Jo Nazco, también conocido por los alias de Mario Morales, Jal, Jorge Arciniégas y Jaime Toledo o Toledo Pino Jaime Norath, a quien se solicita por el Gobierno de los Estados Unidos de América.

El detenido proseguirá por cuenta de la Fiscalía General de la Nación, a órdenes del Ministerio de Justicia y del Derecho, al cual se remitirá el presente concepto.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Fernando Arboleda Ripoll. Ricardo Calvete Rangel. Jorge Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEMANDA DE CASACION/ VIOLACION DIRECTA DE LA LEY

De acuerdo con el artículo 225 del Código de Procedimiento Penal, son requisitos formales de la demanda de casación: a) La identificación de los sujetos procesales y de la providencia impugnada; b) Una síntesis de los hechos materia de juzgamiento y de la actuación procesal; c) La causal que se aduzca para pedir la revocación del fallo, indicando en forma clara y precisa los fundamentos de ella y citando las normas que el recurrente estime infringidas; y, d) Si fueren varias las causales invocadas, se expresarán en capítulos separados los fundamentos relativos a cada una. Los cargos excluyentes se deben formular separadamente y de manera subsidiaria.

Una regla elemental del recurso es que cuando se ataca el fallo por violación directa se deben aceptar los hechos y la prueba en la forma como los apreció el juzgador.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal.- Santa Fe de Bogotá, D.C., mayo veintidós (22) de mil novecientos noventa y seis (1996).

Magistrado Ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel.*

Aprobado Acta No. 77

Proceso No. 11486

VISTOS

Procede la Sala a resolver sobre la admisibilidad de la demanda de casacion presentada por el defensor del procesado Leaandro Díaz Sánchez, contra la sentencia proferida por el Tribunal Nacional que lo condenó a la pena de doscientos cuarenta meses (240) de prisión y multa de mil salarios minimos mensuales.

HECHOS

Fueron resumidos por el *a quem* de la siguientes manera:

En las horas de la noche del nueve de marzo de mil novecientos noventa y uno, en la avenida 116 No. 43-12 de esta ciudad, fue secuestrada por varios sujetos la señora Amparo García Luna, e inicialmente llevada a

una residencia situada en la calle 57G sur No. 82D- 39, y luego la trasladaron a la casa ubicada en la calle 68A No. 105-Sur, en donde fue rescatada por las autoridades de Policía el veinticinco del mes y años citados..."

La Demanda

El cargo único formulado es por la causal primera, violación directa, por indebida aplicación del artículo 6o. del decreto 2790 de 1.990, convertido en legislación permanente por el decreto 2261 de 1.991, que adicionó los artículos 268 y 270 del Código Penal, en lugar de haber aplicado la norma correcta consagrada en el artículo 269 *ibidem*.

En el capítulo que denomina "FUNDAMENTOS DE LA CAUSAL PRIMERA", afirma que su patrocinado jamás tuvo el propósito de obtener con la retención de la señora Amparo García Luna provecho ilícito o cualquier otra utilidad, pues obró con el convencimiento de que la secuestrada le adeudaba cierta cantidad de dinero a su amigo Fernando Alberto Gómez Parra, pero en ningún momento recibió retribución pecuniaria, como tampoco obtuvo beneficio como consecuencia del delito, ya que la única esperanza era que le ayudara a conseguir trabajo en alguna parte.

Anota que "al hacer un análisis detallado probatorio y jurídico se arguile que no está plenamente demostrado lo contrario, por lo tanto la sentencia de segunda instancia, aplicó incorrectamente la Ley penal confirmando la sentencia condenatoria dictada dentro de este proceso en primera instancia por SECUESTRO EXTORSIVO".

Finaliza el libelo aseverando que de la declaración de la señora Amparo García de Luna, se desprende con claridad la existencia de la deuda a favor de Fernando Gómez Parra, luego mal puede el Honorable Tribunal concluir que "iva (sic) a obtener provecho alguno por parte de los plagiarios, si en realidad está demostrado probatoriamente la existencia de la deuda de SESENTA MIL DOLARES".

La petición es que se case la sentencia, se dicte la que corresponda y se le rebaje la pena a seis años de prisión como lo ordena el artículo 269 del Código Penal.

Consideraciones de la Sala

1o. De acuerdo con el artículo 225 del Código de Procedimiento Penal, son requisitos formales de la demanda de casación: a) La identificación de los sujetos procesales y de la sentencia impugnada; b) Una síntesis de los hechos materia de juzgamiento y de la actuación procesal; c) La causal que se aduzca para pedir la revocación del fallo, indicando en forma clara y precisa los fundamentos de ella y citando las normas que el recurrente estime infringidas; y, d) Si fueren varias las causales invocadas, se expresarán en capítulos separados los fundamentos relativos a cada una. Los

cargos excluyentes se deben formular separadamente y de manera subsidiaria.

2o. En la primera parte del escrito el censor se limita a indicar que actúa en representación de Leandro Díaz Sánchez, pero no menciona los demás sujetos procesales, ni identifica la sentencia que impugna, así como tampoco refiere la actuación procesal.

3o. El cargo lo presenta por violación directa de la ley sustancial, por aplicación indebida del tipo de secuestro previsto en el artículo 6o. del Decreto 2790 de 1990, y falta de aplicación del artículo 269 del Código Penal, pero no hace el más mínimo intento por demostrar el error que anuncia, ya que se limita a afirmar que su cliente no tenía el propósito de obtener provecho ilícito, como si para la fundamentación del recurso fuera suficiente que enfrentara su opinión a la plasmada en la sentencia.

El impugnante en casación debe tener claridad respecto a que su meta es tratar de quebrar la presunción de acierto y legalidad que ampara al fallo de segunda instancia, lo cual no se logra limitándose a hacer aseveraciones sin fundamento, sino demostrando un error in iudicando o improcedendo trascendente.

De otra parte, una regla elemental del recurso es que cuando se ataca el fallo por violación directa se deben aceptar los hechos y la pruebas en la forma como los apreció el juzgador, aspecto que también desconoce el demandante, porque las afirmaciones que hace las basa en su particular análisis probatorio, y en hechos que no son los que declaró probados el Tribunal.

Lo expuesto es suficiente 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 del procesado Leandro Díaz Sánchez, y en consecuencia declarar desierto el recurso.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

COLISION DE COMPETENCIA/ CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

El numeral 6o. del artículo 256 de la Constitución Política le atribuye al Consejo Superior de la Judicatura la misión de dirimir los conflictos de competencias que ocurran entre funcionarios de diferentes jurisdicciones, y el numeral 1o. del artículo 9o. del Decreto 2652 de 1991 precisa que esa labor corresponde a la Sala disciplinaria.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal.- Santa Fe de Bogotá, D.C., veintidós (22) de mayo de mil novecientos noventa y seis (1996).

Magistrado Ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel*

Aprobado Acta No. 77

Proceso No. 11743

VISTOS

Se decide la colisión negativa de competencias trabada entre el Comandante de la Escuela de Infantería de Santa Fe de Bogotá y la Fiscalía 221 de la misma ciudad, en el proceso que se adelanta contra Jorge Iván Blandón Aristizábal por el delito de fuga de presos.

ANTECEDENTES

1. El sindicado fue sentenciado por el Comandante de la Escuela de Infantería por los delitos de abandono de puesto y peculado a la pena principal de 30 meses de prisión, confirmada por el Tribunal Penal Militar, sanción que se encontraba descontando en la instalaciones de dicha escuela.

El 9 de noviembre de 1995, el Sub-oficial encargado de los detenidos los llevó a una conferencia programada por el Capellán de la Unidad, situación aprovechada por el Cabo Primero (r) Jorge Iván Blandón Aristizábal para fugarse.

2. Por los hechos anteriores el Juzgado Quinto de Instrucción Penal Militar inició la investigación correspondiente, de acuerdo a la Comisión que con tal fin le fuera conferida por el Comandante del Batallón de la Escuela de Infantería.

Mediante providencia del 19 de febrero del año en curso, el Juez de Primera Instancia consideró que por tratarse de un delito de fuga de presos el funcionario competente para conocer de esta clase de infracciones "es el Juez del Circuito", ya que el fuero consagrado en el artículo 221 de la Constitución Política es para los miembros de la fuerza pública en servicio activo, y como el sentenciado fue retirado de la institución desde 1990 no tiene la calidad de aforado, por lo tanto ordenó el envío de las diligencias a la autoridad competente proponiéndole colisión negativa de competencias.

3. Correspondió a la Fiscalía 221 de la Unidad Segunda de delitos contra la Administración Pública y de Justicia de esta ciudad, quien no aceptó la competencia, y al respecto dijo:

«Pues bien, la parte sustantiva del decreto 2550 de 1988 (Código Penal Militar), en su artículo 232, normatiza que incurre en el punible de «Fuga de Presos», «El que se fugue estando privado de la libertad en virtud de auto o sentencia que le haya sido notificado por delito de conocimiento de la Jurisdicción Penal Militar, incurrirá...» (Subrayado nuestro) de lo que se colige, que el elemento normativo en este tipo penal, para que la persona infrinja la disposición, es precisamente, encontrarse privado de la libertad, pero en virtud de providencia emanada de la jurisdicción penal militar, y cuando ello ocurre, obviamente la competencia recae en tal jurisdicción.»

Remite el proceso a esta Corporación para que dirima el conflicto suscitado.

Consideraciones de la Corte

1. La competencia de la Corte para dirimir conflictos de competencias está regulada por el artículo 68 ordinal 5o. del Código de Procedimiento Penal que dice:

«5. De los conflictos de competencia que se susciten en asuntos de la jurisdicción penal ordinaria entre tribunales o juzgados de dos o más distritos judiciales; entre un tribunal y un juzgado de otro distrito judicial; entre tribunales o entre un juez regional y cualquier otro juez penal de la República.»

De esta norma se infiere que no corresponde a la Corporación dirimir el conflicto que se presenta entre el Comandante del Batallón de la Escuela de Infantería y la Fiscalía 221 de esta ciudad.

2. El numeral 6o. del artículo 256 de la Constitución Política le atribuye al Consejo Superior de la Judicatura la misión de dirimir los conflictos de competencias que ocurran entre funcionarios de diferentes jurisdicciones, y el numeral 1o. del artículo 9o. del Decreto 2652 de 1991 precisa que esa labor corresponde a la Sala Disciplinaria.

En consecuencia, la Sala se abstendrá de pronunciarse y ordenará el envío de este proceso a dicha Corporación para los fines pertinentes.

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

RESUELVE

1. Abstenerse de dirimir el conflicto de competencias, de acuerdo a lo anotado en precedencia.

2. Remítase el asunto a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.

Cópiese y cúmplase.

Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Carlos A. Gálvez Argote, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

SANA CRITICA/ DEMANDA DE CASACION

Careciendo de tarifación la prueba en materia penal, la discrepancia del criterio del demandante frente al del fallador, no asume la entidad de error de derecho; y, como carece de ubicación en el terreno de la casación, lo desborda, convirtiéndose en una mera alegación apreciatoria del fallo acusado, de la cual no puede la Corte ocuparse.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., mayo veintidós (22) de mil novecientos noventa y seis (1996).

Magistrado Ponente: Dr. *Dídimo Páez Velandia*

Aprobado Acta No.77

Proceso No.11185

Se resolverá lo procedente en relación con el aspecto formal de la demanda presentada para sustentar el recurso de casación interpuesto contra la sentencia proferida el 10 de julio de 1995 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, mediante la cual, por confirmación de la de primera instancia se condena a José Albeiro Hernández Sánchez en calidad de autor responsable del delito de homicidio en la persona de Germán López Acosta.

ANTECEDENTES

1o.- Al enterarse de que una persona había sido herida en una gresca suscitada en la calle 45 número 89D-46 Sur de esta ciudad capital de la República en donde se celebraba una reunión familiar y que un sobrino suyo estaba a punto de ser atacado por algún sujeto que lo acusaba de haberlo agredido antes de ese incidente, José Albeiro Hernández Sánchez, residente frente a esa casa, quien se desempeñaba como agente de la Policía Nacional y se aprestaba a dirigirse a su lugar de trabajo, el 25 de diciembre de 1992 emprendió carrera tras los atacantes de su consanguíneo y disparó un arma de fuego que portaba -una pistola, de conformidad con el dictamen del Instituto de Medicina Legal al proyectil hallado en el cuerpo de la víctima- (fls. 237 cd. ppl. 1), causándole la muerte a Germán López Acosta.

2o.- Realizada la investigación el sindicado fue comprometido en juicio bajo el cargo de homicidio simple; y, tramitada la causa, condenado en primera instancia a diez años de prisión por el mismo hecho punible, siendo esta decisión confirmada por el Tribunal Superior del Distrito, al conocerla en apelación interpuesta por la parte acusada, en la sentencia que ha sido recurrida en casación.

La Demanda

Sostiene el defensor que el fallo de segundo grado es violatorio en forma indirecta de "la norma de derecho sustancial por error de hecho manifiesto en la apreciación de la prueba, que generó la aplicación del artículo 247 del Código de Procedimiento Penal ...".

No obstante este encabezamiento de la demanda, en el capítulo 3o. al hablar de la "Causal Invocada" afirma que la pregonada violación devino "de un falso juicio de convicción", añadiendo a continuación:

«No sobra mencionar que hay cambios de criterio de nuestra alta Corporación que cuando se alega una falencia en torno a las reglas de la sana, su naturaleza (sic) en el campo del recurso extraordinario ... se ubica en los predios del error de hecho.

«En nuestro caso tal falencia se presenta cuando el sentenciador otorga a la prueba un sentido que al sopesarlo con el resto de la prueba, es decir, dando un sentido que no contiene por exceso en su valoración.».

En el capítulo de "Demostración de la Causal" insiste que la censura se arraiga en "un falso juicio de convicción" al dar por sentado que las pruebas legalmente aportadas demostraban "la partición (sic) activa" de su procurado en el delito.

Para ahondar en la exposición transcribe un extenso fragmento de la sentencia en que se analizan los dichos de Heriberto Sánchez, Neffy Soraya Triana y José Guillermo Ramírez en cotejo con el de Claudio Cardozo Dueñas -según precisa, experto en armas por tratarse de un suboficial "de las fuerzas armadas"-, cuyo testimonio se allegó después de rendido el peritaje de Medicina Legal- desconociéndose su contenido porque no lo precisa el actor, sobre la clase de arma de fuego que utilizó para cometer el delito el procesado, se dedica a polemizar sobre el punto, tratando de establecer una contradicción entre los tres primeros de una parte -que hablaron de revólver- y por cuya versión se inclinaba la parte civil, y el último, que precisó tratarse de una pistola -en consonancia con el peritaje de Medicina Legal-, además de calibre inexistente y cuyo dicho insinúa el casacionista, se inspiró en una información "que pretendía dar otro vuelco a la investigación.".

Continuando en su propio balance probatorio tendiente a demeritar el crédito conferido en la sentencia al testimonio del citado Claudio Cardozo

Dueñas, expone algunos hipotéticos aspectos que en su criterio dejó de observar el Tribunal, entre ellos el por qué el suboficial Cardozo no fue llamado a declarar por la parte civil y como remate de lo dicho precisa:

«Ante tal eventualidad el exceso en la valoración de los medios probatorios en especial el del suboficial Claudio Cardozo Dueñas, fue lo que generó la condena de mi patrocinado, toda vez que no hay concordancia entre el arma que portaba mi patrocinado y el arma que pudo disparar el proyectil que segó la vida de Germán López Acosta, toda vez que la prueba bien la testimonial como la indiciaria no está indicando la autoría, que creyó el sentenciador tanto de primer grado como el ad quem decían los medios probatorios.»

Finalmente, dice dar por demostrado el error que pregona y su incidencia en el fallo y, después de consignar algunas apreciaciones sobre el criterio jurisprudencial cuando el reparo "tiene que ver con el valor que el sentenciador le da a un medio probatorio", solicita que en sede casacional y por sustitución, se absuelva a su poderdante.

Consideraciones de la Corte

Ni claridad, ni precisión en la fundamentación del cargo que se formula, exhibe la demanda cuyo aspecto formal se examina.

Lo primero que se advierte es una notable confusión conceptual en torno a la naturaleza del error de apreciación probatoria en el cual dice el actor, estriba la transgresión indirecta de la ley sustancial cometida por el Tribunal.

Es así como en la parte introductiva de la demanda afirma que el fallador incurrió en "error de hecho" manifiesto, pero renglones adelante, al precisar la "causal invocada" asevera que se trató de "falso juicio de convicción", es decir, como se sabe, de un error de derecho, sin que esto sea óbice para a continuación volver a aseverar que se trata de "error de hecho" y más adelante otra vez, que fue un "falso juicio de convicción.".

Más perplejidad no puede concebirse en el censor, que no acierta a distinguir entre lo que implican el error de hecho y el error de derecho en punto de casación, pese a ser tema tratado y divulgado múltiples veces tanto en la doctrina como en los pronunciamientos jurisprudenciales, situación que por sí sola denota la omisión en el escrito, de la exigencia formal prevista en el numeral 3o. del artículo 224 del C. de P.P. para la demanda de casación y que compromete su admisibilidad y la suerte del recurso.

Pero si por otra parte se advierte que el único cargo formulado, tampoco precisa, dentro de los conceptos de error aducibles en casación, las especies que con insistencia proclama, sino que despliega la argumentación para cuestionar el crédito otorgado por el sentenciador a un determi-

nado testimonio sin arraigo en algún error aducible en casación, ya de hecho, ora de derecho, que hubiera podido determinar un equivocado asumir de la prueba por el Juez, fuerza es considerar, además, incompleto el reparo.

Sin embargo, las deficiencias formales no paran ahí. La más severa, que por otra parte, sustrae el reclamo de los lindes del recurso de casación, emerge de calificarse como censura para efectos de esta clase de impugnación, el planteamiento de una serie de inquietudes nacidas del criterio aplicado por el actor en su particular enfoque de la prueba ya analizada en los debates, para buscar denostar ante el juez extraordinario, mediante un juicio crítico, la credibilidad que le fuera conferida por el fallador de las instancias, enfrentando así un criterio al otro, por fuera del deber de alegar y probar, que impone el juicio a la sentencia promovido a través de la demanda de casación y que para el caso de violación indirecta de la ley sustancial obliga respecto de todas las pruebas erradamente apreciadas por el *ad quem*.

En efecto; el casacionista ataca la sentencia aduciendo en forma abstracta un falso juicio de convicción respecto del testimonio de Claudio Cardozo Dueñas, olvidando que esta clase de yerro de evaluación probatoria, propia del ámbito del error de derecho, se posibilita, por regla general, cuando la ley confiere un determinado valor a la prueba.

Careciendo de tarifación la prueba en materia penal, la discrepancia del criterio del demandante frente al del fallador, no asume la entidad de error de derecho; y, como carece de ubicación en el terreno de la casación, lo desborda, convirtiéndose en una mera alegación apreciatoria del fallo acusado, de la cual no puede la Corte ocuparse.

Bajo estas condiciones, impónese el rechazo de la demanda y la declaratoria de deserción del recurso, como así se decidirá.

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

RESUELVE

RECHAZAR *in limine* la demanda de casación presentada por la defensa de José Albeiro Hernández Sánchez contra la sentencia de segunda instancia en que se le condena por el homicidio de Germán López Acosta y, por consiguiente, DECLARAR DESIERTO el recurso extraordinario.

En firme, Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Carlos A. Gálvez Argote, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

LIBERTAD PROVISIONAL/ ANTECEDENTES

Si bien no puede desconocerse como uno de los elementos componentes del juicio de valor que impone hacerse con miras a establecer a través de una labor de diagnóstico y pronóstico, la readaptación social del procesado que define positiva o negativamente su libera ción, en el análisis de su personalidad, valioso elemento de convicción representa el estudio de la personalidad que se revela en las circunstancias mismas que originaron el hecho delictivo.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., mayo veintisiete (27) de mil novecientos noventa y seis (1996).-

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

Aprobado Acta No. 79

Proceso No. 10036

VISTOS

Decide la Corte el recurso de reposición que el apoderado de Giovanny Donoso Velandia y éste interpusieran contra el auto del pasado 26 de abril, por medio del cual le fue negada la libertad provisional que fuera solicitada.

CONSIDERACIONES

1. Afirma el apoderado del procesado, que la libertad condicional constituye un estímulo que se ofrece al condenado por su buen comportamiento en la cárcel y que se revierte en dos alcances importantes, uno de índole moral que influye en él mismo y otro social, como ejemplo para "sus demás compañeros de pena".

Afirma que siendo el fin principal de la pena la resocialización, al condenado se le debe estimular haciéndole entender que la sociedad tiene algún interés por él. Refuerza sus argumentos, con citas que hace de decisiones del Tribunal Superior de Bogotá y esta Sala que cree pertinentes.

Por último, agrega "no sé de que antecedentes refiere la providencia puesto que en el procesamiento no obra copia de sentencia anterior a la que fue recurrida: que la personalidad sociopática indilgada olimpicamente (sic) puesto que no hay prueba de ello, considero no es causa o motivo para denegar la Libertad Provisional como lo hacen en el Auto censurado".

2. A su turno, el procesado manifiesta que el criterio aducido para negarle su libertad es determinista, y se extraña de que sin existir un dictamen sicológico se haga un análisis sobre su personalidad.

3. Como es claro, el argumento basilar del apoderado para solicitar de la Sala su cambio de criterio en torno a la negativa que para la libertad provisional se consignara en el auto objeto de impugnación, radica en el hecho de que, según su criterio, en la evaluación que respecto de los antecedentes de todo orden a que se refiere el artículo 72 del Código Penal, deba primar la calificación que por parte de las directivas del centro carcelario se haga sobre el interno.

Al respecto, la Sala ha puntualizado en múltiples ocasiones, que si bien no puede desconocerse como uno de los elementos componentes del juicio de valor que impone hacerse con miras a establecer a través de una labor de diagnóstico y pronóstico, la readaptación social del procesado que define positiva o negativamente su liberación, en el análisis de su personalidad, valioso elemento de convicción representa el estudio de la personalidad que se revela en las circunstancias mismas que originaron el hecho delictivo.

En efecto, sobre el particular la Corte afirmó en auto del 16 de marzo de 1995:

«Sin embargo y como queda visto, siendo de obligatoria referencia el estudio de los 'antecedentes de todo orden' que pueda registrar el acusado y que en particular han de revelarse al interior del expediente, no cumpliría la judicatura su función si se mostrase ajena a la necesidad de consultarlos, lo que la obliga a tomar particular interés en el análisis conjunto de los rasgos de personalidad y antecedentes individuales, familiares y sociales de comportamiento, con miras a determinar si ha operado en realidad una rehabilitación y por lo mismo un cambio en los factores que condujeron a la comisión del delito y justificaron la imposición de pena, para animar a la cesación de su efectivo cumplimiento, o si por el contrario esas condiciones permanecen invariables o constituyen todavía un factor de riesgo que interfiera para el reacomodamiento social del procesado con provecho tanto para la comunidad como pa él mismo, caso éste último en el que se tendría que mantener su estatus de interno».

En el auto que es objeto del recurso de reposición, en ningún momento se pretermitió la consideración de que las directivas carcelarias

certificaran la conducta del procesado como ejemplar. De manera expresa esta constancia se dejó, pero además y atendiendo al criterio reiterado de la Sala a que se ha hecho referencia, el estudio de la personalidad del procesado abarcó otras circunstancias manifiestas de la necesidad de que la pena impuesta fuera purgada en su integridad.

En dicho auto se consignó:

«Debe tenerse en cuenta que a la personalidad del procesado, en el dictamen psiquiátrico se le atribuyen rasgos narcicisias 'primero yo, segundo yo, tercero yo (...)', indicando que todo lo quiere 'para él' (f.50), propia de una personalidad sociópata.

«No puede desconocerse entonces que Donoso Velandia le propinó tres puñaladas a Blanca Mireya Cantero Hurtado, que ameritaron una incapacidad definitiva de 35 días y una deformidad física que afecta el cuerpo, de carácter permanente (f.50), por haber salido con otro hombre, no obstante haber sostenido una relación amorosa que su víctima no quería continuar.

«Tales circunstancias, según el dictámen psiquiátrico, acordes con su tipo de personalidad vengativa, demuestran que a pesar de su corta edad, se trata de una persona egoísta, intolerante en grado sumo con el mundo circundante y que no respeta la vida de los demás, razón por la cual no se hace merecedor a la libertad que reclama, debiendo cumplir la totalidad de la pena».

4. De otra parte, la calificación que sobre la personalidad del procesado se ha hecho en cuanto se conoce afectada por una marcada sociopatía, con las características que a ella le son propias, no ha sido, desde luego, una conclusión de la Sala, como lo sugiere Donoso Velandia, y lo afirma su defensor en el inexacto entendido de que "no hay prueba de ello", toda vez que al folio 84 c.o., obra el resultado del estudio psiquiátrico a que fuera sometido el procesado por parte del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, el cual es conclusivo en tales aspectos.

Las razones destacadas sirven a la Sala para determinar que la decisión impugnada deba mantenerse.

En razón y mérito de lo expuesto, *la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,* NO REPONE su proveído de fecha 26 de abril pasado, mediante el cual se negó al procesado Giovanny Donoso Velandia su libertad provisional.

Notifíquese y cúmplase.

Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Enrique Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Carlos Eduardo Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEMANDA DE CASACION/ IRREGULARIDAD

La declaratoria de inconstitucionalidad de algunas normas del procedimiento penal atinentes a la defensa del procesado por parte de un abogado, es posterior a la presentación de la demanda de casación, ello no significa que la demanda pueda adicionarse con posterioridad de acuerdo al devenir jurídico y jurisprudencial, ya que ello desnaturalizaría el carácter de extraordinario de este recurso, desconociendo el principio de limitación que lo orienta y según el cual la Corte sólo puede pronunciarse sobre los cargos planteados en la demanda, sin perjuicio de las facultades oficiosas que le confiere el artículo 228 del Código de Procedimiento Penal en caso de encontrar la existencia de circunstancias anulatorias del proceso y ello, se insiste, no puede hacerse en momento distinto a aquél en el que se decide el recurso.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., veintisiete (27) de mayo de mil novecientos noventa y seis (1996).

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

Aprobado Acta No. 79

Proceso No. 11056

VISTOS

El procesado Gonzalo Camacho Ramírez, quien se encuentra recluído en la cárcel Modelo de esta ciudad, solicita por segunda vez la libertad provisional con fundamento en el numeral 4o. del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal, como consecuencia de la nulidad que impetra por violación al derecho a la defensa, pues aunque en anterior oportunidad al respondérsele idéntica solicitud, la Sala expresó que "sólo puede pronunciarse con relación al beneficio de libertad provisional consagrado en el art. 415 del estatuto procesal; y respecto de los aspectos que fueron motivo de la demanda de casación, los cuales serán objeto de la correspondiente sentencia definitiva", estima que su petición es procedente.

Reitera entonces la inexequibilidad de los artículos 138, 161, 322, 148 y 355 del Código de Procedimiento Penal, declarada mediante sen-

tencia C-049 por la Corte Constitucional, aduciendo que se trata de hechos nuevos y posteriores a la presentación de la demanda de casación, sobre los cuales debe ahora pronunciarse la Corte, ya que en la Diligencia de indagatoria fue asistido por una persona que no ostenta la calidad de abogado.

Consideraciones

Aunque de conformidad con lo previsto en el artículo 307 del Código de Procedimiento Penal, no podrá formularse nueva petición de nulidad sino por motivos diferentes o por hechos posteriores, salvo en el recurso de casación, y la petición que ahora eleva el procesado ya había sido propuesta sobre los mismos argumentos y resuelta por la Sala en decisión del pasado 22 de marzo, lo cual relevaría la obligación de un nuevo pronunciamiento al respecto, la Sala hará las siguientes precisiones:

Fue lo suficientemente clara la Corte en decisión del pasado 22 de marzo del año en curso al resolver idéntica petición, en cuanto a la imposibilidad para pronunciarse sobre la petición de nulidad presentada por el procesado, por encontrarse en trámite el recurso de casación interpuesto por su defensor contra el fallo del Tribunal que confirmó la sentencia condenatoria impartida en su contra por un Juez Regional de esta ciudad. Por lo tanto, debe ahora reiterársele al peticionario, que la libertad provisional reclamada al amparo del numeral 4o. del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal, no es desde ningún punto de vista procedente, pues la hace depender de la declaratoria de nulidad, que como ya se dijo implica un juicio sobre la legalidad de la sentencia, el cual únicamente puede abordarse al momento de resolver el mencionado recurso de casación contra ella interpuesto.

Y si bien es cierto que la declaratoria de inconstitucionalidad de algunas normas del procedimiento penal atinentes a la defensa del procesado por parte de un abogado, es posterior a la presentación de la demanda de casación, ello no significa que la demanda pueda adicionarse con posterioridad con cargos adicionales de acuerdo al devenir jurídico y jurisprudencial, ya que ello desnaturalizaría el carácter de extraordinario de este recurso, desconociendo el principio de limitación que lo orienta y según el cual la Corte sólo puede pronunciarse sobre los cargos planteados en la demanda, sin perjuicio de las facultades oficiosas que le confiere el artículo 228 del Código de Procedimiento Penal en caso de encontrar la existencia de circunstancias anulatorias del proceso y ello, se insiste, no puede hacerse en momento distinto a aquél en el que se decide el recurso.

Por lo anterior, la Sala se abstendrá de resolver la petición de nulidad y por ende negará la libertad provisional.

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

RESUELVE

Abstenerse de resolver la petición de nulidad presentada por el procesado Gonzalo Camacho Martínez y en consecuencia negar la libertad provisional.

Notifíquese y cúmplase,

Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

ANONIMO/ ESTATUTO ANTICORRUPCION

El Estatuto Anticorrupción, Ley 190 de 1995, estableció en su artículo 38 la obligatoriedad de la aplicación del numeral 1o. del artículo 27 de la Ley 24 de 1992, a menos que existan medios probatorios suficientes sobre la comisión de un delito como para adelantar la actuación de oficio.

El artículo a que se remite el Estatuto Anticorrupción, que reglamenta la recepción y trámite de quejas en la Defensoría del Pueblo, ordena la inadmisión de aquellas que sean anónimas o carezcan de fundamento, lo que aplicado al procedimiento penal, permite impedir el movimiento del aparato judicial cuando la denuncia reúna tales características o de ella no se derive la información suficiente como para iniciar una investigación de oficio.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santa Fe de Bogotá, D.C., veintisiete (27) de mayo de mil novecientos noventa y seis (1996).

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

Aprobado Acta No.77 (22-05-96)

Proceso No. 11508

VISTOS

Decide la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia lo que en derecho corresponda respecto del escrito hecho llegar a la Secretaría de la Sala a través de la Unidad de Fiscalía Delegada ante esta Corporación.

ANTECEDENTES

Mediante memorial dirigido al Fiscal General de la Nación, que se recibió inicialmente en el Ministerio de Justicia y de allí fue remitido a la Unidad de Fiscalía Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, se solicita a ese funcionario la investigación de una serie de conductas de varios ciudadanos del país.

El escrito no tiene ninguna firma que lo respalde, y apenas presenta, en blanco, la antefirma de Sandra Patricia Lopera, limitando su denuncia, por llamarlo de alguna manera, contra el Representante Santiago Castro a pedir que se le investigue por la votación que obtuvo en un lugar donde nadie lo conocía.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

El Estatuto Anticorrupción, Ley 190 de 1995, estableció en su artículo 38 la obligatoriedad de la aplicación del numeral 1° del artículo 27 de la Ley 24 de 1992, a menos que existan medios probatorios suficientes sobre la comisión de un delito como para adelantar la actuación de oficio.

El artículo al que remite el Estatuto Anticorrupción, que reglamenta la recepción y trámite de quejas en la Defensoría del Pueblo, ordena la inadmisión de aquellas que sean anónimas o carezcan de fundamento, lo que aplicado al procedimiento penal, permite impedir el movimiento del aparato judicial cuando la denuncia reuna tales características o de ella no se derive la información suficiente como para iniciar una investigación de oficio.

El escrito que ha sido remitido a la Corte no sólo es anónimo, ya que carece de signatario, sino que es además un evidente ejemplo de vaguedad, generalidad y falta de seriedad.

En efecto, la persona que envío el escrito del que hoy se ocupa la Corte, se refiere en general a todos los temas de la crisis actual del país, solicita pruebas específicas dentro de algunas investigaciones que adelanta la Fiscalía General de la Nación y culmina solicitando que se investigue al Parlamentario Santiago Castro, porque a su juicio sacó una votación muy alta en lugares donde nadie lo conocía y " nadie vota por desconocidos ", contenido del que salta de bulto su falta de concreción respecto de algun hecho punible.

Tampoco entrega el escrito en referencia, ninguna información de la que pueda colegirse la necesidad de adelantar de oficio alguna investigación, pues no describe alguna conducta en cabeza del representante Castro, de la que pueda derivarse un ilícito determinado o determinable.

Resulta evidente, de la ambigüedad del cargo y de la omisión de suscribir el escrito enviado finalmente a esta Corporación, la intención de quien así actuó de evadir cualquier responsabilidad que pueda llegar a derivarse por el abuso del derecho-deber de denunciar las conductas presuntamente punibles.

Así las cosas y en aplicación de los artículos 38 del Estatuto Anticorrupción y 27-1° de la Ley 24 de 1992, se inadmitirá la denuncia formulada en contra del Representante a la Cámara Santiago Castro Gómez.

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

RESUELVE:

1°.- INADMITIR la denuncia anónima presentada en contra del Representante a la Cámara Santiago Castro Gómez.

2°.- En firme esta decisión, archívese el expediente.

Notifíquese y cúmplase.

Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

EXTRADICION/ PRUEBA

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia debe fundamentar el concepto de extradición en la demostración de los siguientes hechos:

1.-Validez formal de la documentación presentada.

2.-Demostración plena de la identidad del solicitado

3.-Principio de la doble incriminación.

4.-Equivalencia de la providencia proferida en el extranjero, y

5.-En el cumplimiento de lo previsto en los tratados públicos, cuando ello sea necesario.

Adicionalmente a lo anterior, la extradición no podrá concederse cuando el fundamento de ella sea un delito político o de opinión, o cuando el solicitado sea un colombiano por nacimiento.

Así establecidas las reglas del concepto de extradición, las pruebas que solicite el abogado defensor del requerido en extradición deben estar encaminadas a infirmar, uno, por lo menos, de los anteriores hechos, para lograr que la Corte rinda concepto negativo.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal.- Santa Fe de Bogotá, D.C., veintisiete (27) de mayo de mil novecientos noventa y seis (1996).

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

Aprobado Acta No. 77 (22-05-96)

Proceso No. 11359

VISTOS

Vencido el traslado para solicitar pruebas, decide la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, lo que en derecho corresponda respecto de las solicitadas por el defensor del requerido en extradición Amador Alexis Brand Maiguel.

La Petición

El defensor de Amador Alexis Brand Maiguel presentó escritos en los que pide se tengan como pruebas los documentos que anexa así:

1. Para demostrar la nacionalidad colombiana de los padres de su defendido:

1.1. Partida de bautismo de Amador de Jesús " Bran " Arango. (folio 154)

1.2. Copia auténtica de fotocopia autenticada de la cédula de ciudadanía No. 4.969.636 de Santa Marta (Magdalena), expedida a nombre de Amador " Bran " Arango. (folio 155)

1.3. Partida de bautismo de Elizabeth Maiguel. (folio 156)

1.4 Copia auténticada de la fotocopia autenticada de la cédula de ciudadanía No. 26.652.640 de Santa Marta (Magdalena), expedida a nombre de Elizabeth Maiguel. (folio 157)

1.5 Partida eclesiástica del matrimonio de Amador de Jesús Brand y Elizabeth Maiguel, expedida por la Parroquia de San Francisco de Asís de Santa Marta (Magdalena). (folio 158)

Con la anterior documentación, el abogado pretende demostrar la nacionalidad colombiana de los padres de Amador Alexis Brand Maiguel y por ende la nacionalidad colombiana de éste, de acuerdo al artículo 96 de la Constitución Política.

2.- Acerca del traslado al exterior de la familia Brand Maiguel.

2.1 Fotocopias del diario " La Opinión" de Cúcuta (Norte de Santander), edición No. 1.567 del 21 de julio de 1.965. en el que se registra la noticia del ataque de un sadico a la señora Elizabeth de Brand. (folios 159-160)

El defensor señala que esta prueba es demostrativa de la residencia en Cúcuta de la familia paterna de su procurado, y del nacimiento de él en esa ciudad, pues la información de prensa se refiere a que la familia Brand Maiguel vive hace 5 años en Cúcuta y 3 de sus hijos han nacido allí.

Agrega que a consecuencia del anterior ataque la familia Brand-Maiguel decide trasladarse a Venezuela, país en el que, por razones de conveniencia, registraron al entonces menor Amador Alexis como nacido en ese país.

3.- De la nacionalidad colombiana por nacimiento.

3.1 Declaraciones extraproceso de Alba Stella Julio Corredor y Alicia Mejía de Landazabal, a quienes les consta el nacimiento de Amador Alexis

Brand Maiguel, e informan el día, hora y lugar en que ello ocurrió. (folios 161-162)

3.2 Certificado expedido por el señor Hernando Villamizar Flórez, en el que asegura haber atendido el parto de la señora Elizabeth Maiguel de Brand el 7 de junio de 1962. (folio 163)

3.3 Partida eclesiástica de bautismo de Amador Alexis Brand Maiguel, expedida por la parroquia de San José de Cúcuta. (folio 164)

3.4 Fotocopia del folio del registro civil de nacimiento de Amador Alexis Brand Maiguel, No. 22579951 de la Notaría Segunda del Círculo de Cúcuta, con constancia de inscripción por correo de la Notaría 46 de esta ciudad. (folio 165)

3.5. Certificado de registro civil sobre el folio anterior, expedido por el Notario Segundo del Círculo de Cúcuta. (folio 166)

3.6 Original de la cédula de ciudadanía No. 79.824.673 de Santa Fe de Bogotá D.C. (folio 167)

3.7 Fotografías varias en las que aparecen personas adultas e infantes, de los que afirma el abogado son el requerido en extradición, su madre y su abuela materna. (folio 168)

El abogado defensor advierte que las pruebas aquí relacionadas demuestran plenamente la naturaleza de colombiano por nacimiento de su procurado; señala que el registro civil de nacimiento es un documento público y por tanto tiene la calidad de plena prueba, por estar amparado por los principios de seguridad jurídica y legalidad.

4.- Solicita los testimonios de Yolanda Danies Ceballos, Genisberto Conde y Gertrudis de García Herrero, personas a las que les consta la nacionalidad colombiana de Amador Alexis Brand Maiguel.

En escritos adicionales impetra, además, las siguientes pruebas.

5. Testimoniales de Alba Stella Corredor, Alicia Mejía de Landazábal, Jorge Arturo Torres Grillo, José Saich, de los sacerdotes de la comunidad de los Carmelitas que se hallaban en la iglesia de la avenida 0 entre calles 16 y 17 de Cúcuta para la época del nacimiento del requerido en extradición, y Elizabeth Maiguel de Brand, madre del mismo.

El peticionario afirma que a las personas atrás enunciadas, les consta todo lo relacionado con la nacionalidad de colombiano por nacimiento de su poderdante.

6. Inspecciones judiciales a las oficinas que expidieron los documentos que adjuntó al memorial de pruebas, a efectos de corroborar la autenticidad de ellos.

CONSIDERACIONES

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia debe fundamentar el concepto de extradición en la demostración de los siguientes hechos:

1.- Validez formal de la documentación presentada.

2.- Demostración Plena de la identidad del solicitado.

3.- Principio de la doble incriminación.

4.- Equivalencia de la providencia proferida en el extranjero, y

5.- En el cumplimiento de lo previsto en los tratados públicos, cuando ello sea necesario.

Adicionalmente a lo anterior, la extradición no podrá concederse cuando el fundamento de ella sea un delito político o de opinión, o cuando el solicitado sea un colombiano por nacimiento.

Así establecidas las reglas del concepto de extradición, las pruebas que solicite el abogado defensor del requerido en extradición deben estar encaminadas a infirmar, uno, por lo menos, de los anteriores hechos, para lograr que la Corte rinda concepto negativo.

En este orden de ideas, el juicio de pertinencia que hace esta Sala de Casación Penal, está referido exclusivamente a la aptitud que tengan las pruebas para infirmar o demostrar cualquiera de los hechos en los que la Corporación debe fundar su concepto, por lo que a ello se procede en el análisis siguiente.

El artículo 96 de la Constitución Política señala que son colombianos por nacimiento: los nacidos en Colombia hijos de padres colombianos; o hijos de extranjeros, de los que por lo menos uno debe estar domiciliado en el país, y los nacidos en el extranjero, de padre o madre colombianos, que luego se domicilien en el país. Resultan entonces pertinentes las siguientes pruebas solicitadas por el abogado defensor de Amador Alexis Briand Maiguel.

1.- Las que el abogado defensor anexa en el acápite que denomina como " nacionalidad colombiana por padres colombianos ", señaladas en el numeral 1 del texto de este proveído.

2. Por impertinentes, por cuanto conducen a la demostración de un hecho irrelevante para la fundamentación del concepto que ha de rendirse, se rechazan las anexadas en el numeral 2 del memorial petitorio del 12 de febrero de 1996, que el defensor titula como " traslado al exterior ". En efecto, no surge necesario, para la emisión del concepto que debe rendir la Corte, probar las razones que tuvo la familia Brand-Maiguel para su

emigración a Venezuela, pues cualquiera que ellas hayan sido, son irrelevantes para el fondo de este asunto.

Tampoco resultan pertinentes las informaciones de prensa sobre el número de hijos de la dama atacada, pues ni el texto del reportaje señala sus nombres, ni sus edades, para saber en concreto a quienes se refiere.

3.- De las señaladas por el abogado en el capítulo que nomina como " colombiano por nacimiento " se decretan las siguientes.

3.1. Escúchense en declaración bajo la gravedad del juramento, a las siguientes personas:

Hernando Villamizar Flórez, Alba Stella Julio Corredor y Alicia Mejía Landazábal.

Los demás testimonios que el abogado defensor solicita se rechazan por superfluos, pues tienen el mismo propósito probatorio de aquellos que se decretan (artículo 250 del Código de Procedimiento Penal).

3.2 Se tendrán como prueba la partida eclesiástica de bautizo de Amador Alexis Brand Maiguel, el registro civil de nacimiento No. 22579951 de la Notaría 2ª del Círculo de Cúcuta y, la cédula de ciudadanía No. 79.821.673 de Santa Fe de Bogotá D.C.

3.3 Se practicarán inspecciones judiciales en los siguientes lugares:

3.3.1 Notaría 2ª del Círculo de Cúcuta.

3.3.2 Parroquia de San José de Cúcuta; se tendrá especial cuidado en verificar lo relativo a los nombres de los abuelos maternos del bautizado y la razón de la corrección autorizada por el decreto eclesiástico No. 1207 del 7 de noviembre de 1995.

La inspección judicial al Diario la Opinión, de Cúcuta, solicitada por el defensor no se decreta por las mismas razones que se argumentaron para rechazar esa prueba como impertinente.

3.4 Las fotografías que agregó el señor defensor, relacionadas en el numeral 3.7, no se tendrán como prueba por cuanto no son conducentes para demostrar la naturaleza colombiana del requerido en extradición, como quiera que solo son prueba de lo que se puede ver en ellas, esto es, varios menores de edad y adultos en vestimentas propias de tierra caliente, hechos que evidentemente no dicen nada respecto de la nacionalidad de quienes allí aparecen, pues del lugar en el que se encuentra una persona cuando le es tomada una fotografía no se concluye su origen en tal sitio, ni su pertenencia definitiva a él.

4.- Se oficiará a la Registraduría Nacional del Estado Civil para que remitan copia auténtica y legible de la cartilla preparatoria de las cédulas de ciudadanía números 26.652.640 y 4.969.636 del cupo numérico de Santa Marta (Magdalena).

Adicionalmente a las anteriores, se decretan, de oficio, las siguientes:

5. Inspecciones Judiciales así:

5.1 Al expediente contentivo de la investigación que adelanta la Fiscalía 141 Delegada de la Dirección Seccional de Fiscalías de esta ciudad sobre la presunta falsedad de los documentos que identifican como colombiano al requerido en extradición Amador Alexis Brand Maiguel.

5.2 Al libro 0071, folio No. 0029, Partida No. 0089 de la Parroquia del Sagrario y San Miguel, Catedral de Santa Marta (Magdalena); dentro de la diligencia se tendrá especial cuidado en determinar si el nombre de la madre de la bautizada es " Sonia " o " Senia ", la razón que este folio no presenta nota marginal de matrimonio y dejará constancia de cualquier enmendadura, borrón o imperfección del respectivo folio.

5.3. En la misma Parroquia, al libro 71, Folio 45, Número 89, anotado como referencia de la partida de bautismo, en la de matrimonio de Amador de Jesús Brand y Elizabeth Maiguel.

Dentro de esta diligencia se escuchará el testimonio del párroco encargado de los libros, para que señale las razones para la omisión de la nota marginal de matrimonio y para que en la partida de matrimonio se anote un folio diferente de la misma partida de bautismo.

5.4 Al Libro 1 de matrimonio, Folio 507, Número 1342 de la Parroquia San Francisco de Asis de Santa Marta; se establecerá con especial cuidado lo referente a los apellidos de los contrayentes y los documentos que hayan sido adjuntados para el asentamiento de esta partida.

Dentro de la diligencia de inspección judicial se escuchará el testimonio del párroco responsable de los libros para que explique la razón de la corrección del apellido del contrayente.

6.- En el Hospital San Juan de Dios de Cúcuta (Norte de Santander), a los libros de nacimientos del mes de junio de 1962. Si se encontrare el nacimiento del requerido en extradición, se tomará copia auténtica y legible de toda la documentación que aparezca sobre el particular, en caso negativo se dejará constancia de ello y se hará una relación de todas las criaturas nacidas el día 7, con los nombres de sus respectivas madres.

7. Oficiar al Departamento Administrativo de Seguridad DAS, para que remita a esta Corporación los documentos de identidad venezolana que poseía el señor Amador Alexis Brand Maiguel al momento de su aprehensión.

8. Oficiar al Ministerio de Relaciones Exteriores, para que informe a esta Corporación sobre la existencia o no de solicitud del señor Amador Alexis Brand Maiguel para la recuperación de la nacionalidad colombiana, en los términos del artículo 25 de la Ley 43 de 1993, en caso positivo

remitirá copia auténtica y legible de la petición y de todo el trámite posterior que haya originado.

9. Por vía diplomática y con la intervención del Ministerio de Relaciones Exteriores, se obtendrán en los Estados Unidos de Norteamérica, copias auténticas y legibles de la documentación referente a su nacionalidad que Amador Alexis Brand Maiguel haya presentado para la solicitud de la licencia de conducción No. B653001622070 de Florida (EE.UU) y el permiso de residente No. A28591185 de ese país.

10.- Las demás que surjan de las anteriores o que resulten pertinentes para el objeto de este trámite.

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

RESUELVE:

1°.- De la documentación adjuntada por el abogado, ténganse como pruebas, los señalados en los numerales 1 (1.1, 1.2,. 1.3, 1.4. 1.5), y 3.3, 3.4, 3.5 y 3.6 del acápite " de la petición " de este proveído.

2°.- Practíquense las señaladas en los numerales 3.1 y 3.3.(3.3.1 y 3.3.2) y 4 de las consideraciones de esta decisión.

3°.- De oficio se ordena la práctica de las indicadas en los numerales 5 (5.1, 5.2. 5.3, 5.4), 6. 7 y 8, en la forma señalada en el apartado de las consideraciones.

4°.- Las demás que surjan de las anteriores o sean necesarias para el objeto del presente trámite.

5°.- Denegar las demás solicitadas por el defensor.

Para la práctica de las pruebas señaladas en los numerales 3.1, 3.3 y 6 en la ciudad de Cúcuta (Norte de Santander) y 4.2, 4.3 y 4.4 en la ciudad de Santa Marta se comisiona al Fiscal Delegado, ajeno a la región, que designe el señor Director Nacional de Fiscalías.

Las demás pruebas serán evacuadas por la Secretaría de la Sala, excepto la señalada en el numeral 4.1 que será practicada por este Despacho.

Notifíquese y cúmplase.

Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

SECUESTRO EXTORSIVO/ EXTORSION

Es necesario entrar a diferenciar los elementos de la conducta que atenta contra el patrimonio económico, de la que se encamina a la privación o limitación de la libertad de locomoción, por cuanto ambas comportan, en principio, la subordinación de la voluntad del sujeto pasivo, pero en su estructura se encuentran aspectos que las hacen claramente diferenciables.

En efecto en el delito de Extorsión, se "constriñe" a la víctima para que haga, tolere u omita cualquier cosa buscando con ello, el sujeto agente, la obtención de un provecho ilícito para sí o para un tercero. También se configura este punible cuando conforme a lo normado en la Ley 40 de 1993, artículo 32, el propósito sea el de facilitar actos terroristas constriñendo a otro a hacer, suministrar, tolerar u omitir alguna cosa.

El secuestro extorsivo, por su parte, implica la privación física de la libertad, con el propósito de exigir por ella un provecho o cualquier utilidad, o para que se haga u omita algo, o con fines publicitarios o de carácter político.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal. Santafé de Bogotá, D.C., veintisiete (27) de mayo de mil novecientos noventa y seis (1996).

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos Eduardo Mejía Escobar*

Aprobado Acta No.77 (22-05-96)

Proceso No. 11501

Vistos

Procede la Corte a resolver la colisión de competencias suscitada entre el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Medellín y un Juzgado Regional de la misma localidad.

Antecedentes

El día 21 de diciembre de 1994, a eso de las ocho de la mañana, hicieron su ingreso a la "Comercializadora Moderna" ubicada en la Calle 24 No

44-56 de la ciudad de Medellín, tres sujetos que portaban armas de fuego con las cuales procedieron a intimidar al administrador, Iván de J. Fernández Niño, (a quien despojaron de la suma de ciento trece mil pesos $113.000.oo.), la secretaria María Victoria Martínez Valencia y al mensajero Juan Carlos Castro Zapata.

Además, los citados sujetos se dieron a la tarea de requisar el lugar, apropiándose también de un cheque de dieciocho mil pesos, y obligando a quienes allí se encontraban a elaborar tres cheques a nombre de diferentes personas por las sumas de $1.200.000.oo, $1.100.000.oo y 900.000.oo pesos, respectivamente, con la amenaza permanente de que si algo salía mal, atentarían contra sus vidas y las de los hijos de uno de ellos. Hecho esto, uno de los delincuentes se llevó consigo los cheques para hacerlos efectivos, mientras que los otros dos se quedaron vigilando a las víctimas.

Estando en eso, la secretaria de la empresa, aprovechando una llamada telefónica, dio aviso de lo que estaba sucediendo a efecto de lo cual se hizo presente el personal de la policía que dió captura a Elkin Castrillón y a Andrés Santiago Ríos.

De otro lado, el sujeto Dorian de Jesús Galarzo y el menor Jhon Jairo de Jesús Arias Yepes también fueron aprehendidos, cuando cada uno pretendía cobrar por ventanilla en el banco girado, dos de los cheques que fueron sustraídos de la empresa.

En relación con estos dos sujetos hay que decir que se decretó la ruptura de la unidad procesal respecto del primero, en razón a los trámites propios de la audiencia especial; y, en cuanto al segundo, el conocimiento del asunto fue asignado a los jueces de menores.

La Colisión Propuesta

La investigación fue calificada por la Fiscalía Treinta y dos Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Medellín, en providencia mediante la cual acusó a los señores Elkin Ramiro Castrillón Grajales y Andrés Santiago Ríos Castañeda como presuntos responsables del concurso de hechos punibles de hurto calificado y agravado, extorsión, porte ilegal de armas y falsedad personal, en calidad de coautores.

Apelada que fuera la citada decisión, la Unidad de Fiscales Delegados ante los Tribunales del Distrito Judicial de Antioquia y Medellín la confirmó con algunas modificaciones.

Una vez ejecutoriada la Resolución Acusatoria, el proceso fue enviado al Juzgado 17o Penal del Circuito, Despacho que avocó el conocimiento del asunto, pero que por haber sido convertido en Juzgado 4o de Menores, envió de nuevo las diligencias a su reparto, correspondiéndole, en esta oportunidad, al Juzgado 2o Penal del Circuito.

Avocado el conocimiento del asunto por el mencionado despacho judicial, ordena que se continuara con el trámite, y luego de ello dispone, en auto de sustanciación, la remisión de las presentes diligencias ante los Jueces Regionales, por Competencia, al considerar que la conducta desplegada por los acriminados configura esencialmente el delito de Secuestro Extorsivo, y propone de una vez, en caso de que no se comparta su criterio, Colisión de Competencia negativa.

Por su parte, el Juzgado Regional de Medellín, luego de hacer una síntesis de los hechos, manifiesta que los delitos por los que se procede no son de competencia de esa jurisdicción y que tampoco se configura el punible de secuestro extorsivo de que habla el Juzgado Penal del Circuito, "cuyos verbos rectores son el arrebatamiento, la sustracción, la retención o el ocultamiento de una persona con el propósito de **exigir por su libertad un provecho o cualquier utilidad**, o para que se haga u omita algo, o con fines publicitarios o de carácter político". (negrillas dentro del textol.

Para el Juez Regional resulta claro que el ánimo que inspiró el proceder de los procesados, conduce a pregonar un simple delito de extorsión.

Consideraciones de la Sala

Antes de entrar en el asunto materia de debate, se hace necesario llamar la atención al señor Juez que provocó el trámite de este incidente, respecto de uno de los requisitos que se deben tener en cuenta para predicar la existencia de un conflicto de competencias, según las voces del artículo 99 del Código de Procedimiento Penal, conforme al cual, el funcionario que lo proponga, deberá exponer los motivos por los cuales considera que no es competente para conocer del proceso que se está adelantando, a efectos de que el funcionario a quien se remite, pueda analizar las razones de su declaratoria de incompetencia.

En efecto, el Juez Segundo Penal del Circuito de Medellín, creyó suficiente manifestar que la competencia para conocer del presente asunto era de la justicia regional, por considerar que se configuraba el delito de secuestro extorsivo, sin elaborar mayor análisis de los hechos que son materia de debate para llegar a esa conclusión.

Por su parte, el Juez Regional de Medellín, pese a desconocer con amplitud las razones por las cuales se le planteaba el conflicto, en un estudio de la cuestión fáctica concluyó que no era el competente para conocer de las presentes diligencias, porque en su sentir, no se configura el punible de secuestro extorsivo, sino una extorsión; es entonces lo procedente entrar a dirimir el conflicto.

Siendo evidente el rechazo de la competencia por ambas autoridades, la Corte entrará a resolver con fundamento en los siguientes aspectos:

Es necesario entrar a diferenciar los elementos de la conducta que atenta contra el patrimonio económico, de la que se encamina a la priva-

ción o limitación de la libertad de locomoción, por cuanto ambas comportan, en principio, la subordinación de la voluntad del sujeto pasivo, pero en su estructura se encuentran aspectos que las hacen claramente diferenciables.

En efecto en el delito de Extorsión, se "constriñe" a la víctima para que haga, tolere u omita cualquier cosa buscando con ello, el sujeto agente, la obtención de un provecho ilícito para sí o para un tercero. También se configura este punible cuando conforme a lo normado en la ley 40 de 1993, artículo 32, el propósito sea el de facilitar actos terroristas constriñendo a otro a hacer, suministrar, tolerar u omitir alguna cosa.

El Secuestro Extorsivo, por su parte, implica la privación física de la libertad, con el propósito de exigir por ella un provecho o cualquier utilidad, o para que se haga u omita algo, o con fines publicitarios o de carácter político.

En el asunto *sub examen*, las circunstancias y condiciones en que los procesados desplegaron su actuar, se adecuan al tipo penal de Secuestro Extorsivo, por cuanto retuvieron a los empleados de la Empresa "Comercializadora Moderna" en las instalaciones de la misma, mediante la utilización de armas de fuego, a fin de garantizar la utilidad económica que se derivaría del cobro de los cheques, caso en el cual cesaría la retención de las víctimas.

Esta privación ilegal de la libertad se mantuvo durante un lapso considerable, más allá del necesario para que se apoderaran de los dineros de la Empresa y despojaran al gerente de una suma que llevaba consigo; precisamente no consideraron suficiente el despojo sino que los delincuentes obligaron a los empleados a elaborar varios títulos valores por diferentes sumas, haciéndolos girar a nombre de determinadas personas para que sus compinches los cobraran por ventanilla en la respectiva entidad bancaria, en tanto que las víctimas eran inmovilizadas y vigiladas por los aquí procesados Castrillón Grajales y Ríos Castañeda.

Esta privación física de la libertad de locomoción de las víctimas, dirigida a los fines patrimoniales en comento, es lo que estructura el ingrediente extorsivo del secuestro.

Como se ve, los empleados de "Comercializadora Moderna" fueron sometidos a una supresión total de su libertad, toda vez que permanecieron en esas instalaciones por la amenaza constante de sus plagiarios, quienes les apuntaban con armas de fuego y les reiteraban la intención de atentar contra sus vidas y las de sus familiares si algo salía mal.

Bajo los anteriores razonamientos, es evidente que la figura de la Extorsión es plenamente descartable, ya que mediante la intimidación, ya sea física o moral, lo que se persigue es colocar a la víctima en un estado de miedo o temor, pero no privarla de su libertad de locomoción.

Es que la restricción ilegal de la libertad, así sea temporal, resulta jurídicamente relevante para el proceso de adecuación típica, pues ese solo hecho, por sí solo, es suficiente para predicar la estructura del delito de Secuestro respecto de los procesados Castrillón Grajales y Ríos Castañeda, quienes retuvieron a los empleados de marras, contra su voluntad.

Por ello, resulta equivocada la postura del Juez Regional de Medellín, quien asegura que en este evento surge claro que el ánimo de proceder de los encartados, era netamente patrimonial prescindiendo del desvalor de la conducta en cuanto atenta contra la libertad de desplazamiento de los empleados retenidos, pues con ello desconoce la realidad objetiva de los hechos, en los que se afectó dicha libertad que es lo que se constituye en el centro del tipo, aspecto principal que debe guiar el proceso de adecuación de la conducta, a lo que le sigue el examen de los ingredientes subjetivos y normativos que conforman la acción típica.

Sobre el particular, esta Corporación expresó lo siguiente:

"...Decir pues que privar de libertad física es un medio o un modo de constricción, en el orden penal, resulta un desacierto técnico ya que la prohibición de privar de libertad es un acto que constituye lo principal en distintos tipos penales específicos, y que ineluctablemente reclaman la adecuación en el secuestro pues ese es su núcleo rector. Partir del supuesto de que la privación de la libertad es un "MODUS OPERANDI" para la extorsión, que solo es constreñir y no privar de libertad en la gama de los bienes jurídicos protegidos, o del hurto calificado pues se la identifica con violencia física para el apoderamiento, es, el primer caso confundir las acciones principales mismas descritas en los tipos (constreñir con privar de libertad) que óntticamente son diversas, y en el segundo identificar una circunstancia modal que es predicado de la acción básica (apoderarse), con lo principal de una acción básica descrita en otro tipo (privar de libertad física) que obviamente no es predicado de otro fenómeno." (Casación julio 14 de 1994, M.P., Dr. Gustavo Gómez Velázquez.).

Así las cosas, si el propósito de los encartados era el de apropiarse de los dineros de la empresa, exclusivamente, no se ve entonces la necesidad de obstruir la libertad de los empleados de la empresa y la permanente vigilancia a la que estuvieron sometidos, mientras aseguraban la efectividad de los cheques que les obligaron a elaborar, cobrándolos por ventanilla a través de sus acompañantes, en la respectiva entidad bancaria.

Por los anteriores razonamientos, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, DIRIME la presente colisión, señalando al Juzgado Regional de Medellín, como el competente para conocer de este proceso a quien se le remitirá el expediente. Comuníquese esta decisión al Señor Juez Segundo Penal del Circuito de Medellín.

Notifíquese y cúmplase.

Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

NULIDAD/ DEFENSA TECNICA

Las nulidades que tengan sustento en circunstancias acaecidas con anterioridad a la sentencia de segunda instancia deberán ser invocadas en la respectiva demanda, si no lo fueron con anterioridad, para ser resueltas en la sentencia de casación.

Lo anterior no es óbice para que en el trámite de este extraordinario recurso se tomen decisiones de anulación, bien sea de manera oficiosa o a solicitud de parte, pero siempre y cuando se funden en vicios subsiguientes al proferimiento del fallo de segunda instancia.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., veintiocho (28) de mayo de mil novecientos noventa y seis (1996)

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Enrique Córdoba Poveda*

Aprobado Acta No.80

Proceso No. 10106

VISTOS

Procede la Sala a resolver las peticiones que presenta el procesado Carlos Alberto Zapata, quien se encuentra recluido en la Cárcel del Distrito Judicial de Medellín.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La solicitud del procesado pretende la declaratoria de nulidad del proceso, en razón a que en su criterio la sentencia de inconstitucionalidad del inciso primero del artículo 148 del C. de P.P., así lo permite, pues no fue asistido en su indagatoria por un abogado titulado. Igualmente que como consecuencia de lo anterior se decrete su liberación.

Con relación a la primera solicitud, debe la Sala manifestar como lo viene haciendo en pasadas oportunidades, que uno de los presupuestos de orden procesal que ilustra la institución jurídica de las nulidades es la oportunidad para su invocación. Según el artículo 306 del Estatuto Procesal Penal, sólo se podrán proponer "... hasta el término de traslado común para preparar la audiencia ...". y traspasada esta etapa, sólo po-

drán invocarse "... en el recurso de casación ...", esto es, al interior de la demanda de ese medio excepcional de impugnación.

Así, las nulidades que tengan sustento en circunstancias acaecidas con anterioridad a la sentencia de segunda instancia, como ocurre en el presente caso, deberán ser invocadas en la respectiva demanda, si no lo fueron con anterioridad, para ser resueltas en la sentencia de casación.

Lo anterior no es óbice para que en el trámite de este extraordinario recurso se tomen decisiones de anulación, bien sea de manera oficiosa o a solicitud de parte, pero siempre y cuando se funden en vicios subsiguientes al proferimiento del fallo de segunda instancia.

Entonces, de cualquier manera los vicios ocurridos con anterioridad o concomitantes al fallo que se acusa, deben ser objeto de la decisión de fondo del recurso extraordinario, pues comportan un juicio sobre la legalidad de aquél.

En consideración a la pretensión liberatoria debe la Sala manifestar que evidentemente se hace prematura, en la medida en que la pena impuesta es de 41 años y 8 meses de prisión y su privación de libertad aconteció para el día 15 de mayo de 1993.

Por consiguiente, y en mérito de lo expuesto, la Corte, *la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal,*

RESUELVE

1.- ABSTENERSE de resolver la petición de nulidad hecha por el procesado Carlos Alberto Zapata.

2.- En consecuencia NEGAR al mismo procesado la libertad provisional solicitada.

Notifíquese y cúmplase.

Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CESACION DE PROCEDIMIENTO/ MUERTE

El artículo 76 del Código Penal contempla la extinción de la acción penal cuando el sindicado muere. A su turno, el artículo 36 del Código de Procedimiento Penal, impone al juez la obligación de declarar la cesación de procedimiento cuando acaece dicha causal objetiva de improcedibilidad.

Siendo evidente que la actuación no puede proseguirse en lo atinente al procesado, lo viable es declarar la cesación de procedimiento.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., veintiocho (28) de mayo de mil novecientos noventa y seis (1996).

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Enrique Córdoba Poveda*

Aprobado acta No.80

Proceso No. 11446

VISTOS

Procede la Corte a decidir lo que en derecho corresponda respecto del fallecimiento de uno de los procesados.

ANTECEDENTES

1.- El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, mediante sentencia del 6 de octubre de 1995, confirmó la condena que les fuera impuesta a los procesados Juan Pablo Giraldo López, Oliverio Valencia Henao y Carlos Alberto Sierra Rodríguez, como coautores del delito de hurto calificado y agravado.

2.- Interpuesto oportunamente el recurso extraordinario de casación y presentada la correspondiente demanda, el proceso fue remitido a esta Corporación el 28 de febrero del año en curso.

3.- La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, mediante providencia del pasado 22 de mayo, rechazó *in limine* la demanda de casación presentada a nombre del procesado Juan Pablo Giraldo López,

y en consecuencia declaró desierto el recurso, decisión que se encuentra en trámites de notificación.

4.- En la misma fecha, entró al Despacho del Magistrado Sustanciador el oficio suscrito por el Juez Sexto Penal del Circuito Pereira, mediante el cual informa a la Corte que el proceso Oliverio Valencia Henao, no recurrente en el trámite de casación, falleció el 26 de abril del presente año. Para los efectos correspondientes, remitió copia del informe del Comandante de Guardia de la Cárcel del Circuito Judicial de Neira (Caldas) y del registro civil de defunción expedido por el Notario Unico de este municipio.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

El artículo 76 del Código Penal contempla la extinción de la acción penal cuando el sindicado muere. A su turno, el artículo 36 del Código de Procedimiento Penal, impone al juez la obligación de declarar la cesación de procedimiento cuando acaece dicha causal objetiva de improcedibilidad.

En el presente asunto, surge indiscutible que el procesado Oliverio Valencia Henao murió el 24 de abril del presente año por paro cardiaco generado por "anemia aguda schock hipovolémico", según lo certifica el Notario Unico del Círculo de Neira (Caldas).

Siendo, entonces, evidente que la actuación no puede proseguirse en lo atinente al mencionado procesado, lo viable es declarar de la cesación de procedimiento.

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

RESUELVE

DECLARAR extinguida la acción penal por muerte del procesado Oliverio Valencia Henao. En consecuencia, respecto de él se cesa todo procedimiento.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

REPOSICION

El recurso de reposición busca que el mismo funcionario que profirió la decisión vuelva sobre ella, y si es del caso, la revoque, reforme, adicione o aclare en forma total o parcial. Esta finalidad impone no solo que este recurso se interponga dentro de los términos previstos por la ley, sino que además, es requisito necesario para su viabilidad que se motive, esto es, que sea que se interponga por escrito o en audiencia o diligencia (Ley 81 de 1993, art.28 y C. de P.C., art. 348 modificado por el artículo 1o., num. 168 D.E. 2282/89), se expongan las razones por las cuales el sujeto procesal considera errada la providencia, a fin de que proceda modificarla o revocarla, pues si la impugnación no se sustenta, carece el funcionario judicial de conocimiento sobre los motivos de inconformidad que le permitan resolver.

En otras palabras, no basta el simple deseo de la parte inconforme de recurrir determinada providencia, sino que debe indicar las razones de hecho y de derecho que apoyan su disentimiento. De no ser esto así, colocaría al juez en incertidumbre, esto es, tendría que adivinar cual fue el pensamiento del recurrente cuando interpuso la reposición.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., veintinueve (29) de mayo de mil novecientos noventa y seis (1996).

Magistrado Ponente: Dr. *Nilson Pinilla Pinilla*

Aprobada Acta No. 81.

Proceso No. 10710

Vistos

El procesado Oscar Rincón Castrillón, quien se halla actualmente detenido en la Cárcel del Distrito Judicial de San Gil debido a su traslado desde un establecimiento carcelario de Bucaramanga, interpuso recurso de reposición contra la providencia de 26 de marzo del presente año, por medio de la cual la Corte se abstuvo de conceder su libertad provisional.

Consideraciones de la Corte

1. El procesado Oscar Rincón Castrillón reclamó de la Corte la declaratoria de nulidad de la sentencia dictada en su contra, y como consecuencia de ello, decretara su "libertad provisional", sosteniendo como apoyo de sus pedimentos que los juzgadores de instancia otorgaron una valoración equivocada a las declaraciones que dentro del proceso rindieron Rosalba Velásquez, Antonio Ovalle y Alicia Saavedra.

2. Frente a la anterior solicitud, la Sala en auto de 26 de marzo del presente año, se abstuvo de conceder la excarcelación pedida, anotando que:

«Debe recordarse que la Corte sólo puede atender peticiones de libertad provisional apoyadas en el artículo 55.2 de la Ley 81 de 1993, esto es para efectos de acreditar el requisito cuantitativo a que se refiere el artículo 72 del Código Penal o para el cumplimiento total de la sanción, situación que no se da en el presente caso, pues reiteradamente ha sostenido que carece de competencia para atender en el trámite del recurso extraordinario de casación, peticiones o incidentes ajenos a él. Entonces, la liberación que pretende el acusado, sobre los presupuestos que aduce en su solicitud, sólo sería viable al momento de proferir el fallo definitivo, de llegar a prosperar el cargo propuesto en la demanda por su defensor.»

3. Para la notificación de la providencia en mención fue librado despacho comisorio a la Cárcel del Distrito Judicial de Bucaramanga, que a través de la Asesoría Jurídica el 26 de marzo siguiente (f. 31 cdno. de la Corte), enteró de ella en forma personal al implicado, quien por escrito presentado el día 2 de abril interpuso recurso de reposición, memorial que se ha establecido no fue tramitado por dicho establecimiento carcelario, y según oficio del Comandante de Vigilancia "no se tiene conocimiento de que pudo suceder con el mencionado documento." (f. 50).

4. En escrito de abril 16 del presente año, el acusado reitera el recurso de reposición contra el mencionado auto, señalando que "dentro de los términos de ley envié memorial manuscrito impetrando dicho recurso, pero la asesoría jurídica de ese centro carcelario no dió trámite en vista de la vacancia de semana santa devolviendo éste en día de ayer, hoy estoy remitiendo este nuevo memorial a fin de que se dé trámite legal. Agradezco...me envíen copias de la providencia aquella que negó el beneficio aludido (libertad provisional), a fin de estudiar de fondo su contenido y de esta forma sustentar eficazmente dicho... recurso." (f. 37).

5. Aun cuando se acepta que el recurso de reposición fue interpuesto oportunamente por el implicado, debe declararse desierto. Véase al respecto:

En materia penal, salvo las excepciones legales, el recurso de reposición procede contra las providencias de sustanciación que deban notificarse y contra las interlocutorias de primera o única instancia (C. de P.P., art. 199).

El recurso de reposición busca que el mismo funcionario que profirió la decisión en este caso la Corte vuelva sobre ella, y si es el del caso, la revoque, reforme, adicione o aclare en forma total o parcial. Esta finalidad impone no sólo que este recurso se interponga dentro de los términos previstos por la ley, sino que además, es requisito necesario para su viabilidad que se motive, esto es, que sea que se interponga por escrito o en audiencia o diligencia (Ley 81 de 1993, art. 28 y C. de P. C., art. 348 modificado art. 1°., num. 168 D.E. 2282/89), se expongan las razones por las cuales el sujeto procesal considera errada la providencia, a fin de que proceda modificarla o revocarla, pues si la impugnación no se sustenta, carece el funcionario judicial de conocimiento sobre los motivos de inconformidad que le permitan resolver.

En otras palabras, no basta el simple deseo de la parte inconforme de recurrir determinada providencia, sino que debe indicar las razones de hecho y de derecho que apoyan su disentimiento. De no ser esto así, colocaría al juez en incertidumbre, esto es, tendría que adivinar cuál fue el pensamiento del recurrente cuando interpuso la reposición.

En este caso, lejos de proponer los motivos de disenso, el procesado Rincón Castrillón, a quien debió leerse íntegramente la copia adjunta de la providencia o permitirle que lo hiciera (fs. 29 y 33 cdno. Corte), se limitó a interponer el recurso de reposición, pero incumplió con el deber procesal de sustentarlo, pues no basta con pedir copias de la providencia que se pretende cuestionar, anunciando posible sustentación, toda vez que los recursos deben interponerse y sustentarse desde la fecha en que se haya proferido la providencia, hasta cuando hayan transcurrido tres días, contados a partir de la última notificación (C. de P.P., art. 196).

Así las cosas, se declara desierto el recurso de reposición interpuesto más no sustentado por el acusado Rincón Castrillón.

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

RESUELVE

DECLARAR desierto el recurso de reposición interpuesto pero no sustentado por el procesado Oscar Rincón Castrillón, contra la providencia de 26 de marzo del año en curso, por medio de la cual la Corte se abstuvo de conceder su libertad provisional.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

REPOSICION

Dada la improcedencia del recurso de alzada contra las providencias proferidas por esta Corporación -en razón a la ausencia de superior jerárquico-, la expresión "apelo" ha de entenderse finalmente como manifestación del deseo de "impugnarla", lo que sólo puede hacerse a través del recurso de "reposición".

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santa Fe de Bogotá, D.C., veintinueve (29) de mayo de mil novecientos noventa y seis (1996).

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

Aprobado acta No. 81.

Proceso No. 10697

1. Asunto

Estudiar la admisibilidad de la impugnación interpuesta por los procesados Gilberto Antonio Mazo Acevedo y José de Jesús Silva Vásquez contra el auto del 22 de abril del año en curso, por medio del cual la Sala se abstuvo de considerar su petición de libertad provisional.

2. Consideraciones de la Corte

Mediante proveído calendado en abril 22 del presente año, la Corte se abstuvo de considerar la petición de libertad provisional elevada por los procesados Gilberto Antonio Mazo Acevedo y José de Jesús Silva Vásquez, decisión que fue notificada personalmente a los prenombrados (fl. 49 cuaderno de la Corte). El procesado Mazo Acevedo, escribió en el texto de la notificación "apelo x violación a la defensa", y Silva Vásquez, "apelo al derecho de la defensa".

Dada la improcedencia del recurso de alzada contra las providencias proferidas por esta Corporación -en razón a la ausencia de superior jerárquico-, la expresión "apelo" utilizada por los procesados al momento en que fueron enterados de la decisión, ha de entenderse finalmente como manifestación del deseo de "impugnarla", lo que sólo puede hacerse a través del recurso de "reposición".

Pero aún entendiendo su manifestación escrita como interposición oportuna del recurso de reposición, observa la Sala que, conforme al informe secretarial que antecede, venció el término de ejecutoria de la providencia "sin que a la fecha se haya recibido memorial sustentando la pretensión impugnatoria" (fl. 51 *ibidem*).

Esta omisión de parte de los recurrentes conlleva necesariamente la deserción del recurso, pues el artículo 348 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el numeral 168 del art. 1° del D.E. 2282 de 1989, -aplicable en el presente caso por virtud del principio de integración, previsto en el artículo 21 del Código de Procedimiento Penal , exige la sustentación del recurso dentro del término de ejecutoria de la providencia censurada: *"el recurso deberá interponerse con expresión de las razones que lo sustenten, por escrito presentado dentro de los tres días siguientes al de la notificación del auto"*.

En este orden de ideas, se declarará desierto el recurso de reposición interpuesto por los procesados Mazo Acevedo y Silva Vásquez.

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

RESUELVE:

DECLARAR DESIERTO el recurso de reposición interpuesto por los procesados Gilberto Antonio Mazo Acevedo y José de Jesús Silva Vásquez, contra el auto del 22 de abril último, por medio del cual la Sala se abstuvo de considerar la petición de libertad por ellos formulada.

Notifíquese y cúmplase.

Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

LIBERTAD CONDICIONAL/ LIBERTAD PROVISIONAL/ CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL

El subrogado de la libertad condicional supone el pronunciamiento de sentencia de condena a pena de arresto mayor de tres años o de prisión que exceda de dos, siempre que el condenado -que no el sindicado- hubiere cumplido las dos terceras partes de la pena y exista pronóstico sobre su readaptación social.

El reconocimiento de este instituto corresponde al juez de ejecución de penas, quien debe atender las solicitudes de libertad condicional una vez la sentencia definitiva ha causado ejecutoria. esto es, ha hecho tránsito a cosa juzgada. mientras no alcance firmeza, de reunirse a cabalidad los requisitos del artículo 72 del Código Penal, lo procedente será el otorgamiento del derecho a la libertad provisional establecido en el art. 55-2 de la Ley 81 de 1993.

Esto porque enseña esta última disposición que "Se considera que ha cumplido la pena. el que lleve en detención preventiva el tiempo necesario para obtener libertad condicional. siempre que se reúnan los demás requisitos para otorgarla.

La rebaja de pena por trabajo o estudio se tendrá en cuenta para el cómputo de la sanción.

En este mismo contexto, cabe decir que aunque la libertad provisional, la condena de ejecución condicional y la libertad condicional. son instituciones que tienen en común la libertad del procesado. son también marcadas sus diferencias. Recuérdese lo sostenido por esta corporación en pronunciamiento de julio 7 de 1994, M.P. Dídimo Páez Velandia.

"..., Mientras la libertad provisional es una institución de carácter procesal. sometida a las reglas del estatuto adjetivo, para los procesados, los subrogados de la condena de ejecución condicional y libertad condicional, que se rigen por el estatuto sustantivo, contemplan para los condenados un modo de cumplir las penas de arresto y de prisión; la excarcelación se otorga en la medida en que no haya una

sentencia condenatoria ejecutoriada, en tanto que la suspensión condicional de la pena se reconoce en la sentencia misma, y la libertad condicional cuando haya descontado las dos terceras partes de la pena impuesta; y, en fin, las razones en que se fincan, son diversas, ya que la libertad provisional tiende a neutralizar los efectos nocivos de una detención física, la suspensión condicional de la pena en que el condenado no requiere tratamiento penitenciario, y la libertad condicional en la readaptación social del condenado."

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá D.C., veintinueve (29) de mayo de mil novecientos noventa y seis (1996).

Magistrado Ponente: Doctor *Nilson Pinilla Pinilla*

Aprobada Acta No. 81.

Proceso No. 11608

VISTOS

Los procesados Rafael Murillo Perdomo y Jorge Eliécer Pérez Suárez, quienes actualmente se encuentran detenidos en la Cárcel Nacional del Distrito Judicial de Valledupar, interponen recurso de reposición contra la providencia de 30 de abril del cursante año, por medio de la cual se negó el derecho a la libertad provisional reclamado por su defensora, proponiendo que como consecuencia de nuevo estudio sobre su petición se acceda a la liberación pedida. Aportó Murillo Perdomo fotocopia de un diploma a él otorgado el 30 de noviembre de 1974 que lo acredita como "Maestro" (f. 37).

Vencido el traslado preceptuado en el artículo 200 del Código de Procedimiento Penal las demás partes guardaron silencio.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. En el auto proteslado reconoció la Sala que los implicados Murillo Perdomo y Pérez Suárez satisfacían los requisitos objetivos previstos por el artículo 72 del Código Penal, no así los de naturaleza subjetiva a que alude la disposición acabada de citar, razones que motivaron la denegación de la excarcelación pretendida.

En lo esencial, así razonó la Corte:

"Aquí los coacusados Murillo Perdomo y Pérez Suárez, en audiencia especial para terminación anticipada del proceso (19 de noviembre de 1994 -f. 307 Ss.-), aceptaron la imputación formulada por la Fiscalía consistente en conservar una sustancia pulverulenta, de color crema que resultó ser morfina, en cantidad de cien gramos la cual guardaban en una bolsa plástica, encontrada en una residencia en donde se encontra-

ban, ubicada en la calle 11 No.10A-14 del barrio Obrero en el Municipio de Codazzi, Cesar, en hechos que tuvieron ocurrencia el día 12 de junio de este año a la hora de las 6:30, en diligencia de allanamiento y registro llevada a cabo por autoridades de policía antinarcóticos..., cuyo motivo fué información que tenía la autoridad que en la residencia donde ustedes se encontraban se dedicaban al procesamiento del latex de amapola.' A más de la impresión social que este tipo de delitos genera y de las nocivas consecuencias de tan censurable tráfico en los demás órdenes, es claro que este devenir constituye una bien organizada actividad delictiva dedicada a la comercialización de estupefacientes que no un comportamiento accidental.

Asi las cosas, no se cumplen, entonces y con fundamento en lo dicho, las exigencias que la ley prescribe para que en el caso analizado se pueda conceder la libertad provisional reclamada, siendo imperativo que en la situación especifica de los procesados Murillo Perdomo y Pérez Suárez cumplan por ahora con la totalidad de la pena impuesta en los fallos de instancia.» (fs. 23 y 24 cdno. de la Corte).

2o. Como motivos de inconformidad con la decisión anterior, los implicados plantean los siguientes:

2.1. Sostienen en primer lugar, que la Corte "ha desfigurado lo realmente solicitado cuando se interpreta o se habla de libertad provisional", pues lo pedido corresponde "a concedernos los beneficios del art. 515 'Libertad Condicional'" (f. 33).

2.2. Como segundo aspecto, aducen que para sustentar la negativa al derecho por ellos pedido a través de su defensora, la Sala trascendió tanto en su pasado como en su futuro, realidad esta ultima que ellos ni siquiera conocen, no obstante aceptar su buena conducta anterior y el adecuado comportamiento durante el tiempo de privación de la libertad.

2.3. A renglón seguido se adentran en los episodios que rodearon los hechos materia de averiguación, haciendo énfasis en su ajenidad frente a la conducta imputada (posesión de "95 gramos de morfina"), pues en su parecer "el verdadero responsable al enterarse de la situación se perdió en el silencio y la ausencia. Sin más oportunidades para defendernos, ignorantes de las circunstancias judiciales presa de pánico al pensar lo que nos viene encima. Conferimos poder a una defensora: enfoca mal el negocio nos sugiere: negociación - sentencia anticipada aceptamos ser responsables! con esta salida en falso: nos complicamos ignorantemente desesperados pensando con nuestro próximo ingreso al magisterio; caímos en un error." (sic, f. 35 ib.).

Reconocen que estas circunstancias no las registra el proceso, demandando entonces que como consecuencia de nueva valoración se acceda a la libertad que reclaman, a más de que por la cantidad de droga

incautada la pena no podía exceder entre uno a tres años, y resultaron condenados "fuera de las debidas normas del juicio".

3. El auto recurrido no será modificado en ninguna de sus partes, por las siguientes razones:

3.1. Es cierto que al estudiar la petición de libertad propuesta por la defensora de los implicados, la Corte consideró que lo pedido por ella debía entenderse como "libertad provisional" apoyada en la causal prevista en el art. 55-2 de la Ley 81 de 1993, y no el subrogado de la libertad condicional (arts., 72 C.P. y 515 C. de P.P.), pues es claro que estando el fallo de instancia recurrido en casación, no resulta pertinente entender que se está frente al mencionado sustituto penal.

El subrogado de la libertad condicional, como reiteradamente lo ha dicho la doctrina de la Corte, supone el pronunciamiento de sentencia de condena a pena de arresto mayor de tres años o de prisión que exceda de dos, siempre que el condenado -que no el sindicado- hubiere cumplido las dos terceras partes de la pena y exista pronóstico sobre su readaptación social.

El reconocimiento de este sustituto corresponde al juez de ejecución de penas, quien debe atender las solicitudes de libertad condicional una vez la sentencia definitiva ha causado ejecutoria, esto es, ha hecho tránsito a cosa juzgada. Mientras no alcance firmeza, de reunirse a cabalidad los requisitos del art. 72 del Código Penal, lo procedente será el otorgamiento del derecho a la libertad provisional establecido en el art. 55-2 de la Ley 81 de 1993.

Esto porque enseña esta última disposición que "Se considera que ha cumplido la pena, el que lleve en detención preventiva el tiempo necesario para obtener libertad condicional, siempre que se reúnan los demás requisitos para otorgarla.

La rebaja de pena por trabajo o estudio se tendrá en cuenta para el cómputo de la sanción."

En este mismo contexto, cabe decir, que aunque la libertad provisional, la condena de ejecución condicional y la libertad condicional, son instituciones que tienen en común la libertad del procesado, son también marcadas sus diferencias. Recuérdese lo sostenido por esta corporación en pronunciamiento de julio 7 de 1994, M.P. Dr. Dídimo Páez Velandia:

«... mientras la libertad provisional es una institución de carácter procesal, sometida a las reglas del estatuto adjetivo, para los procesados, los subrogados de la condena de ejecución condicional y libertad condicional, que se rigen por el estatuto sustantivo, contemplan para los condenados un modo de cumplir las penas de arresto y de prisión: la excarcelación se otorga en la medida en que no haya una sentencia condenatoria ejecutoriada,

en tanto que la suspensión condicional de la pena se reconoce en la sentencia misma, y la libertad condicional cuando haya descontado las dos terceras partes de la pena impuesta; y, en fin, las razones en que se fincan, son diversas, ya que la libertad provisional tiende a neutralizar los efectos nocivos de una detención física, la suspensión condicional de la pena en que el condenado no requiere tratamiento penitenciario, y la libertad condicional en la readaptación social del condenado.»

No podía entonces la Corte frente a la petición hecha por la defensora de los procesados, entrar a definir su "libertad condicional" como equivocadamente lo han entendido, subrogado por demás de competencia del juez de ejecución de penas, pues se repite, la sentencia dictada en su contra no ha hecho tránsito a cosa juzgada, y porque la Sala solamente podrá ocuparse en sede de casación de las solicitudes de excarcelación sustentadas en las prescripciones del art. 55-2 de la Ley 81 de 1993. Esto porque en forma expresa el legislador dispone que "la libertad provisional a que se refiere este numeral será concedida por la autoridad que esté conociendo de la actuación procesal al momento de presentarse la causal aquí prevista", esto es, el instructor, el juez de primera o segunda instancia o la Corte en el recurso extraordinario de casación.

Por tanto, lejos de provocar confusión o desfiguración de lo solicitado como lo plantean los impugnantes, ha querido la Corte dar claridad a los temas propuestos.

3.2. Ahora bien: en tratándose del otorgamiento de la excarcelación tomando en cuenta los requisitos establecidos en el artículo 72 del Código Penal, obligado es el estudio de los antecedentes de todo orden, la personalidad del procesado y su conducta carcelaria, aspectos que han de suponer fundadamente su readaptación social.

La doble labor de diagnóstico y pronóstico sobre estos factores, impidió en ocasión pasada y así se mantiene, que los acusados sean merecedores a la excarcelación que pretenden, de ahí que la Corte llegara a la conclusión que en su caso se impone por ahora que cumplan con la totalidad de la pena impuesta en los fallos de instancia. Realidad que no atinan a enervar con el novedoso planteamiento de que la aceptación de los cargos formulados por la Fiscalía (conservación de sustancia estupefaciente, morfina, hallada en allanamiento a inmueble donde se tenía información "se dedicaban al procesamiento de látex de amapola") obedeció a mala asesoría de su defensora, pues advertidos en audiencia especial para terminación anticipada del proceso sobre las consecuencias de esta figura, sin voluntad sojuzgada ni titubeos aceptaron la imputación que ahora pretenden desconocer.

Los fallos de instancia llegan a la Corte precedidos de la doble presunción de acierto y de legalidad, de manera que a través de un incidente como el propuesto, no resulta posible emitir pronunciamiento sobre las

censuras aquí aducidas como tampoco desconocer la pena fijada en la sentencia, pues cualquier determinación al respecto por fuera del fallo de casación, estaría modificando de manera anticipada la sentencia objeto del recurso extraordinario, con ostensible desconocimiento de su trámite y con violación al debido proceso.

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

RESUELVE:

NO REPONER la providencia de 30 de abril del presente año, por medio de la cual se negó la libertad provisional de los procesados Rafael Murillo Perdomo y Jorge Eliécer Pérez Suárez.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Fernando Arboleda Ripoll. Ricardo Calvete Rangel. Jorge Córdoba Poveda. Carlos Augusto Gálvez Argote, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

PARTE CIVIL/ ADMINISTRACION DE JUSTICIA

Con la expedición de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, la interpretación que hiciera la Corte Constitucional de los artículos 149 del Decreto 01 de 1984 y 4o. del Decreto 2652 de 1991 no tiene vigencia, por cuanto dicho ordenamiento posterior al fallo de control de constitucionalidad citado, derogó ambos preceptos en forma implícita, pues al crear la figura de la Dirección Nacional de la Administración de Justicia y señalarle dentro de sus competencias autónomas la de "Representar a la Nación -Rama Judicial- en los procesos judiciales" (artículo 99-8), sin distinción o condicionamiento alguno, ciertamente zanjó el problema de la duplicidad en dicha representación, planteado en el fallo comentado.

No siempre la persona jurídica de derecho público que representa a la nación debe ineludiblemente constituirse parte civil en el proceso penal, pues son dos las condiciones que emanan del precepto. La primera, que la investigación penal verse sobre conducta punible de las descritas en el Libro Segundo, Título III del Código Penal, es decir, "Delitos contra la Administración Pública" y, la segunda, que sea perjudicada con la infracción.

Corresponde en cada caso concreto, a quien pretenda constituirse en parte civil, en primer término precisar el daño o perjuicio y seguidamente, presentar una aproximada apreciación del monto de los mismos causados con la infracción (numeral 5o. del artículo 46 del Código de Procedimiento Penal), es decir, por un daño real, no hipotético, aun cuando no pueda ser valorable pecuniariamente, ya que el Juez en ejercicio de la facultad que le otorgan los artículos 106 y 107 del Código Penal, puede determinarlos prudencialmente en gramos oro, teniendo en cuenta la modalidad de la infracción, las condiciones de la persona ofendida (ocupación habitual, la supresión o merma de su capacidad productiva gastos ocasionados por razón del hecho punible), la naturaleza o consecuencias del agravio sufrido, etc.

En tratándose de una persona de derecho público se debe igualmente presentar los fundamentos jurídicos en que se basa su pre-

tensión, esto es, su interés para ser admitida como parte civil , como directa perjudicada con la infracción, pues solo así estará obligada por la norma que se invoca (artículo 36 de la Ley 190 de 1995).

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., veintinueve (29) de mayo de mil novecientos noventa y seis (1996).

Magistrado Ponente: Doctor Dídimo Páez Velandia

Aprobada Acta No. 81.

Proceso No. 11664

Vistos

Por apelación legalmente interpuesta y concedida, conoce la Corte la providencia de fecha 15 de febrero del corriente año, por medio de la cual la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, resolvió "RECHAZAR por ilegitimidad en la personería del demandante, la solicitud de constitución de Parte Civil presentada por el abogado Fabio José Liévano Liévano, en representación de la doctora Vistos, Directora Nacional de Administración Judicial", dentro de este asunto seguido contra el doctor Néstor Olinto Quintero Alvarez, ex Juez 25 Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, procesado por el delito de Prevaricato por acción.

Hechos y Actuación Procesal

Dan cuenta los autos que el ciudadano William Rodríguez Abadía, promovió acción de tutela contra el Instituto Nacional de Radio y Televisión "INRAVISION", la que hizo luego extensiva al Ministerio de Defensa, de Justicia y del Derecho, la Policía Nacional "o contra cualquier entidad del gobierno que haya ordenado la publicación de los avisos de televisión y de los panfletos en mención", para la protección de sus derechos fundamentales y los de su familia, orientada a obtener de la judicatura la orden de suspensión definitiva de la transmisión del anuncio por el cual el Gobierno Nacional ofrecía recompensa a quien suministrara información para facilitar la captura de su padre Miguel Rodríguez Orejuela.

Fallada la acción en primera instancia por el Juez 25 Civil del Circuito de esta ciudad mediante sentencia de fecha 5 de julio de 1995 y en forma favorable a las pretensiones del actor, la Unidad de Fiscalías Delegadas ante los Tribunales Superiores de Santafé de Bogotá y Cundinamarca, por auto del 12 de los citados mes y año, inició oficiosamente averiguación preliminar contra el doctor Néstor Quintero Alvarez.

Practicadas algunas diligencias, por auto del 14 de julio de 1995, se abrió la correspondiente investigación penal, siendo escuchado el funcionario en indagatoria el 25 siguiente, y resuelta su situación jurídica mediante proveído de agosto 22 con medida de aseguramiento de detención

preventiva sin beneficio de excarcelación, decisión confirmada por la Unidad de Fiscalías Delegadas ante la Corte el 23 de octubre del mismo año.

Proferida Resolución de Acusación el 6 de enero del corriente año por el delito de prevaricato por acción, las diligencias seguidas contra el doctor Quintero Alvarez fueron remitidas a la Sala Penal del Tribunal Superior de esta ciudad el 17 de los mismos, avocando el conocimiento la Magistrada sustanciadora el 23 siguiente, ordenando a la vez que se surtiera el traslado previsto en el artículo 466 del Código de Procedimiento Penal.

El doctor Fabio José Liévano Liévano, en ejercicio del poder que le otorgara la doctora Tulia Adelaida Ruiz Ruiz en su condición de Directora Nacional de Administración Judicial, el 30 de enero del corriente año presentó demanda de constitución de Parte Civil para dar así cumplimiento a lo previsto en el artículo 36 de la Ley 190 de 1995.

La Providencia Recurrida

Mediante interlocutorio de fecha 15 de febrero último, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá con aclaración de voto de uno de sus integrantes, rechazó por ilegitimidad en la personería del demandante, la solicitud de constitución de parte civil presentada por el profesional del derecho ya citado, al considerar que de acuerdo con lo previsto en el artículo 149 del Código Contencioso Administrativo, el Ministro de Gobierno (hoy del Interior) representa a la Nación en cuanto se relaciona con el Congreso y el de Justicia y el Derecho en lo referente a la Rama Judicial.

Advierte que el artículo 15 del Decreto 2652 de 1991 entre las funciones que le señala al Director Nacional de Administración Judicial, está la de llevar la representación jurídica de la Nación -Consejo Superior de la Judicatura- y suscribir en nombre de ésta, los actos y contratos que deban otorgarse o celebrarse para la ejecución del presupuesto de la Rama Judicial, bajo los términos que señale la mencionada Colegiatura.

Hace referencia el Tribunal a la sentencia C-388 de fecha 1° de septiembre de 1994 de la Corte Constitucional, mediante la cual declaró EXEQUIBLE la parte demandada del artículo 149 del Decreto-ley 01 de 1994 (Código Contencioso Administrativo, es decir, aquella que le otorgó al Ministro de Justicia la representación de la Nación "en lo referente a la rama jurisdiccional".

Concluye el *a quo* que "De lo anterior se desprende que tratándose de actuaciones de los jueces en ejercicio de sus funciones, la Representación de la Nación -Rama Judicial radica en el Ministro de Justicia, es decir que sólo este funcionario podría pretender constituirse en Parte Civil dentro del presente proceso".

La Impugnación

El doctor Liévano Liévano en escrito presentado en la oportunidad legal, manifiesta que "INTERPONGO EL RECURSO DE REPOSICIÓN y subsidiariamente el de APELACION para ante el Superior, a fin de que se REVOQUE y en su lugar se admita la Demanda de constitución de PARTE CIVIL", bajo las siguientes consideraciones:

Afirma la coexistencia de dos disposiciones legales (numeral 4° del artículo 15 del Decreto 2652 de 1991 e inciso 3° del artículo 149 del Código Contencioso Administrativo) que señalan la representación jurídica de la Nación -Rama Judicial- en cabeza del Ministro de Justicia y del Derecho y del Consejo Superior de la Judicatura -Dirección Nacional de Administración Judicial-, por cuanto la Corte Constitucional declaró exequible la parte demandada del inciso 3° del artículo 149 del Decreto Ley 01 de 1984 y el artículo 15 del Decreto 2652 de 1991 no ha sido declarado contrario a la Constitución Política, razón por la cual considera el recurrente que en virtud del mandato del artículo 36 de la Ley 190 de 1995, cualquiera de las dos debe obligatoriamente constituirse parte civil, so pena de las sanciones allí previstas.

Apoyado en la ya referida sentencia de la Corte Constitucional, advierte el recurrente que el Ministro de Justicia y del Derecho no se ha constituido parte civil, tal vez por no habérsele comunicado la existencia del proceso, como tampoco se le comunicó a la Dirección Nacional de Administración Judicial, empero, por ser un hecho de notoriedad pública, acude "sin demora a defender los intereses envilecidos y hollados por uno de sus servidores", precisamente en cumplimiento de la obligación que le impone la preceptiva contenida en el artículo 36 de la Ley 190 de 1995.

Estima el libelista que el Tribunal Superior no puede desconocer la capacidad legal y sustancial que le asiste al Consejo Superior de la Judicatura -Dirección Nacional de Administración Judicial-, para intervenir como parte civil en los procesos que afecten la administración pública y que estén involucrados funcionarios o empleados judiciales, pues dicha facultad se la otorga el Decreto 2652 de 1991 y la ratifica "ahora la ley Estatutaria próxima a ser sancionada".

Finalmente y en forma tangencial, el recurrente pone de presente que en varias ocasiones se le ha negado a la Dirección Nacional de Administración Judicial la posibilidad de constituirse parte civil en las investigaciones por delitos contra la administración pública, acotando que "parecería que existiera una conjura contra el Consejo Superior de la Judicatura", para significar que el Tribunal dió un alcance que no tiene a la sentencia de la Corte Constitucional y de esa forma negarle personería sustantiva para actuar en este proceso.

La Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de esta ciudad, en providencia de fecha 18 de marzo del corriente año, no repuso su pronunciamiento inicial y, por tal razón, concedió el recurso de apelación para ante esta Corporación, en efecto devolutivo. Agotado como se halla el trámite previsto en el artículo 28 de la Ley 81 de 1993, corresponde a la Sala definir si asiste o no razón al recurrente.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1° Este proceso llegó al conocimiento del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, en virtud de la ejecutoria de la Resolución de Acusación proferida por la Unidad de Fiscalías Delegada ante la citada Corporación y el Tribunal Superior de Cundinamarca, contra el doctor Néstor Olinto Quintero Alvarez, por el delito de prevaricato por acción, por actuaciones suyas en su condición de Juez 25 Civil del Circuito de esta ciudad.

Se trata en el presente caso de establecer si el Consejo Superior de la Judicatura -Dirección Nacional de Administración Judicial-, tiene o no legitimidad para constituirse en parte civil en los procesos penales que se adelanten por uno cualquiera de los punibles previstos en el Título III del Libro Segundo del Código Penal, precisamente en cumplimiento de la obligación ineludible que impone el artículo 36 de la Ley 190 de 1995 "a cargo de la persona jurídica de derecho público perjudicada".

2° Es verdad que el artículo 149 del Decreto 01 de 1984 (Código Contencioso Administrativo), específicamente consagra la representación de las Personas de Derecho Público para intervenir como demandantes, demandadas o intervinientes "en los procesos contencioso administrativos, por medio de sus representantes, debidamente acreditados", dándoles la facultad de "incoar todas las acciones previstas en este Código si las circunstancias lo ameritan". (Destaca la Sala).

Así mismo y en forma expresa se refiere a la intervención de la Nación en los procesos contencioso administrativos, representada "por el Ministro, Jefe de Departamento Administrativo, Superintendente, Registrador Nacional del Estado Civil, Procurador o Contralor, según el caso; en general, por persona de mayor jerarquía en la entidad que expidió el acto o produjo el hecho".

En su inciso 3° que fue precisamente objeto de pronunciamiento de la Corte Constitucional en su sentencia No. 388 del 1° de septiembre de 1994, establecía que "Sin embargo, el Ministerio de Gobierno representará a la Nación en cuanto se relacione con el Congreso y el de Justicia en lo referente a la rama jurisdiccional".

En la aludida sentencia se declaró exequible el texto acusado, es decir, lo referente a la representación legal del Ministerio de Justicia y del Derecho en las actuaciones referentes a la Rama Judicial, precisando la Corte:

"A. La función a que se refiere la disposición acusada, consiste, en la capacidad jurídica de un determinado funcionario público, que en especial es el jefe superior de un sector de la administración pública central y nacional, para obrar como demandante o interviniente y para ejercer con la debida legitimidad la representación judicial de la Nación en los procesos contencioso administrativos en los que se actúe, en las mencionadas condiciones, lo cual, dentro de un régimen político unitario y uniforme, centralista y presidencialista, como el que había sido diseñado bajo el amparo de las disposiciónes de la Carta Política de 1886, bien podía ser definido por la ley con carácter general y uniforme, y ser atribuido a uno o varios funcionarios de la Rama Ejecutiva del Poder, o a una o varias dependencias de la Administración. En efecto bajo el régimen constitucional anterior, la representación judicial de la Nación -Rama Judicial correspondía, en las mencionadas actuaciones judiciales al Ministro de Justicia pues las ramas del poder, aunque separadas orgánicamente, colaboraban para la realización de los fines del Estado, y a la Rama Ejecutiva correspondía la de administrar los recursos presupuestales, materiales, económicos, de las restantes, mientras que a los jueces sólo se les permitía administrar justicia. Empero, esa no es la situación actual, ni es el sentido de las cosas impuesto por el constituyente de 1991".

"B. Corresponde determinar si dentro de un régimen político unitario pero complejo, pluralista y descentralizado como el diseñado por el Constituyente de 1991, en que se introducen elementos nuevos como la existencia de otros órganos autónomos e independientes, además de varios órganos de control con sus especialidades, y sometidos a principios parciales y a reglas propias de carácter constitucional y de eficacia inmediata, y en las que, como de modo especial, a la Rama Judicial se le cualifica con términos que le aseguran independencia, autonomía y desconcentración, resulta conforme a la Constitución Política una disposición en la que se atribuye la representación judicial de la Nación - Rama Judicial a un agente de la Rama Ejecutiva, o si el legislador es el competente para definir ese punto para optar, dentro de los límites constitucionales, por una u otra solución, y asignar atribución al Consejo Superior de la Judicatura o a un agente suyo, o mantener un sistema dual como el que se desprende de una interpretación sistemática de las mencionadas disposiciones, en que de una parte el Ministro de Justicia como jefe superior de la Administración Nacional representa a la Nación en las controversias contencioso administrativas por actuaciones de funcionarios y empleados de la Rama Judicial y por otra el Consejo Superior de la Judicatura tiene la representación jurídica de la Nación para los efectos contractuales y administrativos que corresponden a su naturaleza."

"C. En el asunto que se resuelve, se cuestiona la constitucionalidad de una disposición de rango legal expedida bajo la vigencia de la anterior Constitución y que establece que en todo caso la representación judicial

de la Nación en los asuntos contencioso administrativos, corresponde al Ministro de Justicia; además, al respecto se plantea por los intervinientes la posibilidad de pronunciamiento inhibitorio de la Corte bajo el entendido de la derogatoria de la parte acusada del artículo 149 del Decreto 01 de 1984 por lo dispuesto en el numeral 4° del artículo 15 del Decreto 2652 de 1991".

"De modo preliminar, y para absolver el cuestionamiento que se resume sobre la aparente derogatoria, se advierte que, con vigencia de la nueva Constitución y con la expedición del citado Decreto 2652 de 1991, en nuestro ordenamiento jurídico se ha producido un fenómeno de modificación implícita y parcial de la norma acusada que, ciertamente, no produce su retiro del ordenamiento jurídico y, apenas, reduce su alcance material y objetivo, pues el numeral 4° del artículo 15 del Decreto 2652 de 1991, se ocupa solo de la representación jurídica de la Rama Judicial en sus aspectos administrativos y de gestión económica y contractual relativos al Consejo Superior de la Judicatura y sus organismos integrantes" (negrillas fuera de texto).

Y Concluye:

"F. Así las cosas, esta Corporación encuentra que la definición de la entidad encargada de ejercer la representación judicial de la Rama Judicial en los asuntos contencioso administrativos, es competencia del legislador, respetando, desde luego, las mencionadas características de autonomía, independencia y desconcentración que rodean a la administración de justicia, según los términos empleados por el Constituyente en el artículo 228, y así lo dispuso cuando en el Decreto 2652 de 1991 decidió entregarle al Consejo Superior de la Judicatura la mencionada modalidad de representación jurídica; además, la existencia del Consejo y la definición legal de sus funciones administrativas especializadas, es otro elemento normativo que permite concluir que la modalidad de representación "jurídica" puede corresponder de una parte al citado organismo de autogobierno y de administración de la Rama Judicial cuando se trate de asuntos relacionados con su gestión y funciones constitucionales y, de otra, al gobierno nacional a través del Ministro de Justicia cuando se trate de asuntos que comprometen el presupuesto de la Nación por los hechos y por las actuaciones de los jueces. Por ello no se produce ningún fenómeno de derogatoria entre el aparte acusado del artículo 149 del Decreto 01 de 1984 y el numeral 4° del artículo 15 del Decreto 2652 de 1991, sino apenas un fenómeno jurídico de modificación parcial del primero por el segundo, en el que se contrae el objeto de aquél, que es el acusado en esta oportunidad y la representación de los intereses de la Nación por los hechos, actos y actuaciones de los jueces, mientras que en este se dispuso la representación jurídica de la Nación por todos los Actos del Consejo Superior de la Judicatura, siempre que estén relacionados con las funciones constitucionales que le son atribuidas para la gestión de los comet-

dos económicos, contractuales y presupuestales de la Rama Judicial." (Mag. Ponente Dr. Fabio Morón Díaz)" (Subraya de Salat.

3° Ante el conflicto presentado en este asunto, sobre cuál de las dos personas jurídicas de derecho público debe constituírse parte civil en virtud del mandato contenido en el artículo 36 de la Ley 190 de 1995, ha de decirse que aquél solo existe en apariencia, ya que la aplicación de la norma no resulta en todos los casos imperiosa o ineludible, y menos ahora con la expedición de la Ley 270 de 1996.

Con la expedición de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, la interpretación que hiciera la Corte Constitucional de los artículos 149 del Decreto 01 de 1984 y 4° del Decreto 2652 de 1991 no tiene vigencia, por cuanto dicho ordenamiento posterior al fallo de control de constitucionalidad citado, derogó ambos preceptos en forma implícita, pues al crear la figura de la Dirección Nacional de la Administración de Justicia y señalarle dentro de sus competencias autónomas la de "Representar a la Nación -Rama Judicial- en los procesos judiciales" (artículo 99-8), sin distinción o condicionamiento alguno, ciertamente zanjó el problema de la duplicidad en dicha representación, planteado en el fallo comentado.

Hoy, pues, el artículo 99 de la Ley 270 de 1996 (Estatutaria de la Administración de Justicia), determina en forma inequívoca las funciones del Director Ejecutivo de Administración Judicial, dándole en forma expresa la representación de la Nación Rama Judicial "en los procesos judiciales", con la facultad de constituír apoderados especiales, desde luego, sin consideración a la naturaleza del asunto, disposición que fue hallada conforme a la Carta Política por la Corte Constitucional en su sentencia de revisión previa, sin que haya hecho glosa alguna o condicionado su contenido. Entonces, siendo la Ley Estatutaria de mayor jerarquía que las disposiciones objeto de pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional, es claro que estas últimas han sido derogadas, quedando exclusivamente vigente el artículo 99 de la Ley 270 de 1996, se reitera, que le otorga a la Dirección Nacional de Administración Judicial la facultad para representar a la Nación en todos los procesos judiciales.

4° Ahora bien: el artículo 36 de la Ley 190 de 1995, establece que "En todo proceso por delito contra la administración pública, será obligatoria la constitución de parte civil a cargo de la persona jurídica de derecho público perjudicada", es decir, que la preceptiva no deja, ni podía dejar de lado a personas jurídicas distintas a las del orden nacional, como lo son los departamentos y municipios, entre otras, pues lo que el legislador quiso fue imponer una obligación a aquellas que hubiesen recibido un perjuicio con el hecho punible.

Entonces, no siempre la persona jurídica de derecho público que representa a la Nación como se quiere hacer ver, debe ineludiblemente

constituírse parte civil en el proceso penal, pues son dos las condiciones que emanan del precepto. La primera, que la investigación penal verse sobre conducta punible de las descritas en el Libro Segundo, Título III del Código Penal, es decir, "Delitos contra la Administración Pública" y, la segunda, que sea perjudicada con la infracción.

Ello guarda perfecta armonía con lo preceptuado en el artículo 104 del Código Penal, que determina como titulares de la acción indemnizatoria, exclusivamente a las personas naturales o jurídicas "perjudicadas por el hecho punible.", así como también con el artículo 43 del Código de Procedimiento Penal que señala como titulares de la acción civil para el resarcimiento de daños y perjuicios causados por el hecho punible, ante la jurisdicción civil o dentro del proceso penal, las personas naturales o jurídicas perjudicadas, o ejercida por el Ministerio Público o por el actor popular, entratándose de daños o perjuicios colectivos.

5ª Para el caso concreto, no basta entonces que el libelista afirme en su demanda que el doctor Quintero Alvarez con su conducta generó un perjuicio patrimonial a la "La Nación - Rama Judicial - Consejo Superior de la Judicatura", ni que de ella es fácil deducir que "causó lamentables y graves perjuicios a la Administración Pública". Tampoco que los perjuicios materiales deben ser establecidos por peritos, y los morales que "aunque son incalculables" deben ser señalados por la misma vía, pero que en principio lo son en la cuantía señalada en el artículo 106 del Código Penal.

Corresponde en cada caso concreto, a quien pretenda constituírse en parte civil, en primer término precisar el daño o perjuicio y seguidamente, presentar una aproximada apreciación del monto de los mismos causados con la infracción (numeral 5 del artículo 46 del Código de Procedimiento Penal), es decir, por un daño real, no hipotético, aun cuando no pueda ser valorable pecuniariamente, ya que el juez en ejercicio de la facultad que le otorgan los artículos 106 y 107 del Código Penal, puede determinarlos prudencialmente en gramos oro, teniendo en cuenta la modalidad de la infracción, las condiciones de la persona ofendida (ocupación habitual, la supresión o merma de su capacidad productiva, gastos ocasionados por razón del hecho punible), la naturaleza y consecuencias del agravio sufrido, etc.

En tratándose de una persona de derecho público como aquí acontece, se debe igualmente presentar los fundamentos jurídicos en que se basa su pretensión, esto es, su interés para ser admitida como parte civil, como directa perjudicada con la infracción, pues solo así estará obligada por la norma que se invoca (artículo 36 de la Ley 190 de 1995).

Así las cosas, para la Corte es claro que frente al delito que se le imputa al doctor Néstor Olinto Quintero Alvarez en razón del ejercicio de su funciones de Juez Constitucional al decidir una acción de tutela, ningún

perjuicio de orden material y menos uno referido al "pretium doloris" ha recibido la Rama Judicial cuya indemnización pueda ser reclamada dentro del proceso penal por el Consejo Superior de la Judicatura, como persona jurídica de derecho público perjudicada, razón por la cual bien hizo el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá en rechazar la demanda presentada por el abogado que actúa a nombre de aquella entidad, aun cuando no por la razón plasmada en la providencia impugnada, sino por carencia de daño real exigible; sin que ello constituya "una conjura contra el Consejo Superior de la Judicatura, ni decisión arbitraria tendiente a impedir el cumplimiento de un deber legal (artículo 36 de la Ley 190 de 1995)", como erradamente lo sostiene el profesional recurrente. La constitución de parte civil en manera alguna puede resultar imperiosa e ineludible para quien representa a la Nación en los procesos judiciales, al tenor de lo estatuído en el artículo 99 de la Ley 270 de 1996.

En mérito de lo expuesto la *Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal*, CONFIRMA, con la aclaración precedente, la providencia mediante la cual la Sala Penal del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, RECHAZO por ilegitimidad en la personería de la demandante, la solicitud de constitución de Parte Civil presentada por el abogado doctor Fabio José Liévano Liévano en su nombre.

Vuelvan las diligencias al Tribunal de origen y cúmplase.

Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

EXCARCELACION

Al concebirse en la legislación procesal penal colombiana la excarcelación como un derecho y no como un simple beneficio de concesión graciosa, obliga al funcionario judicial tanto atender su reconocimiento con fundamentó en una solicitud expresa de parte interesada, como su oficiosa concesión, siempre que encuentre que la situación del agraciado encuadra dentro de alguna de las causales que la ley señala para hacerla efectiva, salvo, claro está, que en el concreto caso esa libertad esté condicionada o restringida en su otorgamiento a una particular y privativa autoridad y momento que la misma normatividad señale, tal cual sucede, por vía de ejemplo, con la causal 8a. del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal, que solo hace procedente el derecho si el reintegro en el peculado se verifica antes del fallo de primera instancia y no después.

Bajo aquella causal (numeral 4o. artículo 415 C. de P.P.) se materializa un condicionamiento que no le permite al funcionario automatizar la orden de excarcelación, pues es de su cargo consultar si había mediado en el comportamiento del procesado o de su defensor alguna causa dilatoria incidente en el desconocimiento de los términos, porque en tal caso la libertad se haría improcedente (inciso del numeral 4o., artículo 415 del C. de P.P.).

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá,D.C. treinta (30) de mayo de mil novecientos noventa y seis (1996).

Magistrado Ponente: Doctor *Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado Acta No.82

Proceso No. 10224

VISTOS

Cumplidos los trámites propios de la instancia, procede la Corte a fallar la causa seguida en contra del doctor José Ascanio Iván Peñas Guerra, a quien como Fiscal del Tribunal Superior de Cartagena, acusa la Vicefiscalía General de la Nación como responsable de un delito de prolongación ilícita de la privación de libertad.

ANTECEDENTES

1. Ante la Fiscalía 36 seccional de Cartagena se adelantó un proceso por los delitos de homicidio en la persona de Miller Manuel Martínez Moncary y porte ilegal de arma de fuego, cuya calificación de fondo implicó la acusación de Donald Coa Ubaque y preclusión respecto de los cosindicados Vidael Chiquillo Gómez y Eberto Rodríguez Chiquillo.

Inconforme con esta determinación, el señor representante de la parte civil la recurrió en alzada, correspondiendo su revisión por parte de la Fiscalía Delegada ante el respectivo Tribunal Superior al doctor José Ascanio Iván Peñas Guerra, quien mediante providencia del 24 de enero de 1994 la revocó a fin de que el funcionario *a quo* se pronunciara en relación con todos los delitos materia de la investigación, en cuanto la acusación había cubierto exclusivamente el cargo de homicidio, pero omitió la valoración del porte ilegal de arma de fuego.

2.- Considerando que las determinaciones favorables a los procesados constituían delitos de prevaricato por acción y omisión, el abogado Jorge David Sabbag Díaz optó por denunciar a los Fiscales que en primera y en segunda instancia habían conocido del homicidio de Martínez Moncary, queja que dio lugar a la iniciación de instrucción penal por parte de la Vicefiscalía General de la Nación respecto el doctor Peñas según providencia del 18 de febrero de 1994, que a su vez dispuso la expedición de copias para investigar por separado a los señores Fiscales de primera instancia.

Surtida la vinculación procesal del imputado y allegados al proceso los medios probatorios que se hallaron pertinentes, mediante providencia del 8 de abril siguiente se decretó medida de aseguramiento de detención preventiva con excarcelación en contra del doctor José Ascanio Iván Peñas por el delito de prevaricato por acción, y el 27 de julio se declaró cerrada la instrucción.

No obstante, como al entrar a valorar de fondo el sumario, halló el funcionario que la medida de aseguramiento estaba concretando apenas un cargo de prevaricato pero omitía pronunciamiento en relación con la posible prolongación ilegal de la privación de libertad respecto de Donaldo Coa Ubaque, en interlocutorio de octubre 10 de 1994 invalidó lo actuado a partir, inclusive, del auto que clausuró la etapa instructiva, y en providencia posterior (primero de noviembre) entró a complementar el auto detentivo con inclusión de los dos delitos, dejando en firme la excarcelación.

Repuesto de este modo el procedimiento, el 16 de enero de 1995 produjo la Vicefiscalía la calificación de fondo del sumario, entrando a precluir la instrucción frente al delito de prevaricato por acción, pero acusando al ex-Fiscal doctor José Ascanio Iván Peñas "como presunto autor responsa-

ble del punible definido en el Código Penal. Libro II, Título X, Capítulo II.", sustituyendo la medida de aseguramiento de detención por la de conminación y decretando el embargo y secuestro preventivo sobre la suma depositada con carácter de caución para garantizar la eventual indemnización de los perjuicios.

3.- Recibidas las diligencias en la Corte para el rito de la causa, dentro del término que indica el artículo 446 del Código de Procedimiento Penal solicitó la defensa la anulación del trámite surtido considerando que no se interrogó al procesado sobre la integridad de los hechos que concreta el auto acusatorio. La Sala, sin embargo, desestimó la invalidación pedida, y en su lugar dio paso para a la celebración de la diligencia de audiencia, antecedente inmediato del fallo que se anuncia.

LAS PRUEBAS

Debidamente se acreditó el ejercicio del cargo de Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior de Cartagena en el doctor Peñas Guerra, demostración que emana de los documentos que contienen su actuación ahora reprochada, como particularmente de las copias de la Resolución sobre su nombramiento y el acta respectiva sobre su posesión -fs.146 y 147 , lo que de otro aspecto corrobora su aforamiento ante la Corte (art. 68-9 del Código de Procedimiento Penal).

En relación con la ocurrencia de los hechos se aportaron a esta actuación desde un inicio las copias pertinentes y autenticadas del proceso seguido ante la Unidad Especial de Vida de la Fiscalía Seccional de Cartagena -cuaderno de anexos-, de las cuales merece destacar para los fines que a este proceso interesan, que en contra del individuo Donal Coa Ubaque se había librado orden de captura para que respondiera por la muerte de Miller Martínez Moncarys, la que se hizo efectiva el 26 de junio de 1993 -folio 47-, y luego de verificar la diligencia de injurada medió para el decreto de la medida de detención de julio 6 de ese mismo año, lo que permite inferir que cuando el procesado doctor Peñas Guerra profirió su decisión invalidatoria aquí controvertida, el para entonces procesado por el delito de homicidio llevaba bajo detención más de 200 días.

También de interés para este asunto es pertinente resaltar que al proferir la resolución de acusación adversa a Coa Ubaque el 16 de noviembre de 1993 -folio 256 se le mantuvo la medida de aseguramiento, y que en ningún momento de allí hasta el pronunciamiento del doctor José Ascanio Iván Peñas llegó a solicitarse la excarcelación de aquel procesado, como tampoco, luego de regresar el expediente a la Fiscalía de primera instancia, llegó a modificarse esa situación, porque los duplicados allegados cubren la actuación hasta el pronunciamiento del 26 de enero de 1994 suscrito por el Fiscal 30 de la Unidad Especializada de Vida de Cartagena, mediante el cual revoca el auto de cierre de la investigación, la

cierra de nuevo parcialmente en cuanto al cargo de homicidio y dispone la expedición de copias para seguir por separado lo pertinente al cargo de porte ilegal de armas, auto que aún al día siguiente se notifica a Coa Ubaque en su reclusión.

Es más: tal situación resulta ratificada tanto por el cubrimiento de una diligencia de inspección verificada sobre el citado expediente y que incorpora en copia el nuevo auto calificatorio de primera instancia del 22 de febrero de 1994 que nuevamente se ve notificado al procesado señor Coa en su reclusión en esa misma fecha, como de una certificación que adjunta la defensa y dentro de la cual se hace notorio que todavía al revisar y confirmar esa resolución de acusación en la segunda instancia el implicado permanecía en detención en la Cárcel de Ternera " en forma continua e ininterrumpida" desde su captura.

Si bien estos mismos hechos se dieron en traslado para su averiguación disciplinaria, lo cierto es que nunca redundaron en un reproche de ese carácter en contra del aquí aforado y en relación con las versiones recibidas en ampliación al denunciante doctor Jorge David Sabbag Díaz -folios 45 y 137, es lo cabal que más allá de su inconformidad y discusión frente a las razones que fundamentan la decisión judicial ampliamente conocida, ningún reparo adiciona que ensombrezca la actuación del ex-Fiscal doctor Peñas en relación con su actividad cumplida en este proceso, limitándose a reclamar porque al revocar la decisión calificatoria de primera instancia, abría la posibilidad de que quedara libre el único procesado detenido, luego de que el propio doctor Sabbagh había advertido que los abogados defensores venían dilatando los términos de la instrucción.

Es interesante observar que la explicación principal del inconforme respecto de la razón de su denuncia la cifra en la necesidad de salvar su responsabilidad ante sus clientes frente al curso que adoptaba la actuación, resaltando textualmente como aparece al folio 137 que respecto de la honorabilidad del Doctor Peñas tenía "muy buenas referencias", lo que reitera al folio siguiente insistiendo en que sobre este funcionario "siempre" ha tenido "las mejores referencias, tanto profesional como personalmente".

El procesado doctor José Ascanio Iván Peñas precisó que su experiencia en materia judicial remite al año de 1977 ocupando diferentes cargos de subalterno y funcionario hasta el de Fiscal ante el Tribunal, y en relación con su explicación sobre los hechos dice primeramente al cargo de prevaricato -folio 27- que su auto en la segunda instancia se inspiró tan solo en las razones y motivos que le indicaban sus conocimientos y en análisis jurídico del caso, afirmando que a la opción de la revocación que no a una adición o reforma del auto calificatorio se inclinó inclusive por seguir las pautas doctrinales.

Y cuando la imputación varió para indagar sobre las consecuencias que en la liberación del procesado podía tener ese pronunciamiento, con espontaneidad adujo defendiéndose aún de aquella imputación primera de apartamiento frontal de los preceptos -folio 126 y ss.- lo que a su texto se transcribe:

«...*cuando el proceso que generó la presente investigación llegó a mi despacho, ya el sindicado Coa Ubaque tenía derecho a la libertad provisional por vencimiento de términos habida consideración de que la resolución de acusación no estaba ejecutoriada. Que la defensa no la hubiese solicitado es otra cosa. Pero hay algo más y es que ni siquiera con la revocación de la providencia reclamada el procesado Coa Ubaque ha recobrado su libertad y tanto es así que sigue detenido...*»

Y más adelante él mismo se preguntaría: "Qué beneficio obtuvo Coa Ubaque con mi decisión?" entrando a contestar que cuando no existe conciencia de un actuar ilícito como sucedía en su caso no podía darse el prevaricato, explicaciones que todavía complementó a preguntas concretas en el acto de la vista pública, donde admitió saber que ante el derecho a la excarcelación lo viable era su reconocimiento oficioso, sin esperar alguna petición de parte, que en el caso de la especie sólo mucho después de su pronunciamiento vino a recapacitar en relación con esa consecuencia.

«*Yo en ese momento -explica- no tuve en cuenta realmente, o sea, no era para mí lo que tenía como visión esencial en ese momento para resolver, no había tenido en cuenta la cuestión de la libertad del proceso, sino únicamente que un sicario que con su actuación, su actividad había lesionado un bien social de tanta importancia como es la vida humana, pues la idea que tuve fue de adicionar el delito que posteriormente aparece como porte ilegal de arma de defensa personal y esa fue pues la intención realmente que me ocupó en ese momento, en una forma que hoy lamento, realmente no tuve en cuenta esa situación.*»

Los Cargos

Ya se ha visto que la imputación original, tomada del texto y las inconformidades que plasma la denuncia, se encaminó a reprocharle al procesado la comisión de un delito de prevaricato, en cuanto aparecía que la revocatoria de la calificación adoptada en primer grado era legalmente incorrecta.

No obstante esta primera apreciación, ya con motivo de la adición verificada al auto que definió la situación provisional se dijo que paralelamente con el prevaricato se veía una prolongación ilícita de la privación de libertad del procesado, porque si para aquel 24 de enero Donald Coa superaba los ciento ochenta días detenido, se hacía forzosa su excarcela-

ción aún por vía oficiosa a consecuencia de la revocación de la calificación que decretaba la segunda instancia. Así se razonó en aquella providencia:

«El Fiscal Peñas Guerra consciente de que el sindicado Donal Coa Ubaque ante la tenuidad de la Acción del Estado se hizo merecedor al beneficio de la libertad provisional contemplado en el numeral 4 del art. 415 del Código de Procedimiento Penal (lo afirmó en su injurada), no se pronunció al respecto, prolongando ilícitamente la privación de la libertad del mencionado sindicado y trasladó a la defensa la obligación de solicitar la libertad; siendo éste un derecho fundamental que debe ser protegido y reconocido por el Estado...»

Ya con motivo de la calificación de fondo, el examen general del caso por el Señor Vicefiscal lo condujo a conclusiones diferentes: en relación con el delito de prevaricato, insistió en que las facultades que le asistían al ex-funcionario con la prevalencia de normas rectoras, las definía el artículo 13 del Código de Procedimiento Penal, obligándole a "corregir los actos irregulares por parte del funcionario, obviamente con sujeción al respeto por los derechos y garantías fundamentales...". No obstante, desde la providencia proferida y luego en sus intervenciones procesales, el doctor Peñas dejó ver que había asumido un criterio de interpretación apoyado en fuentes doctrinales que claramente desdibujaba el dolo, de modo que no podía imputársele un delito de prevaricato, cuando este sólo se sanciona en su modalidad dolosa. Con tal razonamiento, la determinación no era otra que la de precluir la instrucción favoreciendo por este aspecto al procesado.

Pero en cuanto atañe con la infracción al artículo 273 del Código de Procedimiento Penal, consideró presente tanto la prueba de materialidad de la infracción como aquella relacionada con el dolo, y fue así como del análisis de las pruebas que acreditaban el tiempo de la detención, las consecuencias de la decisión del imputado como funcionario *ad quem* y la causal de excarcelación prevista en el artículo 415-4 del Código de Procedimiento Penal razonó que si Donald Coa

«...se hizo merecedor al beneficio de la libertad provisional habida consideración a que para ese entonces ya se habían vencido los ciento ochenta días con que contaba el Fiscal Instructor para calificar el mérito del sumario...

...la conducta desplegada por el Doctor José Ascanio Iván Peñas Guerra, Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior de Cartagena al no conceder el beneficio de la libertad provisional a que tenía derecho Donald Coa Ubaque, en las circunstancias ya analizadas, se adecúa al tipo penal contemplado en el artículo 273 de nuestro estatuto de penas denominado «PROLONGACION ILICITA DE LA PRIVACION DE LA LIBERTAD».

Por este cargo obra la acusación en contra del aforado.

La Audiencia Pública

Luego de interrogar al procesado quien resaltó su vocación por la justicia y la bondad de sus antecedentes, suministrando las explicaciones que sobre el cargo quedaron ya advertidas, hizo su intervención pública el señor Vicefiscal General de la Nación para solicitarle a la Corte un fallo de condena como consecuencia de la reafirmación del cargo que endilga al procesado.

A juicio de quien acusa, los hechos sobre los cuales halla sustento el enjuiciamiento se encuentran demostrados, y tanto de ellos como de las normas que colige, emerge que el doctor Peñas tenía el deber de liberar al detenido Coa Ubaque al dejar sin piso la providencia calificatoria, así que al demostrarse el incumplimiento respecto de ese deber funcional se tienen acreditados los elementos constitutivos de la infracción de que se trata.

Haciendo un nuevo recuento de la actuación procesal recuerda la argumentación bajo la cual se precluyó el cargo de prevaricato, y resaltando las excusas dadas por el procesado en relación con ese comportamiento infiere la demostración del dolo por las contradicciones que vislumbra, pues al respecto nota que para eludir el cargo de prevaricato el acusado dijo que su determinación no estaba encaminada a liberar al sindicado Coa quien al efecto permanecía aún detenido, pero cuando se le lleva a responder por la omisión de esa excarcelación, ya lo que dice es que inadvirtió las consecuencias de la revocatoria.

De regreso hacia el delito contra la administración pública vuelve a explicar el acusador el por qué de la preclusión adoptada en favor del procesado, y retomando el hilo de su argumentación sobre el tema de la prolongación ilícita de la privación de libertad remata resaltando la trascendencia de la libertad individual en un Estado de Derecho y la laxativa reglamentación que impera para viabilidad de ese derecho que en nuestro ordenamiento constituye la norma y no la excepción, y cuyo desconocimiento resulta precisamente sancionable mediante la disposición cuya vulneración se imputa al acusado. Acreditados a su juicio los extremos que cimentan el fallo de condena, con él se pide proceder en consecuencia por parte de la Sala.

El Señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal justificó su intervención en la audiencia por el marcado interés público que refleja la presente controversia, pero a diferencia de la Viceliscalía, estima y así lo solicita, se entre a proveer un fallo absolutorio. Tras un breve recuento de la actuación procesal, parte su alegación de la expresión primera del procesado relacionada con la no liberación de Coa Ubaque pese a la revocación del auto calificatorio, pero para expresar que en su criterio esas pala-

bras no pueden ser interpretadas como una paladina confesión de la arbitraria detención que le prolongaba al para entonces detenido, sino que acogidas dentro de aquel contexto en que se vierten, mal pueden desvincularse de la medida de aseguramiento que ya para ese instante padecía el encartado y frente de la cual necesitaba dar explicaciones, lo que precisamente explica la modificación en el criterio del funcionario instructor, que a raíz de entonces ya no insistió en el prevaricato sino que reprochó la no liberación del procesado.

Analizando, entonces, los elementos del tipo frente a la verdad probada, halla un primer motivo para controvertir el cargo porque a la decisión tomada por el procesado no se siguió un tiempo que indicara entrabamiento alguno o tardanza en la actuación, pues de inmediato devolvió las diligencias al funcionario de primera instancia para que repusiera el auto infirmado, y fué así como dos días luego de la revocatoria, ya el Fiscal de primera instancia había repuesto el auto de cierre instructivo para facilitar de nuevo la calificación de fondo. Por otra parte, en contra del ciudadano Donald Coa existía para ese 24 de enero una válida medida detentiva, y ella imponía examinar si a partir de entonces continuarían vigentes las condiciones que prolongaban su vigencia.

Excarcelar, siguiendo los criterios de la jurisprudencia, comporta un concepto genérico y amplio en el campo del derecho, pero ya remitida al ámbito del hoy artículo 415 del Código de Procedimiento Penal restringe sus propias características y peculiaridades, como parece haberlo interpretado el exfiscal acusado cuando advirtió que la defensa no presentó solicitud alguna a ese respecto, entendimiento que para el Ministerio Público no puede ser descabellado cuando en el penúltimo inciso del ya citado precepto 415 se dice que "El funcionario deberá decidir sobre la solicitud de la libertad en un máximo de tres días".

Sin que de lo anterior quiera significar que la excarcelación deba quedar supeditada a un pedimento, tampoco quiere la Procuraduría desestimar aquel entendimiento hecho por el procesado cuando sostiene no haber tomado en cuenta la excarcelación por no constituir el tema de su decisión, aspecto que no le contradice el expediente, pero que torna a la reprobación de su conducta bajo la explicación de un comportamiento negligente o descuidado en el examen de la situación, lo que asoma con claridad en la motivación del auto por él proferido en la instancia. Pero ...

«Si el doctor Peñas Guerra fue descuidado en el análisis particular de la *situación, si no se puede deducir del expediente prueba alguna de que tuviera intención de prolongar ilícitamente la privación de la libertad de Coa Ubaque...» la Fiscalía considera "...que no existe en realidad conducta típica por la cual se le formuló resolución de acusación al doctor José Ascanio Peñas Guerra y en consecuencia debe procederse a la absolución..."*

La intervención oral del Ministerio Público termina haciéndole una observación de incongruencia a la argumentación de la Viceficalía, por-

que si a juicio de esa dependencia el doctor Peñas Guerra violó el artículo 273 del Código Penal, con la misma razón debió ordenar que se investigara al Fiscal *a quo* porque tampoco en auto de enero 26 reconoció la excarcelación que se ha considerado obligante.

Haciendo uso de su derecho a la intervención oral, el acusado se limitó a insistir en que sus dos versiones rendidas en indagatoria debían entenderse en medio de las circunstancias procesales que las habían motivado, porque cuando rindió su explicación primera su preocupación estaba radicando apenas en deshacer el cargo de prevaricato activo, sin que allí siquiera hubiese percibido la consecuencia que hacia la excarcelación del procesado asomaba, pero al responder frente al segundo interrogatorio ya su conciencia era clara en relación con la connotación que hoy responde, frente a la cual se explicó naturalmente.

La intervención final de la defensa, encaminada a la absolución del procesado, se ciñe con exclusividad al cargo de la causa, y sobre él inicia por precisar que no toda causal de excarcelación resulta de obligado reconocimiento oficioso bajo la sola vista de factores objetivos, pues como reiteradamente lo afirma la jurisprudencia en relación con la segunda, es menester que al transcurso del tiempo se le añadan otras razones complementarias que de faltar harían la libertad inoperante.

Tal es el caso de la advertencia normativa que en el caso de maniobras o mecanismos dilatorios, traban la concesión del beneficio, muy a pesar del tiempo transcurrido, y ese a su juicio era un factor que para el caso examinado debía considerarse, porque la parte civil, así lo hubiese hecho con la razón o sin ella, había advertido ya en el expediente que la instrucción se estaba dilatando por un manejo defensivo.

En este punto su alegación concuerda con las razones de la Procuraduría Delegada, para aducir que la oficiosidad sería inexcusable de frente a las causales excarcelatorias meramente objetivas, pero no así cuando a aquellos factores hay otros que se añaden y por lo mismo hacen implícita una solicitud o iniciativa de la parte. En estos casos, si a juicio del funcionario no está presente el requisito de orden subjetivo, no es siquiera necesario que haya de su parte un pronunciamiento expreso negatorio.

Volviendo, sin embargo, a las excusas de su representado, halla el defensor sustento a la explicación de inadvertencia de la liberación del procesado, viendo la argumentación del auto de enero 24, hecho que le permite coincidir con la presentación del Procurador en cuanto de esa inequívoca razón asoma la inexistencia de una intención contraria a la aplicación de la norma conocida, de modo que si la actividad que asoma es la negligente, tendrá que favorecerse al doctor Peñas con un fallo absolutorio, dado que el legislador no tipifica la prolongación ilícita de la de-

tención sino exclusivamente en la modalidad dolosa, ajena al caso examinado.

Consideraciones de la Sala

1.- El cargo bajo el cual se radicó al acusado en juicio se concreta exclusivamente al delito de prolongación ilícita de la privación de la libertad del individuo Donald Coa Ubaque, siendo frente a él deducida la responsabilidad del Fiscal ante el Tribunal de Cartagena doctor José Ascanio Iván Peñas Guerra porque al conocer de la segunda instancia motivada por la apelación de la resolución de acusación que a aquel individuo afectaba, pese a revocarla tras encontrar que la calificación de fondo había sido incompleta, no hizo un pronunciamiento oficioso en relación con la excarcelación del imputado, quien como consecuencia de esa invalidación recobraría su libertad.

2.- En relación con la infracción que en estas diligencias se impula, precisó esta Sala de la Corte mediante providencia del 16 de julio de 1981, con ponencia del Magistrado doctor Alfonso Reyes Echandía, que ...

«*1.- El tipo de detención arbitraria -fundamentalmente idéntico en los Códigos Penales de 1936 y 1980- es de sujeto activo cualificado, como que el actor ha de tener la categoría jurídica de funcionario público o empleado oficial, busca tutelar el preciado interés de la libertad personal de locomoción y de aquellas otras que le son anejas, y se materializa cuando, con abuso de sus funciones, es decir, con arbitraria o ilegal determinación, el agente priva de su libertad a una persona mediante captura, retención, detención o encarcelamiento -la concreta denominación del hecho no interesa- cualquiera sea el lugar donde se realice la limitación temporal del bien jurídico afectado.*

2.- El delito de prolongación indebida de la detención (artículo 296 del Código Penal anterior) o de prolongación ilícita de privación de la libertad, como lo denomina el Nuevo Código Penal (artículo 273) no es un mera extensión del precedente, ya que la detención arbitraria se consuma desde el momento mismo en que se prive de la libertad a una persona e independientemente del lapso durante el cual se prolongue tal situación; trátase, en cambio, de un encarcelamiento lícito ab initio, que se transforma en ilícito cuando el actor extiende la privación de libertad del afectado más allá del término legalmente permitido, sin razón jurídicamente valedera.»

3.- Las pruebas allegadas a este diligenciamiento enseñan que el acusado detentaba para la época de los hechos el cargo de Fiscal ante el Tribunal Superior de Cartagena cuando le correspondió conocer de la alzada interpuesta en contra de la resolución de acusación que afectaba al ciudadano Donald Coa, y por lo mismo, que entre sus funciones de servidor público estaba la de resolver tanto sobre el motivo principal de la

apelación, como -en principio- respecto de la libertad que pudiera derivar para el procesado.

Lo anterior, porque al concebirse en la legislación procesal penal colombiana la excarcelación como un derecho y no como un simple beneficio de concesión graciosa, obliga al funcionario judicial tanto atender su reconocimiento con fundamento en una solicitud expresa de parte interesada, como su oficiosa concesión, siempre que encuentre que la situación del agraciado encuadra dentro de alguna de las causales que la ley señala para hacerla efectiva, salvo, claro está, que en el concreto caso esa libertad esté condicionada o restringida en su otorgamiento a una particular y privativa autoridad y momento que la misma normatividad señale, tal cual sucede, por vía de ejemplo, con la causal 8a. del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal, que sólo hace procedente el derecho si el reintegro en el peculado se verifica antes del fallo de primera instancia y no después.

En el caso que se presenta al estudio de la Sala, la excarcelación que beneficiaría al procesado Coa Ubaque se infiere por haber superado en detención efectiva los 200 días sin que hubiese quedado en firme la resolución de acusación, porque al pronunciar el doctor Peñas Guerra la decisión de segundo grado, dejaba las diligencias sin una calificación vigente, siendo el único privado de su libertad el susodicho señor Donald Coa.

Desde esta perspectiva y al menos objetivamente y en principio, habría que reconocer la reprochable omisión del funcionario *ad quem*, que pese a su deber de pronunciarse oficiosamente, desapercibió la consecuencia que la revocatoria del enjuiciamiento tendría para favor del detenido, quien no podría continuar sujeto a una medida de aseguramiento de detención luego de superarse el lapso indicado en el numeral 4 del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal.

Sin embargo, tal y como lo hace notorio la defensa, bajo aquella causal se materializa un condicionamiento que no le permitía al funcionario automatizar la orden de excarcelación, pues era de su cargo consultar si había mediado en el comportamiento del procesado o de su defensor alguna causa dilatoria incidente en el desconocimiento de los términos, porque en tal caso la libertad se haría improcedente (inciso del numeral 4.. artículo 415 del C. de P.P.)

Y a ese respecto, constituyendo una circunstancia que por lo menos advertía de la posible presencia de aquella excepción a la operancia del derecho son ostensible por lo menos dos prevenciones hechas por la parte civil -en este asunto denunciante- que repetidamente insistían en la actividad de la defensa maniobras dilatorias encaminadas a impedir el cierre de la investigación. Una, en escrito que aparece el el folio 174 del cuader-

no principal de anexos fechada el 13 de agosto de 1993 donde se pide al fiscal que ...

«...*se pronuncie sobre las peticiones infundadas y dilatorias que está realizando la defensa encaminadas a entorpecer el normal desarrollo del proceso.*»

Y otra dirigida al Fiscal de segunda instancia -folio 12, anexo de apelación al auto de septiembre 1 de 1993- donde se insiste en que ...

«...*se conmine al abogado de la defensa a actuar con lealtad hacia la justicia, dejando por fuera las argucias y las dilataciones que perjudican el debido proceso y la recta administración de justicia, dejando vencer los términos procesales...*»

Afirmaciones de tal especie, hechas precisamente por quien tenía el interés de conseguir severidad y efectividad en el procedimiento adelantado a Donald Coa, no pueden menos que incidir para indicar que la situación que afrontaba el funcionario no era la de una simple contabilización de términos, sino además la de analizar si en esas dilaciones se comprometía el procesado Coa o su defensor -que no eran los únicos que intervenían- y si en tal caso ese modo de actuar podía obstaculizar aquel proceso el reconocimiento de la excarcelación, y en estas diligencias la certeza sobre un proceder arbitrario y ofensivo para el bien jurídico amparado de la libertad de locomoción.

Pero aún siendo este aspecto importante por su incidencia en el grado de seguridad que demandarían la antijuridicidad de la conducta y la culpabilidad del procesado para poderle cobijar con una decisión final adversa, es sin embargo lo más determinante el grado de indemostración del dolo, según reclamo formal que endereza el Ministerio Público y que la defensa acoge y apoya.

En este sentido es de observar que cuando la Vicefiscalía precluyó la instrucción respecto del posible delito de prevaricato, lo que en su esencia adujo fue la falta de voluntad del procesado para torcer maliciosamente el mandato de la ley, al decretar la revocatoria de la calificación mediante decisión de enero 24 de 1994.

Pero si al doctor Peñas Guerra no le asistía razón ni voluntad para apartarse groseramente de la ley e incurrir en un delito de prevaricato, ¿cuál podría ser entonces según el acusador, el motivo que le animó y condujo a protagonizar esa otra rebeldía con la que mantuvo la detención de Donald Coa, negándose a excarcelarle ? O, en otros términos: ¿Cómo es que inexistiendo el dolo para prevaricar, sí aparece para prolongar una detención irregular?

Examinando el texto de la resolución acusatoria, como la intervención del señor Vicefiscal en el curso de la diligencia de audiencia, es la

verdad que la malicia ni aquella definida intención de obrar contrariamente a sus deberes conocidos se concretan en el acusado, vacío que a cambio llena la voz del indagado cuando una y otra vez explica que el tema de la libertad no era el de la instancia, que nadie le advirtió la viabilidad de excarcelar a Coa, y que directamente no previó que como consecuencia de la nulidad pudiera derivarse la excarcelación en ese caso.

Pues bien: lejos de entrar la prueba a contradecir el dicho del indagado, es mas bien su descuido lo que de modo opuesto se colige: vista la explicación del reclamante doctor Jorge David Sabbag, ningún reparo le merecía el comportamiento anterior del doctor José Iván Peñas, salvo el de facilitar con la revocación la excarcelación del procesado, ni por su voz ni por la de un tercero llegó a saberse que fuera el acusado un funcionario abusivo o siquiera interesado en la decisión del caso que le correspondía. Cierto resultó también que la defensa ni el Ministerio Público habían pedido ni sugerido la excarcelación del procesado, y lo que es más, que ni siquiera de regreso el expediente a la primera instancia, se percataron allí los funcionarios sobre la posibilidad de excarcelación que se abría.

Luego, si como dice el procesado, la omisión de un pronunciamiento que revisara el derecho que le asistía al entonces detenido para gozar de su excarcelación solo provino de su involuntario descuido por haber concretado todo el análisis al tema principal de la instancia, podrá decirse con justicia que su conducta se torna negligente y descuidada, mas no animada de la conciente voluntad de transgredir la ley o de ignorar arbitrariamente el derecho que le asistía al procesado, lo que ubica el actuar descrito bajo los parámetros de la culpa y los errores de conducta, que no dentro de una culpabilidad dolosa.

Y si agregado a lo anterior se tiene que la infracción que se describe en el artículo 273 del Código Penal y por la cual se acusa al procesado doctor José Iván Peñas tan solo se reprime por voluntad expresa de la ley en su modalidad dolosa, tendrá que concluirse forzosamente en que a falta de demostración de esa intención contraria a la ley que hubiese asistido al funcionario en la realización de la conducta por la cual se le acusa, surge un motivo adicional y contundente que fortalece el incipientemente enunciado y con éste se conjuga para tornar improcedente el fallo de condena.

Es, entonces, la falta de la certeza que exige respecto del hecho y de la responsabilidad del acusado el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal, por causa de la insuficiencia probatoria, razón bastante que impedirá acoger la petición Fiscal de una sentencia adversa, como a su vez el fundamento para coincidir con las razones y demandas que de consuno allegan la Procuraduría y la defensa, y que conllevan a rematar la instancia con una absolución en favor del enjuiciado. Así habrá de proveerse.

4.- En oportunidad se dijo que al sustituir la Vicefiscalía la medida de aseguramiento por la de comminación, optó por reservar la suma depositada por concepto de garantía para excarcelación por el doctor Peñas Guerra, a título de embargo y secuestro encaminado a garantizar el eventual pago de daños y perjuicios.

Consecuencia obligada del fallo absolutorio será entonces el levantamiento de esas medidas de cautela, para que en su lugar se entregue la cantidad de ciento noventa y siete mil cuatrocientos pesos ($197.400.oo) representada en el título de depósito judicial de abril 21 de 1994 a favor del procesado doctor José Ascanio Iván Peñas, gravamen cuya razón de ser desaparece.

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:

PRIMERO: Absolver al procesado doctor José Ascanio Iván Peñas Guerra, persona de condiciones ampliamente conocidas en estas diligencias, por el delito de "Prolongación ilegal de privación de libertad", del cual fuera formalmente acusado por parte del Señor Vicefiscal General de la Nación, según hechos y circunstancias anotados en esta providencia.

SEGUNDO: Levantar la medida de embargo y secuestro que recae sobre la suma de ciento noventa y siete mil cuatrocientos pesos representada en el Título de Depósito Judicial del Banco Popular de abril 21 de 1994, cuya entrega definitiva se dispone en favor del doctor José Ascanio Iván Peñas Guerra, quien la había depositado imputándolo de caución.

TERCERO: Comuníquese esta decisión a las autoridades pertinentes, y archívese el expediente.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CAMBIO DE RADICACION

Es regla general de procedimiento penal la de que el juzgamiento del procesado opere por el Juez competente dentro del ámbito territorial en que delinquió.

Mas esa regla tiene su excepción con la medida extraordinaria del cambio de radicación de los procesos, en virtud de la cual se dispone el juzgamiento del procesado en un Distrito o circuito distinto de aquel en que se infringió la ley penal, sustrayéndolo así de aquel espacio territorial, no sólo porque factores regionales, sociales o políticos pueden interferir en el recto ejercicio de la administración de justicia, sino porque malsanas pasiones de igual o parecida índole puedan gravitar negativamente sobre la seguridad o integridad personal del imputado, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 83 del C. de P.P.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santa Fe de Bogotá, D. C., treinta (30) de mayo de mil novecientos noventa y seis (1996).

Magistrado Ponente: Doctor *Dídimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta número 82.

Proceso No. 11744

Decide la Corte lo concerniente a la solicitud de cambio de radicación del proceso que adelanta el Juzgado Primero Promiscuo del Circuito de Arauca contra Jorge Augusto Amadeo Rodríguez Rodríguez por el delito de falsedad, remitida a la Corte por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio.

Antecedentes

Solicita Jorge Augusto Rodríguez Rodríguez, contra quien se dictó resolución de acusación por el delito de falsedad y en cuyo proceso se halla pendiente la realización de la vista pública, el cambio de radicación, "... ojalá a un Juzgado de Bogotá, en donde pueda asistir a esta audiencia y definir mi situación sin mayores sobresaltos..." en consideración a que las amenazas que ha recibido le hacen temer por la vida de los miembros de su familia y la propia suya.

Como antecedentes de este temor, relata que se ha visto precisado a formular denuncias penales contra funcionarios del municipio de Arauca por corrupción administrativa, una de las cuales originó el proceso que se adelanta en su contra. El 19 de enero del año en curso, recibió en su apartamento una llamada telefónica en la que, anunciándose de parte de "sus amigos de Arauca", se le daba 24 horas para "desocupar" la ciudad. Posteriormente en la portería del conjunto residencial donde vive, se recibió un sobre de manila sospechoso que, al ser abierto por la Unidad de Antiexplosivos de la Dijín, se constató que era contentivo de un sufragio con la leyenda "de sus muchachos para Jorge Augusto" y de 2 proyectiles de fusil dentro de los pasadores de una camana.

Agrega que las amenazas de muerte recibidas a raíz de las denuncias formuladas, lo obligaron a pedir protección al DAS de Arauca y a salir de ese lugar, trasladándose a un apartamento de Santa Fe de Bogotá en donde ha permanecido encerrado "... sin poder trabajar ni salir, recibiendo llamadas amenazantes todos los días, temiendo por mis hijos que estudian en la universidad y la señora mía que de vez en cuando tiene que salir...".

El auto del Tribunal Superior

En providencia de 23 de abril del año en curso (fl. 44) el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio señaló que "... haciendo uso de lo autorizado por el inciso 2° del artículo 86 del C. de P.P. estima que el cambio de radicación solicitada por Jorge Augusto Amadeo Rodríguez Rodríguez, para que cumpla con las expectativas que el acusado persigue, convendría hacerlo a circuito de otro Distrito Judicial y, por lo tanto, se dispondrá que la solicitud pase a la Sala de Casación Penal de la honorable Suprema de Justicia para que sea esta alta Corporación la que decida...".

Consideraciones de la Corte

Es regla general de procedimiento penal la de que el juzgamiento del procesado opere por el Juez competente dentro del ámbito territorial en que delinquió.

Mas esa regla tiene su excepción con la medida extraordinaria de cambio de radicación de los procesos, en virtud de la cual se dispone el juzgamiento del procesado en un distrito o circuito distinto de aquel en que se infringió la ley penal, sustrayéndolo así de aquel espacio territorial, no sólo porque factores regionales, sociales o políticas pueden interferir en el recto ejercicio de la administración de justicia, sino porque malsanas pasiones de igual o parecida índole puedan gravitar negativamente sobre la seguridad

o integridad personal del imputado, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 83 del C. de P.P.

En el caso que se somete hoy al examen de la Corte, a juzgar por la documentación que se anexa a la solicitud, a través de la cual el peticionario comprueba que fue verdad que denunció en su condición de interventor de una construcción que se llevaba a término en Cubarral (Arauca), algunas irregularidades que se cometieron cuando de recibir la obra a satisfacción se trató (fl. 13), que igualmente fue necesaria la intervención de personal técnico de antiexplosivos para verificar el contenido del sobre de manila que se hizo llegar a su apartamento con el resultado que dio a conocer en su escrito (fls. 9 y 12), unido a las permanentes llamadas amenazantes que dijo haber recibido, son reveladoras de circunstancias que, ciertamente, se dirigen a crear un clima de zozobra e inseguridad sobre la persona del imputado, que imponen cambiar de radicación su proceso, toda vez que se avizoran como agentes desestabilizadores del ambiente de tranquilidad que debe rodear su juzgamiento, personas vinculadas con Arauca, lugar donde el peticionario tenía fijado su centro de actividades y de donde se vio obligado a salir por razón de las amenazas que comenzó a recibir, según su dicho. Por eso no es aconsejable en la preservación de su integridad hacerlo regresar a esa región que le resulta en extremo hostil para el adelantamiento de su juzgamiento, menos aun cuando por su especial lejanía daría pábulo para que la perturbación de su seguridad fuese mayor.

En tal virtud, se radicará su proceso en Santa Fe de Bogotá, donde, por otra parte, el procesado viene cumpliendo medida de aseguramiento de detención domiciliaria.

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

RESUELVE:

Cambiar la radicación del proceso que se adelanta en el Juzgado Primero Promiscuo del Circuito de Arauca contra Jorge Augusto Amadeo Rodríguez Rodríguez por el delito de falsedad, al Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá en donde se someterá a reparto de los Jueces Penales del Circuito.

Cópiese y cúmplase.

Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Carlos A. Gálvez Argote, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan M. Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEMANDA DE CASACION

Cuando se procura controvertir el análisis de la prueba indiciaria en casación, un tal propósito debe cumplirse según se trate de cuestionar la prueba de los hechos indicadores que permiten efectuar la construcción lógica, o de atacar la inferencia indiciaria. Ha de agregarse, que igual precaución debe tenerse cuando se controvierte por el actor la valoración individual o articulada de su fuerza probatoria.

En la primera fase, los errores judiciales pueden ser de hecho o de derecho, en cualquiera de sus modalidades, es decir, de existencia o identidad en el primer caso, y de legalidad o convicción en el segundo. Si la prueba del hecho indicador, por ejemplo, fue incorporada al proceso en indebida forma, se estará en presencia de un error de derecho por falso juicio de legalidad.

En la segunda fase, el error siempre será de identidad, y se presenta si el fallador desvía o tergiversa el curso lógico de la inferencia. Es la disconformidad del hecho indicador con el hecho indicado, atendidos los principios científicos y las reglas generales de la experiencia. La alegación de este error presupone la aceptación por parte del casacionista de la prueba del hecho indicador.

En la fase de la valoración de la fuerza probatoria de los indicios, los errores pueden ser de hecho o de derecho, según su estimación deba hacerse de cara al sistema probatorio de persuasión racional, o de la tarifa legal. En nuestro sistema penal, por estar la prueba indiciaria sujeta en su valoración a las reglas de la sana crítica, solamente tienen cabida, en este campo, los errores de hecho. La alegación de este desacierto, presupone, por razones de lógica, la aceptación de que el hecho indicador se encuentre demostrado y que es correcta la inferencia indiciaria.

El primer paso, entonces, cuando de atacar la prueba indiciaria se trata, es determinar el origen del error, teniendo presente que si se objeta la prueba del hecho indicador, no es posible, al mismo tiempo, atacar la inferencia lógica, o su fuerza probatoria, pues, de hacerse,

el cargo se torna contradictorio y por tanto inexaminable en sede de casación.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal. Santa Fe de Bogotá, D. C., (30) treinta de mayo de mil novecientos noventa y seis (1996).

Aprobado acta No.82

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

Proceso No. 9041

Conoce la Sala del recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de 29 de julio de 1993, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué condenó al procesado Juan Carlos Cardozo Suárez a la pena principal de 10 años de prisión, al declararlo responsable del delito de homicidio.

ANTECEDENTES

Jesús María Oviedo, socorrista de la Cruz Roja del Espinal, visitó el domingo 15 de diciembre de 1991, en las primeras horas de la noche, la sede de la entidad, en donde se encontró con algunos compañeros, entre ellos Juan Carlos Cardozo Suárez, Jesús Alberto Peralta Pérez, Jorge Alberto Avila Cubides y José Gustavo Valdez Vargas, y con la auxiliar de enfermería Leyla María Lozano.

De allí, se dirigió a su residencia, de donde salió minutos después, llevando puesta una sudadera verde tono lama. Sus familiares sostienen que se retiró porque debía prestar turno esa noche en la sede de la Cruz Roja y que de ellos se despidió alrededor de las 10 de la noche. Hasta esa hora, se tiene noticia de sus actividades.

El lunes, entre las 8 y 8:30 de la mañana, Luis José Ortiz Clavijo, propietario del taller «Servi Aceite La Trece» del Espinal, y Luis Ernesto Polanía Perdomo, hallaron en la quebrada que pasa por la parte de atrás de dicho inmueble, en una bolsa plástica, los documentos personales de Jesús María, y la sudadera que vestía la noche anterior. Luis José decidió buscar a Jesús María guiado por los documentos encontrados, pero como no logró ubicarlo, le dejó razón de que pasara por su negocio a recogerlos. Al enterarse los familiares de este hallazgo, procedieron a formular la correspondiente denuncia por desaparecimiento.

El martes, en las primeras horas de la mañana, Agentes de la Policía del vecino municipio del Guamo, alertados por una llamada anónima recibida a las 7:30 horas, localizaron en el perímetro urbano de esa localidad, abandonada, con las llaves puestas en el encendido, la motocicleta en la cual Jesús María se movilizaba la noche del domingo (fls.12, 13 y 14-2).

Este mismo día, en las horas de la tarde, empleados y socorristas de la Cruz Roja, movidos por la presencia de moscas y malos olores que emanaban de un aljibe localizado en sus instalaciones, procedieron a destaparlo, descubriendo en el fondo del mismo, mezclado con basura, el cuerpo sin vida de Jesús María Oviedo, semidesnudo, junto con una colchoneta perteneciente al Voluntariado. En la región fronto parieto temporal derecha, el cadáver presentaba una herida de 20 ctms., con fractura de cráneo y exposición de masa encefálica, de naturaleza mortal, causada por objeto corto contundente. El diagnóstico probable del tiempo de muerte al momento de practicarse la necropsia (dic.17/91 10 p. m.), fue de 48 horas (fls.1, 266 y 490 cd.1, 77 y vto. cd.2).

Las instalaciones de la Cruz Roja del Espinal se integran por dos secciones independientes, pero comunicadas entre sí: la parte médica y la parte del voluntariado. En esta segunda sección, están los dormitorios de los socorristas y la parte administrativa de la entidad. Aquí, en el corredor y en la puerta de la entrada principal, la aseadora y auxiliar de enfermería Leyla María Lozano advirtió el lunes en la mañana algunas huellas de sangre, recientes, que le llamaron la atención y por lo cual preguntó a varias personas, entre ellas al procesado Juan Carlos Cardozo Suárez, sin que nadie le diera explicación alguna (fls.13, 48). El martes, después del hallazgo del cadáver, fueron advertidas y fotografiadas otras, de las cuales da amplia cuenta el expediente.

Las primeras averiguaciones establecieron que en la parte médica dormía diariamente Leyla María Lozano, quien en las mañanas hacía el aseo del Voluntariado y en la tarde trabajaba con la sección de salud como auxiliar de enfermería. Se determinó así mismo, que la noche del 15 de diciembre, el socorrista Juan Carlos Cardozo Suárez hizo turno en la sede del Voluntariado, quien, al retirarse, registró en el libro de guardia como hora de entrada las 7:30 de la noche, y como hora de salida las 6:30 de la mañana, sin novedades, según se lee en el aparte correspondiente (fls.5, 175).

Por las declaraciones de Leyla María Lozano se sabe que el lunes, cuando se levantó, siendo las cinco de la mañana, Juan Carlos Cardozo Suárez ya no se encontraba en la sede, y que las llaves, de las cuales le hacía entrega personalmente al terminar los turnos, las había dejado en las rejas de la parte médica, en un lugar visible.

Se tiene también conocimiento, por la misma fuente, que alrededor de las 8 de la mañana de este mismo día, Cardozo Suárez se comunicó telefónicamente con Leyla María para que le recogiera unas medias que se le habían quedado en la sede. Ella buscó y las encontró en el piso cerca del escritorio del Secretario, las recogió y las echó dentro de unas botas. Minutos después, Cardozo Suárez se haría presente en el lugar.

Por estos hechos, fueron capturados Juan Carlos Cardozo Suárez, de 18 años de edad, y Jesús Alberto Peralta Pérez, de 15 años, ambos voluntarios de la Cruz Roja del Espinal. Este último, por haber proferido amenazas la noche del Domingo contra la víctima, después de que no le permitiera quedarse en la sede guardando turno. Respecto de él, se dispuso expedir copias con destino a los Juzgados de Menores, por competencia (fl.47).

Juan Carlos Cardozo Suárez, negó cualquier participación suya en los hechos. Explicó que la noche del domingo durmió solo en la sede del Voluntariado. Se acostó a las 10:15 de la noche y se levantó creyendo que eran las 6 de la mañana, porque esa hora marcaba su reloj. Como había quedado de acompañar a su mamá a la plaza de mercado a las 5 de la mañana, se vistió de prisa, consignó en el libro de guardia la hora que creía que era, y se retiró dejando las llaves en la reja de la parte médica para que Leyla las viera. Cuando llegó a su residencia se dio cuenta que eran las 5:15 de la mañana y echó de menos las medias. Fue entonces cuando se comunicó telefónicamente con Leyla para encargárselas. La llamada la hizo a las 8 de la mañana aproximadamente (fls.26, 195, 485).

Contra Juan Carlos Cardozo Suárez el Juzgado 19 de Instrucción Criminal del Espinal, profirió medida de aseguramiento de detención preventiva, por el delito de homicidio, mediante proveído de 24 de diciembre de 1991 (fls.113 y ss).

Fabio Navarro Peña, Presidente del Comité de la Cruz Roja del municipio del Espinal, amplió su versión para señalar que el domingo 29 de diciembre, al atender un llamado del procesado Cardozo Suárez, fue enterado por éste, en la cárcel, que Leyla María Lozano, Auxiliar de enfermería, y José Gustavo Valdez Vargas, Socorrista de la Cruz Roja, habían sido los autores de la muerte de Jesús María Oviedo, a raíz de una discusión que surgió entre Valdez y Cardozo, por los turnos. Que quien agredió a Jesús María fue Valdez y que cuando él vio que la víctima se desplomó, salió corriendo y deambuló por las calles de la ciudad hasta llegar a su casa (fls.159, 200). Idénticas afirmaciones hizo el procesado al médico Edilberto Navarro Narváez, el 31 de diciembre de 1991, al momento de elaborarle la historia clínica (fl.235).

Estas manifestaciones determinaron la captura y vinculación al proceso de José Gustavo Valdez Vargas y Leyla María Lozano, quienes, al igual que Cardozo Suárez, proclamaron su total inocencia. De Valdez Vargas se sabe que visitó la sede en las horas de la noche del domingo, pero que de allí se retiró en compañía del socorrista Jorge Alberto Avila Cubides, quien también fue vinculado al proceso (fl.96-2).

Al interrogar al procesado Juan Carlos Cardozo Suárez sobre los comentarios por él hechos a Fabio Navarro Peña y Edilberto Navarro Narváez,

manifestó que eso nó era cierto y que se había presentado un mal entendido, pues la verdad era que a la cárcel donde se encontraba llegaron tres tipos para decirle que debía dar esa versión a las autoridades y que lo ayudarían. Que este fue el comentario que a su vez transmitió a los declarantes (fls.195, 485).

Al resolver el Juzgado la situación jurídica de Leyla María Lozano y José Gustavo Valdez, profirió en su contra medida de aseguramiento de detención preventiva, por el delito de homicidio. Igual determinación tomó al resolver la situación jurídica de Jorge Alberto Avila Cubides (fls.245-1 y 148-2).

Interrogados Luis José Ortiz Clavijo y Luis Ernesto Polanía Perdomo sobre las circunstancias que rodearon el hallazgo de los documentos y prendas de vestir del occiso en la quebrada que pasa por la parte posterior del taller »Servi Trece«, manifestaron que el lunes 16 de diciembre, alrededor de las 8 de la mañana, un joven alto, de camisa verde, cabello largo atado, como con una cola, llegó al taller a pedir permiso para buscar en el caño unos documentos. Al autorizársele, Polanía Perdomo comentó que podía ser un ladrón, que debía ponérsele cuidado. Luis José lo siguió y después de intercambiar con él algunas palabras, lo invitó a abandonar el lugar. Tan pronto se fue, bajaron a la quebrada y descubrieron los documentos y la sudadera del señor, en una bolsa plástica. En el sitio se encontraban, además, Fernando Serrano Barrero, empleado, y Fanny Leonarda Melo Rojas, esposa de Ortiz Clavijo (fls.110, 111, 309-1 y 72-del cuaderno No. 2).

Según este último, al preguntarle al visitante por el nombre y su dirección para el evento de que en el lugar se hallaran los documentos, dijo llamarse Carlos y estar residenciado en el barrio Los Balkanes, pero a su esposa le dio otro nombre. Agrega que el Jueves siguiente, unos agentes de la Policía Judicial de Ibagué le mostraron una foto, donde reconoció a la persona que había llegado el lunes anterior a pedir permiso, y que el sábado, en el perímetro urbano, desde una moto de alto cilindraje, unos sujetos le gritaron »cuídese sapo hijueputa por los papeles que encontró«. No pudo seguirlos porque tenía el carro en sentido contrario (fl.112 vto.).

El informe del Cuerpo Técnico de Policía Judicial, Seccional Tolima, alude al reconocimiento en mención, precisando que se hizo sobre las dos fotografías anexas al informe, en las cuales aparecen varios miembros de la Cruz Roja del Espinal, y que el señor Luis José Ortiz Clavijo señaló al socorrista Juan Carlos Cardozo Suárez (fls.184 a 189). También informa sobre este hecho Aldemar Oviedo, hermano de la víctima, quien facilitó los documentos fotográficos (fl.170).

En diligencia de reconocimiento en fila de personas, con la presencia del procesado Juan Carlos Cardozo Suárez, los testigos que se encontra-

ban en el taller «Servi Aceite La Trece» el 16 de diciembre en las horas de la mañana, manifestaron no reconocer a la persona que ese día llegó al taller a pedir permiso para bajar a la quebrada a buscar unos documentos (fls.315 y 395).

Cerrada la investigación, se la calificó mediante auto de 12 de junio de 1992, con resolución acusatoria respecto de Juan Carlos Cardozo Suárez y Leyla María Lozano. El primero, por el delito de homicidio simple, y la segunda, por el de encubrimiento. En relación con los procesados José Gustavo Valdez Vargas y Jorge Alberto Avila Cubides, se dispuso reabrir la investigación (fls.271 y ss-2).

El conocimiento de la causa correspondió al Juzgado Cuarto Penal del Circuito del Espinal, que dictó sentencia el 20 de abril de 1993, mediante la cual condenó al procesado Juan Carlos Cardozo Suárez a la pena principal de 12 años de prisión, y a las accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas y de suspensión de la patria potestad, por igual término, como autor responsable del delito de homicidio simple. A la acusada Leyla María Lozano, la absolvió de los cargos por los cuales se le había formulado resolución acusatoria (fls.121 y ss-3).

Apelado este fallo, el Tribunal Superior de Ibagué, mediante el que ahora es objeto del recurso de casación, lo confirmó, rebajando la pena privativa de la libertad a 10 años de prisión e introduciendo algunas modificaciones a la condena por perjuicios (fls.66 y ss.del cuaderno No.4).

LA DEMANDA

Al amparo de las causales primera y tercera de casación, varios ataques presenta el actor contra la sentencia impugnada.

CAUSAL PRIMERA

Sostiene que el fallo violó indirectamente la ley sustancial, por errores de hecho en la apreciación de las pruebas. Anuncia que examinará, por separado, falsos juicios de identidad y falsos juicios de existencia, para, al final, hacerlos coincidir en la conclusión, en donde proclamará la inaplicación del principio del *in dubio pro reo*. En esta línea de ataque, presenta, en total, cinco cargos:

Cargo Primero:

Cuestiona las conclusiones de los fallos en relación con la presencia de Jesús María Oviedo en la sede de la Cruz Roja la noche del domingo y el lugar de su muerte.

Dice que la afirmación relativa a que la víctima durmió o estuvo esa noche en el interior de las instalaciones de la Cruz Roja, no es más que una conjetura o acaso una creencia de las instancias. Jesús María Oviedo sí estuvo esa noche en la sede, pero se alejó a las 10 de la noche y nadie asegura que haya regresado.

Argumenta que no es una prueba encontrar muestras de sangre en un centro médico, porque además de su razón social, el proceso da cuenta de la presencia de heridos en accidentes de tránsito acaecidos ese 15 de diciembre y en días anteriores.

Luego se refiere a la colchoneta hallada en el aljibe, para recordar que es de propiedad de la entidad y que su presencia junto al cadáver nada prueba. Y, en cuanto al reciente descubrimiento del aljibe, referencia a su juicio inclerta, dice que tampoco es hecho indicador de que Jesús María haya regresado a dormir o estuviera esa noche en la multicitada sede.

Sostiene el actor que estos mismos hechos indicadores sirvieron para inferir que la muerte ocurrió dentro de la Cruz Roja y que el homicida tenía que ser un socorrista. Tales conclusiones, no son atendibles, pues las muestras de sangre, la colchoneta y el aljibe, no sirven para afirmar que Jesús María regresó esa noche, ni que murió en el interior de la sede. Es tan simple, dice, que no amerita ningún agregado (fls. 12 y 13 del cuaderno No.5).

Cargo Segundo:

Se incurre por el fallador en falsos juicios de identidad al analizar la participación de su representado en el hecho. No puede considerarse como hecho indicador de su responsabilidad, la conjetura de que debió darse cuenta de lo acontecido esa noche, porque es una elucubración de la instancia sin apoyo probatorio alguno. Primero, no está la prueba de que Oviedo estuvo y/o murió en la Cruz Roja, ni está el elemento con que se habría causado su muerte. Segundo, si se aceptara lo anterior, ¿quién asegura que Cardozo Suárez estaba despierto y que percibió el ruido supuestamente causado? ¿Por qué se acepta que Leyla no escuchó y no se hace lo mismo con Cardozo Suárez?

Al entrelazar el Tribunal este indicio, con el de oportunidad física, facilidad y capacidad, arma todo un galimatías que solo entiende quien lo escribió. No es posible hablar de indicio de capacidad cuando no se tiene una prueba veraz de que Oviedo estuvo vivo en la sede esa noche, si es que murió esa noche. No existe ningún testimonio, ni dato que permita una base sólida para poder afirmar que Oviedo regresó vivo a la Cruz Roja y sin este dato veraz no hay hecho indicador que soporte nada (fls. 14 y 15 *ibidem*).

Cargo Tercero:

El Tribunal se equivoca al tener como indicios de responsabilidad la circunstancia de haberse retirado el procesado de la sede a las 5 de la mañana, cuando debía hacerlo una hora después, y el hallazgo en el lugar de una media de su propiedad.

En relación con la hora de salida, el acusado explicó que se había comprometido a acompañar a su mamá a la plaza de mercado y que su reloj estaba defectuoso. Esta respuesta tan sencilla, añade el casacionista,

es refutada por el Tribunal con argumentos tales, como que otro familiar había podido acompañarla y que los lunes no son días de mercado en El Espinal. Y agrega: «alegar que tal trabajo debía hacerlo otro pariente y no Juan Carlos, es punto en que el Juez no puede, ni se debe meter... o que los lunes no son días de mercado en El Espinal, sino que ello sólo se puede hacer el domingo, es dicho por un funcionario que vive en Ibagué y que no sabe que en las ciudades grandes y medias -como Espinal- todos los días se puede hacer mercado de plaza...» (fl.15).

Afirma que la única verdad es que Juan Carlos Cardozo salió de la sede a las seis de la mañana, no a las cinco, y que tal verdad no constituye indicio de nada diferente a su mismo predicado: «que salió a las cinco y creyó que eran las seis a.m.». A continuación sostiene que sobre las actividades desarrolladas por Cardozo ese día nada dirá, por «ser inventos del *ad quem*» (fl.15).

Se refiere luego al hallazgo de las medias en la sede, para afirmar que elevar a la categoría de indicio este hecho, es asunto casi que ridículo. Sería indicio de la presencia de Cardozo Suárez en el lugar, si el procesado no aceptara que durmió en la sede, pero éste lo acepta. Es absurdo decir que una media dejada en el lugar donde durmió sea prueba de un delito. Esto sólo prueba que allí estuvo y esto no ha sido negado (fl.16).

Cargo Cuarto:

Como error de hecho por falso juicio de identidad, califica el censor la conclusión del Tribunal, atañedera a que el procesado sabía, por las manifestaciones que le hizo en la cárcel a Fabio Navarro y Edilberto Navarro Narváez, que el golpe que segó la vida de Oviedo había sido asestado en la cabeza.

Sostiene que si todo el mundo sabía cuál había sido el golpe mortal, el que Cardozo Suárez lo supiera no es indicio de responsabilidad, ni nada semejante (fls.16 y 17 *ibidem*).

Cargo Quinto:

Bajo el enunciado de «otro punto de la demanda», el casacionista denuncia un error de hecho por falso juicio de existencia, consistente en la no apreciación de la diligencia de reconocimiento en fila de personas, donde los testigos Luis José Ortiz Clavijo, Luis Ernesto Polanía y Fanny Leonarda Melo, manifestaron no reconocer a la persona que estuvo en el taller el día lunes pidiendo autorización para buscar unos documentos.

Asegura que el Tribunal relacionó la prueba, pero que nada dijo de ella, y que relacionarla y no admitirla, es desconocer su existencia. Se debe, por tanto, aceptar y tener este medio de prueba en favor de Cardozo Suárez, pues demuestra que no fue él quien estuvo merodeando por la quebrada.

Reconoce que el *ad quem* se refirió en el fallo al testimonio del propietario del taller, pero argumenta que si la prueba que le daba respaldo a

esta versión, resultó fallida, es ésta, no aquélla, la que se debe tener como existente.

Advierte que no hará alusión al reconocimiento fotográfico, porque el Tribunal le negó todo valor tras considerar que se realizó sin el lleno de las exigencias legales (fls.17 y 18).

Conclusión

En un acápite que el censor titula «Segundo Punto Adicional de la Demanda», afirma que al unir el error por falso juicio de existencia con los errores por falsos juicios de identidad, se llega a la conclusión de que los falladores ignoraron la presencia de la duda razonable, debiéndose, por mandato legal, proceder a la absolución.

Como normas violadas señala los artículos 2°, 247 y 445 del Código de Procedimiento Penal, y 323 del Código Penal.

CAUSAL TERCERA

En subsidio, el recurrente demanda la infirmación de las penas accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas y de suspensión de la patria potestad, impuestas al procesado. La primera, por desbordar el límite máximo de 10 años señalado por el artículo 44 del Código Penal, y la segunda, por absoluta falta de motivación.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

1.- Después de transcribir algunos apartes de la demanda en estudio, el Procurador Segundo Delegado en lo Penal argumenta que los cargos expuestos bajo el título de causal primera, resultan inadmisibles en esta sede extraordinaria, como que el casacionista, pretendiendo anteponer a toda costa sus personales deducciones, deja entrever que todo su interés radica en que se reconozca que los hechos sucedieron contradictoriamente a como los declaró probados el sentenciador, desconociendo que el fallo se encuentra amparado por la doble presunción de acierto y legalidad, y que al escoger como vía de ataque el error de hecho, le era imperativo no anteponer su criterio probatorio al del Tribunal, sino demostrar los yerros de identidad y de existencia anunciados, teniendo en cuenta, además, que en el estudio técnico de la prueba indiciaria, no es permitido aislar cada uno de los hechos indicadores, confundiéndolos con la inferencia.

Afirma que, cuando se procura controvertir el análisis de la prueba indiciaria, un tal propósito debe cumplirse según se trate de censurar la prueba de los hechos indicadores que permiten efectuar la construcción lógica, evento en el cual corresponde al actor demostrar la existencia de errores de hecho o de derecho, o de atacar el indicio propiamente dicho, en cuyo caso sólo resulta viable el error de hecho por falso juicio de iden-

tidad, en la medida que se impone comprobar la equivocación del fallador al momento de realizar el proceso lógico.

Dice que, aquí, el ataque simultáneo por las distintas posibilidades de error es la característica, privando de la necesaria claridad y precisión la demanda, sin lo cual la Corte no puede proceder a su estudio, e insiste en que el censor se limita a la crítica aislada de algunos de los hechos indicadores e inferencias indiciarias, olvidando que esta prueba impone su examen en conjunto y que por ende su postura resulta equivocada.

De estas consideraciones deduce que los cargos planteados como falsos juicios de identidad, no están llamados a prosperar.

En cuanto al error de hecho por falso juicio de existencia, consistente en la falta de apreciación de la diligencia de reconocimiento en fila de personas, la Delegada, después de transcribir algunos apartes de la sentencia impugnada, afirma que no es cierto que el juzgador la hubiera ignorado, sino que la demeritó conforme a la sana crítica, atendiendo a circunstancias ajenas al testigo, como las amenazas de que fue objeto y que lo llevaron a su retractación, aparte de que esta diligencia se cumplió un mes después de haber tenido los testigos contacto con el sentenciado (fl. 22).

Por esta razón, el reproche está llamado al fracaso.

2.- Respecto de los cargos presentados al amparo de la causal tercera, la Delegada comparte los planteamientos de la demanda, en cuanto que la pena accesoria de suspensión de la patria potestad debe invalidarse por falta de motivación. Asegura que su imposición «atenta contra el principio de legalidad de la pena, por cuanto está dirigida hacia una relación inexistente proyectada a una eventualidad de imposible predicción, ya que no se cuenta con elementos probatorios que permitan deducir lo contrario» (fl. 23).

En relación con la interdicción de derechos y funciones públicas, explica que como la sentencia de segunda instancia rebajó la pena privativa de la libertad de 12 a 10 años de prisión, y en la de primera las penas accesorias se impusieron por un tiempo igual a la pena principal, ha de entenderse que aquélla quedó fijada en 10 años, monto que no supera el límite señalado por el artículo 44 del Código Penal.

Se considera

La Sala aprehenderá el estudio de la demanda en el mismo orden propuesto por el casacionista, esto es, empezando por la causal primera, pues la nulidad invocada al amparo de la tercera, de llegar a prosperar, afectaría solamente las penas accesorias, aspecto cuyo análisis supone la declaración de responsabilidad del procesado, puesta en duda por el censor en el primer cargo.

CAUSAL PRIMERA

Ante todo debe decirse que los distintos cargos planteados por el casacionista con apoyo en este primer motivo de casación, conforman, en estricto sentido técnico jurídico, uno solo, dentro del cual se denuncian varios errores de hecho en la apreciación de la prueba indiciaria. Por esta razón, se los estudiará como partes integrantes de una misma censura.

ERRORES DE IDENTIDAD

Primero: *Las muestras de sangre, la colchoneta y el aljibe, no sirven para afirmar que Jesús María Oviedo regresó la noche del domingo a la sede de la Cruz Roja, ni que murió en el interior de la misma. Tales conclusiones no tienen soporte en hechos indicadores atendibles. No son más que conjeturas de los falladores de instancia.*

Oportuno es precisar, con la Delegada, que cuando se procura controvertir el análisis de la prueba indiciaria en casación, un tal propósito debe cumplirse según se trate de cuestionar la prueba de los hechos indicadores que permiten efectuar la construcción lógica, o de atacar la inferencia indiciaria. Ha de agregarse, que igual precaución debe tenerse cuando se controvierte por el actor la valoración individual o articulada de su fuerza probatoria.

En la primera fase, los errores judiciales pueden ser de hecho o de derecho, en cualquiera de sus modalidades, es decir, de existencia o identidad en el primer caso, y de legalidad o convicción en el segundo. Si la prueba del hecho indicador, por ejemplo, fue incorporada al proceso en indebida forma, se estará en presencia de un error de derecho por falso juicio de legalidad.

En la segunda fase, el error siempre será de identidad, y se presenta si el fallador desvía o tergiversa el curso lógico de la inferencia. Es la disconformidad del hecho indicador con el hecho indicado, atendidos los principios científicos y las reglas generales de la experiencia. La alegación de este error presupone la aceptación por parte del casacionista de la prueba del hecho indicador.

En la fase de la valoración de la fuerza probatoria de los indicios, los errores pueden ser de hecho o de derecho, según su estimación deba hacerse de cara al sistema probatorio de persuasión racional, o de la tarifa legal. En nuestro sistema penal, por estar la prueba indiciaria sujeta en su valoración a las reglas de la sana crítica, solamente tienen cabida, en este campo, los errores de hecho. La alegación de este desacierto, presupone, por razones de lógica, la aceptación de que el hecho indicador se encuentra demostrado y que es correcta la inferencia indiciaria.

El primer paso, entonces, cuando de atacar la prueba indiciaria se trata, es determinar el origen del error, teniendo presente que si se objeta

la prueba del hecho indicador, no es posible, al mismo tiempo, atacar la inferencia lógica, o su fuerza probatoria, pues, de hacerse, el cargo se torna contradictorio y por tanto inexaminable en sede de casación.

En esta falencia incurre el impugnante al fundamentar el error de identidad que enuncia, pues al tiempo que descalifica la inferencia indiciaria, ataca la prueba demostrativa del hecho indicador y pone en tela de juicio la fuerza de convicción del sustrato fáctico, al tildar de conjeturas las conclusiones de los fallos de instancia y señalar que los hechos indicadores en que se apoyan tampoco son atendibles.

Además de esto, sus planteamientos no pasan de ser simples críticas generalizadas al análisis que de este tipo de prueba es hecho por los juzgadores, al punto que en ninguna de las hipótesis antilógicamente planteadas dentro del contexto del mismo reparo, el censor logra siquiera identificar el error supuestamente cometido en las instancias.

Por eso, no deja de tener razón el Ministerio Público, cuando sostiene que el casacionista no hace otra cosa que anteponer sus personales deducciones a las de los fallos, pretendiendo que la Corte reconozca que los hechos sucedieron de manera distinta a como se les declaró probados, sin entrar a desvirtuarlos y sin tener en cuenta que estas conclusiones se encuentran amparadas por la doble presunción de acierto y legalidad.

La duda que el censor pretende introducir en torno a la real existencia y validez de la prueba circunstancial relativa al conocimiento que el procesado tenía de la existencia del aljibe y de la presencia de manchas de sangre recientes en las instalaciones del Voluntariado, no tiene razón de ser. La prueba demostrativa de tales hechos es categórica. Son verdades procesales indiscutidas, que la existencia del aljibe en cuestión fue descubierta la semana anterior a la muerte de Jesús María por los propios socorristas, entre ellos Cardozo Suárez; que éste fue visto cuando, sin ayuda, levantaba la tapa del aljibe (fls. 109-1 y 178-2); y, que en el corredor del Voluntariado y en la entrada principal de sus instalaciones, se hallaron manchas de sangre fresca, que no correspondían a pacientes de la entidad, puesto que la noche del domingo, ni los días anteriores, atendieron en el lugar personas heridas.

Otro desacierto en el que incurre el actor, y que la Delegada de igual manera destaca, en postura que prohija la Corte, es limitarse a la crítica aislada de algunos hechos indicadores e inferencias lógicas, olvidándose que el examen de la prueba indiciaria debe hacerse de manera conjunta y concatenada, en la misma forma como se la analizó en los fallos de instancia.

Típico error de esta clase, es el que contiene la afirmación del casacionista, cuando señala que la presencia de la colchoneta en el aljibe,

nada prueba. Es obvio que si este hecho se mira aisladamente, nada en particular podría llegar a significar, pero si al mismo tiempo se tiene en cuenta que la citada colchoneta se encontraba en el dormitorio del Voluntariado, donde descansaba Cardozo Suárez la noche de los sucesos, completamente solo según su versión, entonces empieza a tener sentido en orden a deducir el hecho por establecer.

Igual acontece en relación con el lugar en donde Jesús María Oviedo fue ultimado. Cierto es, que en el proceso no obra prueba directa de que la víctima regresara a la sede de la Cruz Roja la noche del domingo. Pero si se concatenan las afirmaciones de sus familiares, en el sentido de que cuando se despidió lo hizo para dirigirse a la sede, y de Leyla María Lozano, en cuanto que su propósito, según comentarios del propio procesado Cardozo Suárez, era prestar turno esa noche, con la presencia de huellas de sangre en distintos lugares del Voluntariado, con las manchas de sangre en la colchoneta y el hallazgo del cadáver semidesnudo en el aljibe, tal como lo hacen los juzgadores, la conclusión tiene que ser necesariamente que fue en este lugar donde se produjo su muerte. Además, porque se sabe, debido a la ausencia de manchas en la sudadera, que la víctima no la tenía puesta cuando fue atacada, circunstancia de la cual el Tribunal deduce que debía encontrarse en un sitio seguro e íntimo, que no podía ser otro que la sede del Voluntariado.

Y si se vinculan, de igual manera, la hora de salida de la víctima de su casa, con la hora en que Leyla María descubrió las huellas de sangre en la sede, y el tiempo probable de muerte según el dictamen médico legal, inequívocamente se concluye que los hechos tuvieron ocurrencia la noche del domingo 15 de diciembre.

Aparte, entonces, de la incorrecta formulación de la censura, no se advierte error alguno de apreciación probatoria en la postulación de estos indicios.

Segundo: *No puede considerarse hecho indicador de la participación del acusado la conjetura del Tribunal de que tuvo que darse cuenta de lo que sucedió la noche del 15 de diciembre, y no puede darse tal alcance porque es una elucubración de la instancia sin apoyo probatorio alguno.*

Por adolecer este reparo de los mismos desaciertos del anterior, se le desechará, no sin hacer dos precisiones. Primero: Que cuando se predica del procesado Cardozo Suárez indicio de oportunidad, se hace para deducirle autoría en el hecho, no otra clase de responsabilidad.

Segundo: Que dicho indicio, está referido a su presencia la noche y en el lugar del crimen, y a su vinculación material con la víctima, aspectos que, como se dejó ya dicho, encuentran amplio respaldo probatorio. Junto con esta prueba, surgen desde luego otras, que el demandante naturalmente se cuida de no interrelacionar.

Tercero: *El Tribunal se equivoca al tener como indicios de responsabilidad la hora en la cual el acusado se retiró de la sede y el hallazgo en el lugar de una media de su propiedad.*

De nuevo, el casacionista incurre en el error de analizar parcialmente los supuestos fácticos de la inferencia indiciaria, ignorando las consideraciones y conclusiones de los fallos de instancia.

El indicio de responsabilidad derivado de la hora en que el procesado abandonó la sede, no se predica de ese simple hecho. Se apoya también en la circunstancia de que Cardozo Suárez nunca abandonaba las instalaciones antes de las seis de la mañana; en la alteración del estado de las cosas, al consignar en el libro de guardia, como hora de salida, una distinta de la verdadera; en el hecho de haber mentido en su primera versión sobre este particular aspecto; en su absurda y torpe justificación, al pretender hacer creer que salió de la sede a las cinco de la mañana creyendo que eran las seis; y, en la circunstancia de haber dejado abandonadas las llaves en la reja de la sección médica, en vez de entregarlas personalmente a Leyla María, como era usual. Todo, para relevar el cambio de actitud del procesado y su empeño en ocultar la verdadera hora de salida de las instalaciones de la Cruz Roja el día de los hechos.

Cierto es que el Tribunal, al rechazar las explicaciones del procesado en este punto, sostiene, adicionalmente, que los mercados en El Espinal tienen lugar los domingos, no los lunes, circunstancia que, como lo sostiene el censor, no surge del proceso sino que es apreciación de la Sala, pero este eventual error de hecho, por suposición de prueba, no desarrollado por el impugnante, ninguna trascendencia puede tener frente a los abundantes argumentos que sirven de soporte fáctico a este indicio de responsabilidad.

Respecto del hallazgo de las medias en la sede, baste decir que este suceso no fue esgrimido en los fallos de instancia para afirmar la presencia del procesado en el lugar, como erróneamente lo sostiene el impugnante, sino para evidenciar el inusual afán por abandonar sus instalaciones, y la natural extrañeza que causaba el hecho de haber sido encontradas en un sitio distinto del dormitorio.

De cara a estas precisiones, se concluye que el error denunciado no existe.

Cuarto: *Si todo el mundo sabía cuál había sido el golpe mortal, que Cardozo Suárez lo supiera, no es indicio que pudiera predicarse en su contra.*

Este reparo, carece de fundamento. Es verdad que el Tribunal se refirió a la versión del procesado, en la cual involucró a Leyla María Lozano y José Gustavo Valdez Vargas en la comisión del delito, pero lo hizo no para deducirle un nuevo indicio por tener conocimiento de la naturaleza y ubicación del golpe que determinó la muerte de Jesús María Oviedo, lo cual, como el actor lo afirma, era de público conocimiento, sino para re-

afirmar el de actitudes posteriores, orientadas a crear confusión procesal y a ocultar las huellas del delito.

Sobre este particular aspecto, puntualizó el Tribunal:

«Con el comportamiento anotado, el procesado está denotando que sabe muy bien cual fue el golpe fatal que acabó con la vida de Jesús María Oviedo, el dado por la espalda en la cabeza, porque así está registrado tanto en la necropsia (fls.266 cad.No.1), como en el acta de defunción (fl.270 cd. No.2); y busca con ello, como ya se advirtiera, crear el caos y la confusión procesal, lo cual en cambio de favorecerlo probatoriamente, lo perjudica.

«Cabe ahora y para ganar tiempo hacia al futuro, citar la afirmación de Framarino, en el sentido de que las verdades no se contradicen, sino que se armonizan y se complementan entre sí, o aquella de que quien percibió la verdad y quiere declararla, no cambia su versión en las manifestaciones posteriores, ya que la verdad es siempre la misma: en cambio, cuando miente, es natural que varíe su dicho, puesto que la mentira se deja guiar por la imaginación, y ésta es variable por naturaleza» (fls.96 y 97 cd.4).

ERRORES DE EXISTENCIA

Haber dejado de apreciar el Tribunal la diligencia de reconocimiento en fila de personas. Si bien a la prueba se la relacionó, no se la tuvo en cuenta, y ello equivale a ignorar su existencia.

Para que exista error de hecho por preterición de la prueba, se requiere que el fallador desconozca su presencia material en el proceso. Es decir, que ignore su existencia física. Si a la prueba no se la ignora, sino que se la rechaza, porque para el fallador no ofrece crédito, o porque considera, por ejemplo, que no cumple las exigencias legales mínimas de incorporación al proceso, el error, de llegar a existir, ya no será de esta naturaleza.

En el caso *sub judice*, el fallador no ignoró la citada prueba, sino que la desestimó porque consideró que el principal testigo había sido amenazado, situación que descarta, de suyo, la existencia del error denunciado.

Para reafirmar lo dicho, resulta suficiente, transcribir los apartes de la sentencia de segunda instancia, correspondientes al análisis que el Tribunal hace de la referida prueba:

«Es cierto, como lo sostiene la defensa, que el reconocimiento a través de fotografías carece de valor jurídico sino (sic) cumple las condiciones impuestas en el artículo 369 del C. de P. P.; esto es, que se lleve a cabo con la presencia del defensor y del Ministerio Público, y sobre un número no inferior a seis retratos, cuestión que se realiza cuando la persona no está capturada.

«Pero en este caso, no se trata de esa clase de demostración, sino de prueba testimonial, que es de donde se deriva el indicio, como enseguida lo veremos:

«El testigo Luis José Ortiz Clavijo (fls.111), cuenta con claridad que a las 8:30 a.m., del 16 de diciembre de 1991, se presentó en su taller o cambiadero de aceite, un muchacho en son de un permiso para entrar a la quebrada a buscar unos papeles que había botado esa noche, a quien indagó por su nombre, manifestando que se llamaba Carlos y que vivía en los Balkanes...Después de anotar sus rasgos físicos, dice que el jueves siguiente lo reconoció en una fotografía que le llevó la policía judicial de Ibagué. Se refirió, entonces, a Juan Carlos Cardozo Suárez. Finalmente, pone de presente el deponente que fue amenazado por una persona que se movilizaba en una motocicleta... Después, en fila de personas, el procesado de marras no fue reconocido por el nombrado testigo Ortiz Clavijo (fls.315 primer cuad.).

«Dejando de lado lo irregular del reconocimiento realizado por la policía judicial de Ibagué, a través de fotografía, el que en nuestro sentir ningún valor probatorio tiene, relevamos por tener una relación evidente con el procesado, que éste era voluntario de la Cruz Roja, lo cual está debidamente demostrado en el expediente, y que el joven que fuera en busca de los papeles a donde el testigo José Ortiz Clavijo, le expresó que trabajaba en la Cruz Roja, le contó también que se llamaba Carlos, el procesado también se llama Carlos, y dijo ese joven que residía en los Balkanes, y ocurre que a la sazón, el procesado vivía en el barrio de El Espinal llamado Balkanes, cuestión que se deduce de su indagatoria, amén de que ese día el procesado tenía el pelo como lo reseña la testigo en cita, y los rasgos físicos dados por el mismo declarante, coinciden con los del acusado. Por eso, en la Sala existe la convicción de que Ortiz Clavijo entonces dijo la verdad, y que si después cambió la versión, ello se debió a las amenazas de que fue víctima, tal como consta en el proceso (fls.90, 91 y 92 4).

Frente a este análisis, no es posible afirmar, sin incurrir en grave desacierto técnico, que el Tribunal ignoró la prueba aludida. Por el contrario, la analizó a la luz de la sana crítica, de la misma manera como lo hizo el Juez de primera instancia, para finalmente demeritarla, atendiendo, como lo anota la Procuraduría, a circunstancias ajenas al testigo.

Descartada la existencia de los errores de hecho invocados por el casacionista, el cargo planteado al amparo de la causal primera, cuerpo segundo, se queda sin fundamento.

CAUSAL TERCERA

Cargo Primero

Superar la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, el límite máximo de 10 años previsto por el artículo 44 del Código Penal.

Aparte de que la vía de ataque escogida es equivocada, puesto que técnicamente debió plantearse al amparo de la causal primera, por violación directa de la ley sustancial, es lo cierto que el Tribunal, al rebajar la pena privativa de la libertad de 12 a 10 años de prisión, tasó implícitamente, también en diez años, la duración de las penas accesorias, descartándose, por tanto, cualquier transgresión a los máximos fijados en el precepto citado.

Basta examinar la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia, para advertir que las penas accesorias se impusieron por un tiempo igual a la principal y que, por ello, al rebajarse esta última a diez años, también se reducían a este término las primeras.

EL CARGO NO PROSPERA

Cargo Segundo

Absoluta falta de motivación de la pena accesoria de suspensión de la patria potestad.

Insistentemente la Corte ha sostenido que la pena accesoria de suspensión de la patria potestad, por ser discrecional, debe ser fundamentada, y que su imposición debe guardar relación con el hecho que se imputa. Además, que debe tener aptitud de corrección, puesto que no se puede suspender lo que no existe.

En el presente caso, hay que decir, con la Delegada, que la referida pena se impuso sin ninguna motivación, frente a un caso que no la ameritaba y en relación con una persona que manifestó en indagatoria no tener hijos.

Por ello, se casará parcialmente el fallo, con el fin de invalidar su aplicación.

EL CARGO 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:

CASAR PARCIALMENTE el fallo impugnado, para dejar sin efecto la pena accesoria de suspensión de la patria potestad impuesta al procesado. En lo demás, la sentencia recurrida conserva su validez.

Notifíquese y devuélvase al tribunal de origen. Cúmplase.

Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Luis Arnoldo Zarazo Oviedo, Conjuez; Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

COLISION DE COMPETENCIA/ JUEZ DE EJECUCION DE PENAS

El acuerdo 54 del mes de mayo de 1994 anadió que los anteciados funcionarios (Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad) conocerían "... de todas las cuestiones relacionadas con la ejecución punitiva de los condenados que se encuentran en las cárceles del respectivo Circuito donde estuvieren radicados, sin consideración al lugar donde se hubiere proferido la respectiva sentencia...", insistiendo en que "En los sitios donde no exista aún Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, continuará dándose cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 15 transitorio del Código de Procedimiento Penal

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., treinta (30) de mayo de mil novecientos noventa y seis (1996)

Magistrado Ponente: Dr. *Didimo Páez Velandia*

Aprobada Acta No. 82.

Proceso No. 11672

VISTOS

Conoce la Corte del conflicto negativo de competencia suscitado entre los Juzgados 31 Penal Municipal de Medellín (Antioquia) y el de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Acacías (Meta), para seguir conociendo del proceso seguido contra Norberto de Jesús Monsalve, en lo relacionado con la vigilancia para el cumplimiento de la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas impuesta en la sentencia.

ANTECEDENTES INMEDIATOS

De las diligencias remitidas a esta Corporación para dirimir el conflicto, se tiene que el Juzgado 31 Penal Municipal de Medellín, mediante sentencia de fecha 11 de septiembre de 1989, condenó a Norberto de Jesús Monsalve a la pena principal y privativa de la libertad de treinta y cuatro (34) meses de prisión; a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un período igual al de la pena principal; al pago de perjuicios morales y materiales en cuantía de cinco mil pesos ($ 5.000.oo)

y le otorgó el subrogado de la condena de ejecución condicional, mediante caución juratoria al tenor de los previsto en el artículo 69 del Código Penal.

En proveído de fecha 21 de febrero de 1990, por incumplimiento de las obligaciones contraídas (presentaciones personales cada treinta días y el pago de los perjuicios), el Juzgado 31 Penal Municipal de Medellín revocó el subrogado otorgado y dispuso la captura del condenado, siendo puesto a disposición del citado despacho judicial el 29 de junio de 1993, según oficio No. AJ 2659 de la Cárcel del Distrito Judicial de la misma ciudad, en virtud a que el Fiscal 65 de la Unidad Ley 30 y Varios le otorgó el beneficio de libertad provisional dentro de las diligencias que se le adelantaban por infracción a la Ley 30 de 1986.

Como quiera que el INPEC fijara como sitio de reclusión para que el condenado purgara su sanción la Colonia Penal de Oriente en Acacías (Meta) y ante petición del interno sobre el subrogado de la libertad condicional, por auto de fecha 13 de enero de 1995, el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de dicha ciudad, avocó el conocimiento del asunto y ordenó, entre otras cosas, que se solicitara el expediente al Juzgado 31 Penal Municipal de Medellín. Recibido el proceso y el concepto sobre el perfil Psicológico e informe de la Trabajadora Social del establecimiento carcelario, el subrogado le fue negado mediante proveído de fecha 22 de febrero siguiente.

Finalmente, y ante petición del procesado para que se ordenara su libertad por pena cumplida, el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad ordenó la libertad inmediata e incondicional de Norberto de Jesùs Monsalve el 27 de diciembre de 1995, por pena cumplida.

Libradas las comunicaciones correspondientes y ejecutoriada la decisión ya mencionada, por auto de fecha 22 de enero del corriente año, el aludido Juzgado ordenó que "con relación a las penas accesorias decretadas por el *a quo* dentro de la sentencia condenatoria, las mismas empezarán a regir a partir de la fecha en que se profirió el auto que concediera la libertad, conforme lo demanda el art. 55 del C. P., para lo cual se oficiará a las autoridades pertinentes."

"Una vez realizado lo anterior, envíense los respectivos cuadernos al *a quo*".

La Colisión

En proveído de fecha 20 de febrero del corriente año, el Juzgado 31 Penal Municipal de Medellín, propone colisión negativa de competencia al Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad en consideración a que de conformidad con lo preceptuado en los artículos 75, 500 y 508 del Código de Procedimiento Penal, "le corresponde por competencia conocer de todos los asuntos posteriores a la ejecución de la sentencia,

incluidas la vigilancia del cumplimiento de las penas accesorias, así como la extinción de la condena perdiendo el juzgado de conocimiento competencia para dicha materia."

El funcionario judicial de Acacías acepta la colisión propuesta, pues considera que en el presente caso, "no existe compromiso alguno por parte del sentenciado ya que no se trata de una libertad condicional que requiera un seguimiento, sino una libertad definitiva e incondicional por haber cumplido la pena principal. No existiendo razón alguna que permita suponer la suspensión de la revocatoria de esta decisión".

"Por otra parte en ningún momento la norma que atribuye la competencia a los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad (art. 75 del C. P.P.), establece el seguimiento del cumplimiento de las penas accesorias entendiendo que estas le corresponden a las autoridades encargadas de vigilar las funciones públicas para lo cual se dio el correspondiente aviso" (auto de marzo 22/96).

Consideraciones de la Corte

Además de la taxativa comperencia que el artículo 75 del Código de Procedimiento Penal atribuye a los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, el Acuerdo 14 del 7 de julio de 1993 del Consejo Superior de la Judicatura, precisó que también la tienen para conocer de todas las cuestiones relacionadas con la ejecución de las sentencias proferidas contra condenados que se hallen en las cárceles del Distrito Capital, sin consideración al lugar donde se hubiere proferido la respectiva sentencia. "No debe confundirse, entonces, el superior jerárquico que determina el Distrito Judicial al que pertenece un funcionario con la competencia que éste tiene, y consecuencialmente, el superior funcional, que en el caso de los jueces de ejecución de penas lo señala el art. 76 del C. de P.P.".

Dicho Acuerdo, autorizó el funcionamiento de Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad con sede en Santafé de Bogotá, Cúcuta, Ibagué, Popayán, Tunja, Palmira, Calarcá y Acacías, les atribuyó categoría y remuneración como Jueces del Circuito y previó sobre su nombramiento que le correspondería a los "respectivos Tribunales Superiores de los Distritos en donde tengan su sede...", en tanto que el Acuerdo 54 del mes de mayo de 1994 añadió que los antecitados funcionarios conocerían "...de todas las cuestiones relacionadas con la ejecución punitiva de los condenados que se encuentren en las cárceles del respectivo Circuito donde estuvieren radicados, sin consideración al lugar donde se hubiere proferido la respectiva sentencia...", insistiendo en que "En los sitios donde no exista aún Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, continuará dándose cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 15 transitorio del Código de Procedimiento Penal".

Esta Sala en providencia de fecha 26 de marzo del corriente año, con ponencia del Magistrado doctor Juan Manuel Torres Fresneda y que ahora reitera, puntualizó que "Sobre el particular importa observar que el anotado Acuerdo 14 del Consejo Superior de la Judicatura crea algunos Juzgados de Penas, fija su sede territorial, determina su categoría y remuneración y señala la Corporación encargada de su nombramiento, pero no modifica, ni podía hacerlo, aspectos referentes a la competencia de los juzgados puestos en funcionamiento, por cuanto esta se halla señalada en el artículo 75 del Código de Procedimiento Penal."

"No obstante, y como apenas puso en funcionamiento esa clase de Despachos en unas pocas sedes, es comprensible que mediante Acuerdo 54 de la misma Corporación hubiera añadido que esos despachos conocerían "...de todas las cuestiones relacionadas con la ejecución punitiva de los condenados que se encuentran en las cárceles del respectivo Circuito donde estuvieren radicados, sin consideración al lugar donde se hubiere proferido la respectiva sentencia...", lo que lejos de contradecir el precepto del artículo 76 del Código de Procedimiento Penal lo cumple y realiza, en cuanto en éste se advierte que de la segunda instancia de las providencias adoptadas por los jueces de ejecución de penas conocerán " los superiores jerárquicos que hayan dictado la sentencia condenatoria de primera instancia".

"Si bien se coleja este precepto con los principios que rigen en materia de colisión de competencia bajo la redacción de los artículos 68-5, 70-5 y 72-5 del Código de Procedimiento Penal, valga decir que ya no sólo sobre factores territorial, material, foral y de cuantía que regirían con precedencia al fallo definitivo, sino subordinado a los factores funcional y jerárquico, fácil se infiere que para casos como el aquí propuesto a la consideración de la Sala, ninguna posibilidad asoma para que sea la Corte la que dirima el conflicto".

"En efecto, ya se ha visto que a los juzgados de ejecución de penas se les fijó su sede en el territorio de precisos distritos judiciales, que son los encargados de proveer su nombramiento, pero que su competencia, como era de esperarse, ni se circunscribió a los asuntos del conocimiento de una sola categoría de despachos, ni exclusivamente a los procesos surgidos de conductas ocurridas en su sede, sino que dentro de un criterio de ubicuidad, se dieron a su conocimiento todas aquellas causas falladas en cualquier parte del territorio nacional, a condición apenas, de que el reo de cuya situación se trate, se halle purgando pena en alguna de las cárceles localizada en el Circuito de su sede."

"Desde este aspecto resulta comprensible que cuando surjan diferencias para establecer si quien conoce de una determinada causa será el Juzgado que la falló en primera instancia, o en su defecto un juez de ejecución de penas, las diferencias no están involucrando a jueces de

distintos distritos judiciales, sino a dos llamados en principio -con abstracción del factor territorial- para entrar a dirimir conflictos relacionados con la ejecución de la sentencia, pero en el mismo grado sometidos en la revisión de sus decisiones a un mismo y único "superior jerárquico" fijado expresamente por la ley (artículo 76 del Código de Procedimiento Penal), que no es necesariamente la Corte Suprema de Justicia, sino el "de los jueces que hayan dictado la sentencia condenatoria de primera instancia".

"Por ser lo anterior así, y entendido que dentro de esta sistemática media una organización distinta de la general y acomodada a la necesidad de mantener una unidad de criterio para la ejecución de la trascendental tarea del tratamiento penitenciario, nada distante de la individualización de las sanciones y de las medidas de seguridad, resulta de recibo comprender que dentro de los principios que emanan de las normas sobre competencia, aquí el factor determinante y prioritario bajo la caracterizada ubicuidad de los pronunciamientos que corresponden a los jueces de ejecución de penas, lo ha fijado el artículo 76 del Código de Procedimiento Penal, complementando en ello las disposiciones de los artículos 68-5, 70-5 y 72-5 *ibidem*".

En el presente caso, la colisión se formaliza entre un Juzgado Penal Municipal de Medellín, dentro del Distrito Judicial de la misma ciudad, y el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, que independientemente de su sede, es competente para conocer de asuntos que hubiese fallado el primero, en cuyo caso sus decisiones tienen expresa subordinación jerárquica y superior común, en los Jueces Penales del Circuito de dicha localidad, infiérese que no se dan las condiciones para que esta Sala de la Corte ingrese a terciar en el conflicto suscitado, debiendo inhibirse del pronunciamiento que se le provoca.

En mérito de lo expuesto la *Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal*, SE ABSTIENE de conocer sobre el conflicto negativo planteado, y como consecuencia ordena remitir la actuación al Juzgado Penal del Circuito (reparto) de Medellín, para lo de su cargo.

Comuníquese esta determinación a los jueces trabados en conflicto y cúmplase.

Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

SECUESTRO/ FAVORECIMIENTO

El demandante olvida la particular naturaleza del secuestro como delito permanente y de conducta alternativa, cuya ejecución comienza en el momento en que la persona es privada arbitrariamente de su libertad y se continúa cometiendo mientras el retenido sea mantenido en esa situación. Además, basta la realización de cualquiera de los verbos rectores del tipo para que se cometa el hecho punible. Esto es, autor no es solamente el que sustrae o arrebata, sino el que retiene u oculta.

2.-Incurre en favorecimiento el ciudadano que sin haber participado en el hecho punible y sin concierto previo, ayuda a eludir la acción de la autoridad o a entorpecer la investigación.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., treinta (30) de mayo de mil novecientos noventa y seis (1996).

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Enrique Córdoba Poveda*

Aprobado Acta No.82

Proceso No. 9335

Vistos

El 3 de mayo de 1993, un Juzgado Regional de Medellín, condenó a Denis Delgado Gaviria y a Kenier Fabián Alzate Delgado a la pena principal de veintiún (21) años y cuatro (4) meses de prisión y multa de ciento diez salarios mínimos mensuales como pena principal y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, en calidad de coautores del delito de secuestro extorsivo.

El Tribunal Nacional confirmó la anterior decisión, mediante sentencia del 24 de agosto de 1993, pero revocó la pena de multa y rebajó la de prisión a nueve (9) años y al mismo lapso la de interdicción de derechos y funciones públicas. Más adelante, concedió el recurso extraordinario de casación, oportunamente interpuesto.

Esta Corporación declaró la respectiva demanda ajustada a las exigencias legales, por lo que dispuso oír al Ministerio Público, el que repre-

sentado por el Procurador Segundo Delegado en lo Penal, sugirió no se casara el fallo impugnado.

Ahora, corresponde a la Sala resolver lo pertinente luego de hacer un análisis de los siguientes:

Hechos

El 19 de diciembre de 1990, un poco después de las seis de la tarde, el señor Alberto Restrepo Giraldo se disponía a abordar el vehículo de su propiedad, cuando fue interceptado por cuatro hombres quienes utilizando armas de fuego lo obligaron a colocarse en la bodega de un automóvil que se encontraba junto a los delincuentes. En ese automotor lo condujeron hasta una pequeña habitación en el Barrio Laureles de Medellín, donde lo mantuvieron retenido contra su voluntad hasta el día 4 de enero de 1s991, día en que fue rescatado por la Policía de esa ciudad.

Los secuestradores habían exigido a la familia del comerciante secuestrado dos millones de dólares.

En el operativo fueron capturados Jhon Darío Alvarez, Denis Delgado Gaviria y Kenier Fabián Alzate Delgado.

Actuación Procesal.

El 8 de enero de 1991 se abrió el correspondiente proceso penal y el mismo día fueron indagados Denis Delgado Gaviria, Jhon Darío Alvarez y Kenier Fabián Alzate Delgado.

Por auto del 14 de enero se decretó la detención preventiva de los indagados.

El 25 de febrero de 1992 se dictó resolución de acusación contra Denis Delgado Gaviria y Kenier Fabián Alzate Delgado por el delito de secuestro extorsivo, en calidad de coautores. Así mismo se ordenó cesar el procedimiento contra Jhon Darío Alvarez, por muerte.

En pronunciamiento del 12 de agosto de 1992, la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional confirmó la resolución de acusación.

La sentencia de primera instancia se dictó el 3 de mayo de 1993 y la de segunda el 24 de agosto siguiente.

Argumentos de la demanda

En favor de los intereses de la procesada Denis Delgado Gaviria se presentó la demanda de casación, al amparo de la causal primera, por la presunta violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida, en cuanto el impugnante considera que la norma aplicable a esta procesada es el artículo 176 del C. P., que trata del favorecimiento (encubrimiento).

El libelista parte del testimonio del mismo ofendido, en cuanto afirma que la señora Denis solo apareció en los últimos días; momento desde el cual mejoró mucho la comida que había sido muy deficiente en los días iniciales. También alude a las confidencias que ésta le hiciera en el sentido de que el marido la mantenía sometida y no le comentaba las cosas que hacía.

El recurrente asegura que no está demostrado por ningún medio probatorio que la procesada hubiera participado en el secuestro y que, por tanto, la conducta asumida por ella es la de encubridora pero no coautora del delito que ha sido motivo de investigación.

Solicita se case la sentencia y se dicte la que deba reemplazarla, de conformidad con las previsiones del artículo 220 del C. de P. Penal.

En representación del procesado Alzate Delgado, se presentó una segunda demanda, al amparo de la causal primera de casación, por estimar el impugnante que se incurrió en una violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida, pues, en su opinión, su representado es un simple cómplice del delito de conformidad con las previsiones del artículo 24 del C. P.

El actor sostiene que está demostrado que su protegido no participó en la privación de la libertad del secuestrado, pero sí lo cuidó con posterioridad, y que su presencia a partir del 22 de diciembre se encuentra corroborada con los testimonios de Nelly Delgado de Carmona, tía del procesado, y de las vecinas Piedad Gómez Yarce, Consuelo del Socorro Gómez Yarce y Luz Emilia Ceballos Hoyos.

Igualmente aduce que la presencia del procesado en la ciudad de Medellín hasta el 22 de Diciembre tiene respaldo probatorio en las declaraciones de Witer Lilián Delgado de Jaramillo, Geovani Albeiro Alzate Delgado, Ariana Oviedo Espitia, Jorge Iván Velásquez y Nubia Ester Delgado de Alzate "Quienes al unísono y en forma por demás categórica aseveraron que Kenier Fabián Alzate Delgado arribó a Medellín procedente de la costa el 22 de diciembre de 1990 y por lo tanto fue imposible que participara como coautor en el secuestro del señor Alberto Restrepo Giraldo ocurrido el 19 de diciembre de 1990".

El censor solicita se case la sentencia atacada y se dicte la de reemplazo, por complicidad en el secuestro de conformidad con el numeral 1 del artículo 220 del C.de.P.P.

Criterio del Procurador Segundo Delegado en lo Penal

El agente del Ministerio Público, inicia su argumentación afirmando que siendo comunes los vicios que exhiben las demandas es posible "efectuar un mancomunado estudio de las mismas, salvo en lo relacionado con puntuales aspectos que a su turno se expondrán".

Arguye que el casacionista olvida el carácter de permanente que tiene el delito de secuestro y que "de la ejecución de cualquiera de las conductas descritas en el tipo puede predicarse la comisión de dicho delito. Esta confusión se agrava, además, cuando deja de lado la institución delictual de la coautoría impropia en la cual la división de trabajo es una de sus fundamentales características".

Ello se evidencia del esfuerzo del casacionista por demostrar en las dos demandas que los procesados no participaron materialmente en la privación de la libertad del señor Restrepo Giraldo.

Para el Delegado "En efecto, si bien es cierto que se ha demostrado en el proceso la concurrencia de la procesada Denis Delgado al lugar de cautiverio para los últimos días de retención del secuestrado y que el arribo de Kenier Fabián Alzate a la ciudad de Medellín ocurrió para el día 22 de diciembre de 1990, no es menos cierto que la conducta desplegada por los mismos fue la de cuidar y alimentar al cautivo, asumiéndose el rol que los vinculaba a la continuidad temporal del secuestro, desarrollando actividades, que por más que aisladamente puedan ser consideradas como humanitarias es lo cierto que, dentro de la realidad procesal corresponden al cumplimiento de la división de trabajo delictual, imprescindible además, para que el secuestrado permaneciera con vida y el fin perseguido persistiera".

En sentir del Procurador, para el perfeccionamiento de este delito no es menester que el sujeto activo "participe materialmente en la violenta retención de la víctima" pues, como en el caso presente, basta con que colabore con los cuidados posteriores que se dispensan a la persona cuando ya se encuentra privada de la libertad.

Estima equívoca la comprensión del tipo penal que el actor propone en el primer caso, esto es, en cuanto al delito de favorecimiento tipificado en el artículo 176 del C. P., porque el hecho de alimentar a la persona privada de la libertad no se puede entender como elusión de la acción de la autoridad o entorpecimiento de la investigación correspondiente, sino que considera incuestionable que la conducta realizada por la procesada es atentatoria contra la libertad individual y no contra la administración de justicia.

Refiriéndose a la segunda demanda, el Delegado destaca que es el mismo procesado quien afirma que su papel en el secuestro fue custodiar a la víctima, "lo cual es indubitable forma de participación en el hecho criminal".

Con estos argumentos, el colaborador del Ministerio Público conceptúa que no se debe casar la sentencia impugnada.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Tal como lo afirma el representante del Ministerio Público, verdaderamente las dos demandas exhiben yerros de técnica similares, pues, a pesar de que en ambas se postula la supuesta violación directa de la ley sustancial, en la medida en que en la primera se alega que la procesada Denis Delgado Gaviria no es copartícipe del secuestro sino que debe ser condenada por el favorecimiento previsto en el artículo 176 del C. P., y en la segunda se argumenta que la participación de Alzate Delgado no fue la de coautor sino la de simple cómplice, los dos libelos cuestionan los medios probatorios, de manera que la argumentación lleva al censor a desarrollar una violación indirecta, por falso juicio de existencia.

En el primer caso, se aduce que no fue tenido en cuenta el testimonio del propio secuestrado quien estimó que la procesada era inocente porque su esposo la amenazaba. En el segundo, por no haber sido considerado el testimonio de numerosos declarantes, con los que se demuestra que Alzate Delgado llegó de la costa el 22 de diciembre y que, en tales condiciones, no podía haber participado en la sustracción violenta de la víctima.

Olvida el recurrente que cuando se escoge la violación directa como vía de impugnación, se deben aceptar los hechos y las pruebas en la forma como fueron tenidas y apreciadas por el fallador, sin que sea permitido hacer cuestionamientos a los aspectos fácticos existentes en el proceso. La controversia, por este motivo de violación de la norma sustancial, es eminentemente jurídica.

Por otra parte, y en lo que respecta a la demanda presentada a nombre de Denis Delgado, se incurrió en otro error de técnica, ya que si se condenara por favorecimiento como lo propone el censor, la sentencia no estaría en consonancia con la resolución de acusación, la que se profirió por secuestro.

La causal que se debe invocar para plantear un cargo de esa naturaleza es la tercera del art. 220 del C. de P.P., por violación de la garantía del debido proceso, al considerarse errónea la denominación jurídica del hecho.

Descontadas las deficiencias técnicas que exhiben las demandas, tampoco hay lugar para otorgarle la razón al censor en ninguno de los casos. Al parecer, el demandante olvida la particular naturaleza del secuestro como delito permanente y de conducta alternativa, cuya ejecución comienza en el momento en que la persona es privada arbitrariamente de su libertad y se continúa cometiendo mientras el retenido sea mantenido en esa situación. Además, basta la realización de cualquiera de los verbos rectores del tipo para que se cometa el hecho punible. Esto es, autor no es solamente el que sustrae ó arrebata, sino el que retiene u oculta.

Esa aclaración es importante porque la circunstancia de que los dos procesados no hayan participado en la acción de arrebatar al comerciante Restrepo Giraldo, no quiere decir que no hayan intervenido en el delito de secuestro; la mujer, con el trabajo asignado de cuidar de su alimentación; y Alzate Delgado custodiándolo a partir del día que llegó de la costa. La ausencia de los dos implicados en la acción inicial de privar de la libertad injustamente al comerciante no los convierte en encubridores ni cómplices, como lo pretende el censor.

Mal puede pretender el impugnante que la conducta de la procesada se ubique en el delito tipificado en el artículo 176 del C. P. porque, conforme a esa norma, incurre en favorecimiento el ciudadano que sin haber participado en el hecho punible y sin concierto previo, ayuda a eludir la acción de la autoridad o a entorpecer la investigación. Y es apenas obvio, que el hecho de saber que se trataba de un ciudadano injustamente privado de la libertad y haber accedido a darle alimentación y a cuidar de sus necesidades, son acciones a las que no se les podría señalar como objetivo el de ayudar a eludir la acción de las autoridades, ni de entorpecer la investigación. Se trata simple y llanamente de un acto de participación en el delito de secuestro extorsivo, en la forma de coautoría impropia.

En iguales circunstancias se encuentra Alzate Delgado, porque como ya se dijo en precedencia, el hecho de no haber intervenido en el acto inicial de privación injusta de la libertad del comerciante cuando fue arrebatado por los secuestradores, no le quita el carácter de coautor, puesto que posteriormente lo custodia, realizando una actividad que es común en este tipo de empresas criminales en las que cada uno de los miembros de la banda cumple una parte del plan.

En las circunstancias precedentes no le asiste la razón al impugnante y, por tanto, tal como lo solicita el Procurador Segundo Delegado en lo Penal, se rechazarán los cargos formulados en ambas demandas.

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 y devuélvase a la oficina de origen.

Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge E. Córdoba Poveda, Edgar Lombana Trujillo, Conjuez; Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

HOMICIDIO CULPOSO/ PRESCRIPCION

El delito de homicidio culposo en accidente de tránsito según lo preceptúa el artículo 329 del Código Penal, tiene prevista como pena privativa de la libertad un máximo de seis años de prisión. La que se aumenta hasta en la mitad por la circunstancia agravante prevista en el numeral 1o. del artículo 330 id... o sea que el término prescriptivo de la acción sería el de nueve (9) años según las voces del artículo 80 del estatuto citado.

Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Penal. Santafé de Bogotá D.C. treinta (30) de mayo de mil novecientos noventa y seis (1996).

Magistrado Ponente: Dr. *Dídimo Páez Velandia*

Aprobado Acta No. 82.

Proceso No. 10513

VISTOS

Hallándose este asunto para decidir el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado Juan Pablo Saiz Martínez contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de esta ciudad el veinticinco (25) de enero de 1995, confirmatoria con algunas adiciones de la dictada por el Juzgado 62 Penal del Circuito de la misma ciudad el 22 de agosto de 1994, encuentra la Sala que no es posible realizar pronunciamiento de fondo, por cuanto la acción penal se halla prescrita.

ANTECEDENTES

1° El 29 de septiembre de 1990 siendo aproximadamente las 0:55 a.m., en el cruce de la carrera 9a. con calle 72 de esta ciudad, colisionaron los vehículos Mazda con placas AP 9159 conducido por Juan Pablo Saiz Martínez y Chevrolet Monza con placas AS 3657 al mando de Adriana Ivonne Rozo Salamanca. Como consecuencia de la colisión, el segundo subió al andén de la Avenida de Chile y causó la muerte instantánea a José Ramiro Ascencio Guzmán y lesiones con incapacidad de 35 días a Jorge Francisco Delgado Campo.

A la investigación que adelantó el Juzgado 76 de Instrucción Criminal de Santafé de Bogotá, fueron vinculados los conductores de los automotores colisionados, contra quienes se profirió el 14 de marzo de 1991 resolución de acusación como coautores de los delitos de homicidio culposo (artículo 329 del C.P.) y lesiones personales culposas (artículo 340 id.), en concurso material de hechos punibles (fl. 351 del Cuad. original No. 1), la que causó ejecutoria el 5 de abril de 1991 a las 6:00 p.m., por no haber sido impugnada según constancia secretarial visible a folio 364 vto.

2° Los ciudadanos Oliverio Ascencio y Carmen Arenas de Ascencio, reconocidos como parte civil en este asunto, a través de su apoderado desistieron de la acción civil con relación al procesado Juan Pablo Saiz Martínez quien finalmente resultó condenado por la muerte de José Ramiro Ascencio, siendo aceptada su manifestación en proveído del 29 de enero de 1992 por el Juzgado 18 Superior de esta ciudad (fl. 227 Cuad. original No,. 2).

En cuanto hace referencia a la procesada Adriana Ivonne Rozo Salamanca, en proveído de fecha 28 de abril de 1994, el Juzgado 62 Penal del Circuito de esta ciudad (antes 18 Superior) cesó procedimiento en su favor por el delito de homicidio culposo por indemnización integral del daño causado, ordenándose que la actuación continuara en su contra exclusivamente por el punible de lesiones personales culposas (fl. 386 cuad. No. 2).

3° Concluido el debate público, se dictó sentencia el 23 de agosto de 1994, mediante la cual condenó al citado procesado a la pena privativa de la libertad de veintiocho (28) meses de prisión como autor de los delitos de homicidio y lesiones culposos en accidente de tránsito y a Adriana Ivonne Rozo Salamanca a un (1) mes y quince (15) días de prisión, como coautora del punible de lesiones personales culposas; suspensión en ejercicio de conducir automotores por un (1) año y por seis (6) meses, respectivamente; al primero a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un término igual al de la pena principal; les concedió el subrogado de la condena de ejecución condicional y, finalmente, los condenó solidariamente a pagar como indemnización por los perjuicios morales y materiales en favor del lesionado Jorge Francisco Delgado Campo, la suma equivalente a trescientos cincuenta (350) gramos oro, para lo cual dispuso que ejecutoriado el fallo, se enviaran copias de lo pertinente a los Juzgados Civiles del Circuito de Santafé de Bogotá, para proceder al remate del automóvil Mazda 323, modelo 1984, con placas AP -9159 de propiedad de Saiz Martínez, embargado y secuestrado en estas diligencias (fl. 451 cuad. No. 2); confirmada por el Tribunal Superior de esta ciudad según fallo del 16 de noviembre siguiente, con la adición referente a fijar como plazo para pagar la indemnización de perjuicios al lesionado Delgado Campo, el de tres (3) meses contados a partir

de su ejecutoria, la que se liquidará al valor que tenga el gramo oro al momento de hacerse efectivo el pago (fl. 59 y ss. Cuad. del Tribunal).

Interpuesto por el defensor de Saiz Martínez el recurso extraordinario de casación y presentada la correspondiente demanda, las diligencias llegaron a esta Corporación el 4 de mayo de 1995, sometidas a reparto el 10 de los mismos y puestas a consideración del Magistrado sustanciador el día siguiente, quien por auto de 12 de junio declaró ajustada a derecho la demanda y ordenó correr traslado de ella al Ministerio Público.

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal emitió concepto el 9 de enero del corriente año y una vez la Corte reinició sus labores el 11 de los mismos, el proceso fue remitido a Secretaría y esta lo pasó al despacho del Magistrado sustanciador al día siguiente.

El 6 de marzo el defensor elevó solicitud de permiso para que el procesado pudiera salir del país con destino a Europa con el fin de atender compromisos comerciales, pero al día siguiente desistió por quebrantos en la salud de su representado, motivo por el cual fue atendido su último escrito mediante auto de la misma fecha, ingresando definitivamente el proceso para fallo el 11 de marzo del corriente año.

Consideraciones de la Corte:

1° El delito de homicidio culposo en accidente de tránsito por el cual se le dictó resolución de acusación al procesado Juan Pablo Saiz Martínez, según lo preceptúa el artículo 329 del Código Penal, tiene prevista como pena privativa de la libertad un máximo de seis (6) años de prisión, la que para el caso concreto se aumenta hasta en la mitad por la circunstancia agravante prevista en el numeral 1° del artículo 330 id., o sea que el término prescriptivo de la acción sería el de nueve (9) años según las voces del artículo 80 del estatuto citado.

En cuanto al punible de lesiones personales culposas por el que se condenó tanto a Saiz Martínez Como a Adriana Ivonne Rozo Salamanca, al haberse Dictaminado por los legistas a Jorge Francisco Delgado Campo una incapacidad de treinta y cinco (35) días (Fl. 223 - Cuad. original No. 1), Sin determinarse posteriormente secuela alguna, La pena máxima de tres (3) años de prisión prevista en el Inciso 2° del artículo 332 del Código Penal, queda disminuida en las tres cuartas partes como lo determina el artículo 340 ibídem. Es decir, la sanción máxima sería la de nueve (9) meses de prisión para Adriana Ivonne Rozo Salamanca, La que se incrementa hasta en la mitad para Juan Pablo Saiz Martínez (artículo 330 id.) en virtud de la agravante ya mencionada conforme lo describe el artículo 341 del Código Penal, es decir a trece (13) meses y quince (15) días de prisión.

Empero, como el inciso 2° del artículo 84 de la citada codificación establece que «Interrumpida la prescripción, principiará a correr por tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 80. En este caso el término no podrá ser inferior a cinco (5) años», ha de determinarse si dicho lapso para este momento ya se cumplió.

2° La resolución de acusación dictada por el Juzgado 76 de Instrucción Criminal de Santafé de Bogotá de fecha 14 de marzo de 1991, quedó ejecutoriada el 5 de abril del mismo año, es decir, que a esta fecha han transcurrido más de cinco (5) años sin que el fallo definitivo haya alcanzado ejecutoria, razón por la cual se impone la cesación de procedimiento en favor de los acusados, pues, se repite, si para los delitos de homicidio y lesiones personales culposos en las circunstancias ya mencionadas el término prescriptivo según el artículo 84 del Código Penal «principiará a correr de nuevo por tiempo igual a la mitad del máximo del señalado en el artículo 80», sin que pueda ser inferior a cinco (5) años, no admite duda alguna la acción penal se encuentra prescrita y así deberá declararse.

3° Ha de advertirse que con relación a la acción civil, ella se ejercitó dentro del proceso penal respecto del delito de homicidio, pero como los procesados indemnizaron a los titulares del derecho, con relación a Saiz Martínez se aceptó el desistimiento de la parte civil y, en cuanto a Adriana Ivonne Rozo Salamanca se cesó procedimiento.

Así mismo, como quiera que la acción civil proveniente del delito de lesiones personales causadas a Jorge Francisco Delgado Campo no se ejerció dentro del proceso penal, no puede la Corte dar aplicación al artículo 108 del Código Penal, pues su prescripción operaría en veinte (20) años si su titular la ejercitó independientemente ante autoridad competente, en la oportunidad y en las condiciones previstas en la ley.

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

RESUELVE:

1° DECLARAR prescrita la acción penal en relación con los delitos de homicidio y lesiones culposos por los cuales se acusó a los procesados Juan Pablo Saiz Martínez y Adriana Ivonne Rozo Salamanca en estas diligencias en que fueran víctimas José Ramiro Ascencio Guzmán y Jorge Francisco Delgado Campo, respectivamente y en consecuencia, ORDENAR cesar procedimiento en su favor.

2° De acuerdo con lo anterior, decrétase el desembargo del automóvil Mazda 323, modelo 1984, con placas AP -9159 de propiedad de Juan Pablo Saiz Martínez. Por el Juzgado del conocimiento se librarán los oficios correspondientes.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda Carlos Augusto Gálvez Argote, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

IMPEDIMENTO/ INTERES EN EL PROCESO

El interés que hace referencia la norma debe relacionarse al proceso mismo que se tramita y no a situaciones diferentes, por cuanto aceptarlo en ese sentido sería reconocer una interpretación extensiva que no resulta acorde con la naturaleza de la institución procesal de los impedimentos, la cual es de carácter restrictivo. Aceptar el impedimento podría originar dificultades en los trámites legales de los asuntos respectivos y que si se llegase a aceptar estaríamos en presencia de un impedimento recíproco a lo cual solamente se podría recurrir dentro de lo previsto en el numeral 10 del artículo 103 del estatuto adjetivo penal.

Se concluye entonces, que se hace exigible la vinculación del funcionario al proceso o investigación respectiva para que se presente el interés, queriendo con ello evitar el que se busque el separar al funcionario del conocimiento de la actuación. No debe bastar por tanto, con la simple denuncia. En el evento, se concluye, de aceptar ese impedimento se correría con el riesgo de dejar sin juez la investigación y fallo de los procesos contra los miembros de la Comisión de Acusaciones, por cuanto al ser desplazados los Honorables Magistrados por los Señores Conjueces, se presentaría en igual forma para estos últimos el impedimento citado.

Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Penal.-Santafé de Bogotá D.C. treinta (30) de mayo de mil novecientos noventa y seis (1996).

Conjuez Ponente: doctor Luis Bernardo Alzate Gómez

Aprobado Acta de Conjueces No. 010

Proceso : 11019

VISTOS

Resuelve la Sala de Conjueces la manifestación de impedimento presentada por los honorables magistrados de la Sala Penal, en la actuación que se adelanta contra los señores Representantes a la Cámara Heyne Sorge Mogollón y Tarquino Pacheco Camargo, quienes se desempeñan como miembros de la Comisión de Investigación y Acusación de esa Corporación.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Como se ha planteado, el impedimento radica en la consideración de los Honorables Magistrados de concurrir en la causal de impedimento prevista en el numeral 1o. del artículo 103 del Código de Procedimiento Penal que prevé el interés en el proceso por parte del funcionario judicial.

En tal sentido a través de auto de fecha 15 de diciembre de 1995 se aceptó el impedimento manifestado por los Honorables Magistrados Ricardo Calvete Rangel, Carlos Eduardo Mejía Escobar y Didimo Páez Velandia, por considerar que al ser miembro de la Comisión de Acusaciones el doctor Rincón Pérez le correspondería investigar a los señores Magistrados de la Sala de Casación Penal de lo cual nace un interés directo en los asuntos que se tramitan en ambas Colegiaturas. Al tenerse demostrada esa condición y dada la eventualidad de quienes mutuamente se investigan surge interés que afecta la administración de justicia por lo que se entendió que era viable aceptar el impedimento.

A su vez, mediante auto de fecha siete de marzo del presente año se aceptó el impedimento manifestado por los Honorables Magistrados doctores Fernando Arboleda Ripoll y Juan Manuel Torres Fresneda.

En el auto anterior salvó voto el señor Conjuez doctor Eduardo Torres Escallón, quien consideró que no se presentaba la causal invocada, dado que el interés directo no existía, por cuanto el interés hace referencia con el mismo asunto y no con otros diferentes como ocurriría en el presente caso. Se agrega por parte del señor Conjuez que sería aceptar circunstancias hipotéticas y futuras, como sería la de una acusación posterior a la norma invocada. Recuerda cómo se podría crear una situación de inmensa gravedad, como sería la de dejar sin juez la investigación y fallo de las conductas que se les endilgan a los señores miembros de la comisión citada, por cuanto los reemplazos de los señores Magistrados se hallarían en la misma circunstancia.

En verdad, la posición de las salas de conjueces venía siendo la de aceptar los impedimentos manifestados por los honorables Magistrados en los procesos que se ventilan en contra de los miembros de la Comisión de Acusaciones de la Cámara de Representantes.

Esta situación, tomando como base la presentación de salvamentos de votos en el mismo sentido del anteriormente citado, originó un replanteamiento de los argumentos que se habían esgrimido, lo que condujo a la sala de conjueces a modificar su conocida posición en los siguientes términos.

En sala de conjueces dentro del proceso radicado bajo el número 11.072 con ponencia del doctor Arnoldo Zarazo Oviedo se manifestó que si bien el impedimento obedecía al ánimo que se traducía en cada uno de los señores Magistrados de amparar el nombre de una recta administración de

Justicia y de buscar evitar cualquier actuación que pudiese llevar a afectar su imparcialidad o a formular objeción o generar dudas, la causal que se venía aceptando no era de recibo por cuanto el interés al que hace referencia la norma debe relacionarse al proceso mismo que se tramita y no a situaciones diferentes, por cuanto aceptarlo en ese sentido sería reconocer una interpretación extensiva que no resulta acorde con la naturaleza de la institución procesal de los impedimentos, la cual es de carácter restrictivo. Se agrega en la citada decisión que aceptar el impedimento podría originar dificultades en los trámites legales de los asuntos respectivos y que si se llegase a aceptar estaríamos en presencia de un impedimento recíproco a lo cual solamente se podría recurrir dentro de lo previsto en el numeral 10 del artículo 103 del estatuto adjetivo penal.

Se concluye entonces, que se hace exigible la vinculación del funcionario al proceso o investigación respectiva para que se presente el interés, queriendo con ello evitar el que se busque el separar al funcionario del conocimiento de la actuación. No debe bastar, por lo tanto, con la simple denuncia. En el evento, se concluye, de aceptar ese impedimento se correría con el riesgo de dejar sin juez la investigación y fallo de los procesos contra los miembros de la Comisión de Acusaciones, por cuanto al ser desplazados los honorables Magistrados por los señores Conjueces se presentaría en igual forma para estos últimos el impedimento citado.

Tomando como base los argumentos anteriores se considera por parte de la Honorable Sala que no se presenta la causal de impedimento aducida por los Honorables Magistrados Córdoba Poveda Y Gálvez Argote, sin dejar de acotar, que en esta forma se modifica la aceptación que se venía dando por parte de la Sala de Conjueces sobre la causal citada.

Por lo anteriormente señalado, la Sala de Conjueces,

RESUELVE:

No aceptar los impedimentos formulados.

Cópiese y cúmplase.

Luis Hernando Alzate Gómez, Carlos Arturo Cano Jaramillo, Edgar Lombana Trujillo, Jaime Rico Carvajal, Eduardo Torres Escallón, José Ignacio Talero Lozada.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

IMPEDIMENTO/ INTERES EN EL PROCESO

La prueba de haberse formulado queja o denuncio contra los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia en la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes no puede generar el interés a que alude la norma legal para demandar su aplicabilidad, salvo que ya hubiese mediado providencia que restrinja los derechos constitucionales de aquellos, como el caso de imposición de alguna medida de aseguramiento proferida por la Corporación Parlamentaria.

Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Penal.-Santafé de Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de mil novecientos noventa y seis (1996).

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

Aprobado Acta No.83

Proceso No. 11284

VISTOS

Procede la Sala a resolver la manifestación de impedimento expresada por los Magistrados doctores Fernando E. Arboleda Ripoll y Ricardo Calvete Rangel.

CONSIDERACIONES

Los Magistrados Doctores Fernando E. Arboleda Ripoll y Ricardo Calvete Rangel se han declarado impedidos para conocer de la averiguación previa que se adelanta contra los doctores Jorge Humberto Mantilla Serrano, Tarquino Pacheco Camargo, Lázaro Calderón Garrido, Rodrigo Arcila Idárraga, Mauro Antonio Tapias Delgado, José Domingo Dávila Armenta, Francisco Canossa Guerrero, Luis Roberto Herrera Espinosa, Martha Catalina Daniels Guzmán, Jesús Ignacio García Valencia, Jaime Arango Pedroza, Roberto Moya Angel, Octavio Zapata Rodríguez, Mario Rincón Pérez y Heyne Mogollón Montoya, integrantes de la Comisión de Investigación y Acusación de la Honorable Cámara de Representantes, Corporación ésta que por razón de sus funciones, investiga actualmente a los Magistrados de la Sala de Casación Penal, por considerar que nace un interés directo en los asuntos que se tramitan en ambas Colegiaturas,

razón por la cual se presenta el impedimento previsto en el artículo 103, numeral 1o. del Código de Procedimiento Penal.

Con fundamento en que la Sala de Conjueces de manera reiterada ha sostenido que :

«La reciprocidad en el juzgamiento, cual es el motivo *sub examine*, no puede devenir objetiva ni subjetivamente ningún interés en los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, habida consideración a que la función jurisdiccional que ejercen ambas corporaciones son absolutamente independientes, que los hace exentos de cualquier influencia nociva en el desempeño de sus altísimas funciones, con lo que debe desaparecer la posibilidad de actuación parcializada, contraria a una de las garantías fundamentales del procedimiento judicial, o sea, la rectitud e imparcialidad de los administradores de justicia.

«La prueba de haberse formulado queja o denuncio contra los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia en la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes no puede generar el interés a que alude la norma legal para demandar su aplicabilidad, salvo que ya hubiese mediado providencia que restrinja los derechos constitucionales de aquellos, como el caso de imposición de alguna medida de aseguramiento proferida por la Corporación Parlamentaria.

«La Sala de Conjueces se ha pronunciado en los siguientes términos:

Pero como se desprende de la norma invocada, el interés hace relación al proceso mismo que se tramita y no a situaciones diferentes -cual es la indicada- como motivo de separación del asunto; y sería así ... una interpretación extensiva, que no resulta acorde con la naturaleza procesal de los impedimentos, la cual es de carácter restrictivo como lo exige el funcionamiento adecuado de la administración de justicia».(Unica Instancia No.10.742. Conjuez Ponente: Dr.Santiago Benacasa Hoyer).

En consecuencia, no se admitirá el impedimento manifestado y, por consiguiente, se ordenará que pasen las diligencias al doctor Fernando E. Arboleda Ripoll, para lo de su cargo.

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

RESUELVE:

No admitir la causal de impedimento invocada por los Magistrados Doctores Fernando E. Arboleda Ripoll y Ricardo Calvete Rangel, para seguir actuando en el presente asunto, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. Por consiguiente, se dispone que las diligencias regresen al doctor Fernando Arboleda Ripoll, para lo de su cargo.

Cópiese y cúmplase.

Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Carlos E. Mejía Escobar Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

VIOLENCIA CONTRA EMPLEADO OFICIAL

Una cosa es el legítimo ejercicio del derecho a quejarse contra el superior jerárquico del empleado oficial, cuando alguien entiende que está siendo víctima de un acto caprichoso, injusto o equivocado y otra bien diferente la violencia que se ejerce contra un empleado oficial, para forzarlo a cumplir u omitir un acto propio de las funciones o a realizar un quehacer contrario a sus obligaciones legales

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casacion Penal.- Santafé de Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de mil novecientos noventa y seis (1996).

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

Aprobado Acta no. 83

Proceso No. 11628

Vistos

Se decide, oficiosamente, sobre la pertinencia de proferir resolución inhibitoria, según denuncia del Dr. Horacio Eduardo Coral Caicedo, contra el parlamentario Juvenal Enrique de los Ríos Herrera de haber éste con otros, investigados por la Fiscalía- vulnerado el artículo 164 del Código Penal ("Violencia contra Empleado Oficial").

Hechos

Refiere el Dr. Coral Caicedo que, el primero (1°) de septiembre de mil novecientos noventa y cinco (1995), acudieron en audiencia ante el Procurador General de la Nación, Dr. Orlando Vásquez Velásquez, el Senador Juvenal de los Ríos Herrera, el entonces Gobernador del Departamento de Nariño, el Director del Instituto Departamental de Salud, el Director del Hospital Departamental y un miembro de su Junta Directiva y el Presidente del sindicato del Magisterio de Nariño y que tan graves -con alteración de la verdad debieron ser los temas por éstos tratados que lograron presionar al Procurador, quien asaltado en su buena fe, dispuso ese mismo día concederle vacaciones intempestivas, lo que en rigor era separarlo provisionalmente del cargo que como Procurador Departamental de la señalada región venía desempeñando, con obvio perjuicio para él y los suyos.

Que los indicados personajes, cuanto pretendían era su remoción del cargo o, cuando menos, ejercer presión moral sobre él a fin de que cesara o disminuyera la gestión que, en el fiel cumplimiento de sus deberes, venía realizando, tal como haber promovido ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Nariño la nulidad de un acuerdo interno del Hospital Departamental, con el cual se contravenía el Código de Etica Médica, al habilitar a los galenos de tal dependencia oficial para el cobro de honorarios, cuya demanda si bien fue negada por el ente departamental, fue aceptada por el Consejo de Estado, disponiéndose la suspensión provisional del acto acusado; también al haber oficiado al alcalde de Pasto, haciéndole saber de la ilegalidad de los permisos sindicales con carácter de permanentes que se venían reconociendo a miembros del Magisterio de Nariño. Dicho de otro modo, que quienes se hicieron presentes a presionar ante el Procurador, eran personas inconformes con actuaciones suyas realizadas con pleno respaldo legal.

Concreta que el congresista de los Ríos Herrera, acompañó a los otros ante el Procurador, por ser el gobernador de su grupo político, al igual que el Director del Hospital Departamental y por cuanto "su interés podría estar en congraciarse con el estamento de los médicos y magisterio de Nariño". Pero que promover la remoción del cargo de un Procurador Departamental que sólo está cumpliendo con su obligación legal, es cuestión que le está prohibida por la Constitución, en su artículo 180, numeral 2° y por la Ley 5ª de 1992, Reglamento del congreso, en cuanto reproduce aquel.

Como con posterioridad a los consignados hechos, el Dr. Eduardo Horacio Coral Caicedo fue declarado insubsistente en el cargo de Procurador Departamental, atribuye tal decisión a las resueltas de la susodicha audiencia.

CONSIDERACIONES

1. Es patente, dentro del expediente, que entre el entonces Procurador Departamental de Nariño, Dr. Horacio Eduardo Coral Caicedo, y el magisterio y algún sector médico de la misma sección territorial, se presentaron -por determinaciones de su despacho-, graves enfrentamientos, algo más que simples fricciones. Se asegura, incluso, que un documento respaldado por cinco mil (5.000) firmas demandaba su retiro fulminante del cargo.

2. Está demostrado que el senador Juvenal Enrique De Los Ríos Herrera tomó partido dentro de tal pugna y, consecuente con ello acompañó ante el Procurador General de la Nación, a quienes se reunieron con él para presentarle sus reclamos por lo que consideraban actitud desatinada de su agente y subalterno en el Departamento de Nariño.

Hay que manifestar, también, que, en la certificación jurada que la autoridad máxima del Ministerio Público rindiera dentro del proceso ade-

lantado por la Fiscalía sobre estos hechos, admite que se le comentó por parte de aquellos visitantes de la problemática con los médicos del Hospital Departamental de Nariño y lo relacionado con los docentes, pero que "El Acto administrativo contenido en la Resolución 1498 del 1° de septiembre de 1995, concediendo vacaciones individuales al Dr. Horacio Coral Caicedo, Procurador Departamental de Nariño, no se debió a las manifestaciones de las personas atrás señaladas en la reunión del día jueves 31 de agosto de 1995, sino a la facultad discrecional del nominador, en este caso el suscrito Procurador General, de conceder vacaciones a sus subalternos, oficiosamente, o a petición del interesado cuando se cause el derecho a disfrutarlas."

3. Es del caso precisar cómo es que entiende el Dr. Coral Caicedo que, por los referidos hechos, se pueda estar ante una vulneración del artículo 164 del Código Penal. Así, pues:

Los quejosos ante el Procurador General de la Nación, procuraban o bien su remoción del cargo o intimidarlo "con el espectro de la Inestabilidad laboral",para que las acciones que en su condición de Procurador Departamental adelantaba y en las que de por medio estaban intereses de ciertos médicos y del magisterio, por aquellos representados, cesaran. O sea que «se entenderá la violencia moral que sobre mí -concreta el Dr. Coral Caicedo- se hacía recaer ya que por haber actuado como se había actuado, se hacía cernir la posibilidad de amenaza de ser retirado fulminantemente del cargo. ...esa violencia moral que, yo la sentía bien pudo hacerme sentir acobardado, pues no nos llamemos a engaños..., el empleo es la forma de subsistencia y si a uno lo amenazan ante el Procurador General y piden mi cabeza para que no siga actuando en la forma como lo venía haciendo, nada más clara la intimidación...".

Cita jurisprudencia en el sentido de que lo protegido por la ley penal es la libre determinación de los empleados en sus actos u omisiones, quebrantla, la violencia aunque los resultados pretendidos no se obtengan.

Que -prosigue el denunciante- lo que se reprime con el artículo 164 del Código Penal, es el desacato a la autoridad, el menosprecio que traduce el obligar a sus representantes a hacer o dejar de hacer aquello que en un caso deberá hacerse normalmente, y, en el otro, no debería hacerse de ninguna manera. En fin, el pretender sustituirla o imponerse a sus determinaciones.

«Esa es la violencia moral..., prevista en el artículo 164 del Código Penal,pues por mi iniciativa y en estricto cumplimiento del deber se adelantó y venían adelantando acciones contra esos estamentos y el propio Gobernador y ellos, apartándose de su legítimo derecho de contradicción, la emprenden contra el Procurador Departamental, envían una carta al nominador respaldada con cinco mil firmas (bueno sería saber cómo las obtuvieron), demandando el retiro fulminante del cargo, hacen

manifestaciones de protesta frente a la Procuraduría, sacan comunicados, cartas abiertas, etc., y por último, entre lo que se sabe, se valen de un Senador de la República que participó en la elección del Procurador General), le piden audiencia, la obtienen para el 31 de agosto, junto con el Gobernador del Departamento y hablan de sus investigaciones' (ver certificación jurada del Procurador General), para el día siguiente en forma sorpresiva ver que el Jefe del Ministerio Público le decreta vacaciones al Procurador acusado y respecto de quien, se reitera, antes han pedido, según se evidenció, 'su retiro fulminante del cargo. Más notoria no puede estar la conducta penal según tipo que ante todo tutela a la administración pública y el desempeño normal de las funciones a cargo de los servidores del Estado "...fui atacado inmisericordemente, mi Jefe se puso al lado de los atacantes, se me agravó con las vacaciones repentinas y para rematar me declaró insubsistente, todo eso por una vía que relega el derecho a audiencia y privilegia la facultad discrecional, la que atendidas las incidencias, fácilmente trocó en arbitrariedad. Lo irrefutable es que me atreví a develar anejas violaciones a la ley, tal los casos de los ceses de actividades del Magisterio no consentidos por la Constitución por tratarse de ser la educación un servicio público esencial; el pago de sueldos que históricamente se ha hecho de ese tiempo de paros ...; lo del cobro de honorarios por cuenta de los médicos empleados públicos oficiales, sin sujeción, además a tarifas; el tener el hospital como una clínica privada, donde pueden asentar equipos científicos privados con miras a su explotación; lo de los permisos sindicales permanentes no autorizados por la ley... Eso que aconteció y acontece no mereció la atención funcional del Procurador General de la Nación, soslayó sus deberes y lo que hizo en relación a su agente en Nariño es hostilizarlo hasta el extremo como querían mis impugnadores de desvincularme del cargo.

..."

4. Dispone el artículo 164 del Código Penal «Violencia contra el empleado oficial. El que ejerza violencia contra empleado oficial, para obligarlo a ejecutar u omitir algún acto propio de su cargo o a realizar uno contrario a sus deberes oficiales, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años.»

De entrada, se impone predicar el trascendental yerro en que incurre el denunciante, pues resulta obvio que una cosa es el legítimo ejercicio del derecho a quejarse contra el superior jerárquico del empleado oficial, cuando alguien entiende que está siendo víctima de un acto caprichoso, injusto o equivocado y otra bien diferente la violencia que se ejerce contra un empleado oficial, para forzarlo a cumplir u omitir un acto propio de las funciones o a realizar un quehacer contrario a sus obligaciones legales.

Ningún empleado oficial puede llamarse a ofensa -y menos desprender de tal comportamiento ilicitud penal- por el hecho de que se busque que su conducta sea revisada, evaluada por su superior. Eso es apenas lo lógico dentro del organigrama de las relaciones oficiales, sin que sea dable sostener que por ello se le está haciendo víctima de intimidación en orden a un incumplimiento futuro de sus obligaciones legales, y asegurarse es más bien que se está frente a las naturales molestias propias de los cargos oficiales, los que de otra parte exigen que se asuman ciertos riesgos sobre todo en sociedades convulsionadas como la nuestra.

Y si un político decide hacer suya la causa de otros - pertenezcan o no a su grupo político- que se encuentran enfrentados con el Procurador Departamental, por determinaciones de este consideradas como vulneratorias de sus derechos, y por ende acude en queja ante el Procurador General de la Nación, no está realizando acto que autorice a nadie a imputarle hipótesis ilícita, en tanto que sí es de afirmarse que está verificando un acto propio en el mejor de los sentidos- a la profesión que ejerce, la cual ha de tener entre sus principales cometidos la defensa de los intereses comunitarios que, según su leal saber y entender, estén siendo ofendidos, socavados.

No es, entonces, acertado catalogar la queja que se llevó al conocimiento del Procurador General como el ejercicio de una violencia moral contra el para esa época Procurador Departamental Coral Caicedo, pues ello conduciría a que nuestro derecho positivo prohijara el absurdo de que de los empleados oficiales no pueda nadie quejarse so pena de que se incurra en comportamiento delictivo.

Por el contrario, lo que se encuentra establecido legalmente es la obligación del servidor público de poner en conocimiento de la autoridad competente el hecho que pueda llegar a constituir falta disciplinaria.

Ahora, desde luego, bien puede suceder que la queja resulte infundada; pero es apenas obvio que de allí no se sigue la real existencia de una violencia contra el empleado oficial a quien aquella iba dirigida, al punto de constituirse en uno de los ingredientes del tipo penal plasmado en el artículo 164. En tal evento, otras vías jurídicas también de tipo disciplinario tiene el agraviado para su turno quejarse del servidor público que, arbitrariamente, lo ha acusado.

Es cierto que el artículo 164 del Código Penal busca proteger la libre determinación de los empleados oficiales, en sus actos u omisiones. Pero, insístase, lo que no resulta verdadero es que, con la visita que el Senador DE LOS RIOS HERRERA hiciera al Procurador General, se estuviera consolidando una sólida violencia en contra del Procurador Departamental, que buscaba negar cualquier albedrío en la marcha de los asuntos a su cargo que tuvieran que ver con las quejas de aquel. Y, en rigor, no se trataba de un desacato de sus determinaciones, sino -hay que retirarlo del legítimo ejercicio del derecho a disentir de sus decisio-

nes, poniendo en conocimiento de su superior los actos oficiales suyos que se juzgaban desatinados.

Finalmente, la circunstancia de que el Procurador General de la Nación, según sostiene el Dr.. Coral Caicedo, y como consecuencia de las quejas injustas del Senador DE LOS RIOS HERRERA y, de los otros multicitados personajes arbitrariamente le hubiera concedido sus vacaciones, terminara destituyéndolo, incurriendo así en un abuso de autoridad, es cuestión que escapa a la competencia investigativa de esta Colegiatura, y que según señalan los autos (determinación de marzo 27/ 66), para la averiguación correspondiente le fueron remitidas ya al señor Fiscal General de la Nación, las copias pertinentes.

Por lo expuesto, la *Corte Suprema de Justicia - Sala de Decisión Penal.*

RESUELVE

DECLARAR que, por atipicidad de la conducta, hay lugar a proferimiento de resolución inhibitoria en favor del parlamentario JUVENAL ENRIQUE DE LOS RIOS HERRERA, por los cargos que le impuló Horacio Eduardo Coral Caicedo y que fueran la razón de ser de las presentes diligencias.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

SENTENCIA/ PERJUICIOS/ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA/ APELACION

"El primer inciso del artículo 31 de la Constitución Política dice: "Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley. Esto significa que el principio de la doble instancia no está consagrado de manera absoluta, sino que la propia Carta faculta al legislador para que mediante ley establezca los casos en que no es procedente la apelación o la consulta, sin que con ello se esté vulnerando garantía alguna.

"Así las cosas, como el estatuto procesal penal establece que le corresponde resolver el recurso de apelación o la consulta al superior jerárquico del funcionario que dictó la providencia , es obvio que ni la impugnación ni el grado jurisdiccional son posibles cuando la decisión fue proferida por la Corte Suprema de Justicia, "máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria", pues quiso la misma Constitución que ya no existiera otra instancia superior, de modo que al asignarle la competencia para la investigación y juzgamiento, o el solo juzgamiento de personas aforadas, el trámite se realiza en única instancia".

2. El artículo 53 del Código de Procedimiento Penal admite la posibilidad de solicitar la reducción "en cualquier estado del proceso", tal previsión no puede desconocer el tránsito de competencia que opera por mandato de la misma ley de procedimiento (artículo 58), cuando advierte que en tanto hayan bienes embargados, el trámite posterior a la sentencia es del exclusivo resorte de los jueces civiles.

Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Penal. Santafé de Bogotá D.C., tres (3) de junio de mil novecientos noventa y seis (1996).

Magistrado Ponente: Dr. *Juan Manuel Torres Fresneda*

Aprobado Acta No.84

Proceso No. 10189

Vistos

Resuelve la Sala sobre la admisibilidad del recurso de casación interpuesto por el doctor Rafael Serrano Prada, contra la sentencia condenato-

ria proferida por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia el veintisiete de marzo del año en curso, en la cual le impuso pena principal de ocho años y siete meses de prisión, interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, le declaró civilmente responsable de los daños y perjuicios ocasionados y ordenó el decomiso del arma incautada al condenado, una vez lo declaró penalmente responsable de los delitos de homicidio y porte ilegal de armas, por los cuales se emitió en su contra resolución acusatoria.

ANTECEDENTES

Tramitada regularmente la causa en contra del aforado Rafael Serrano Prada, se profirió la sentencia de 27 de marzo que precede, en los términos ya vistos, y en el término de ejecutoria, el condenado presentó un escrito en el que dice interponer el recurso extraordinario de casación, al tiempo que anuncia su sustentación oportuna por parte de sus apoderados «... si ustedes consideran procedente la presente actuación procesal».

En el mismo memorial de impugnación solicita se compulse copia de todo lo actuado, y mediante escrito posterior adiciona una solicitud encaminada a que la Corte decrete la reducción del monto de los bienes embargados, para lo cual adjunta un avalúo de los tres inmuebles que aparecen gravados.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. El tema referido a la viabilidad del recurso extraordinario de casación contra los fallos emitidos por la Corte Suprema de Justicia, ha sido ya objeto de definición por esta Colegiatura, siendo oportuno ratificar ahora lo decidido a ese respecto.

En efecto, mediante pronunciamiento de noviembre 18 de 1993 (Radicación 4.083, contra Nohora Currea García y otros, Magistrado Ponente Dr. Ricardo Calvete Rangel) la Corte consignó:

«1o.) El primer inciso del artículo 31 de la Constitución Política dice: «Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley. Esto significa que el principio de la doble instancia no está consagrado de manera absoluta, sino que la propia Carta faculta al legislador para que mediante ley establezca los casos en que no es procedente la apelación o la consulta, sin que con ello se esté vulnerando garantía alguna.

«Así las cosas, como el estatuto procesal establece que le corresponde resolver el recurso de apelación o la consulta al superior jerárquico del funcionario que dictó la providencia, es obvio que ni la impugnación ni el grado jurisdiccional son posibles cuando la decisión fue proferida por la Corte Suprema de Justicia, «máximo tribunal de la jurisdicción ordina-

ria», pues quiso la misma Constitución que ya no existiera otra instancia superior, de modo que al asignarle la competencia para la investigación y juzgamiento, o el solo juzgamiento de personas aforadas, el trámite se realiza en única instancia.

»Ahora, si no es procedente el recurso ordinario de apelación, con mayor razón resulta desatinada la interposición del recurso extraordinario de casación, el cual, en su modalidad común solamente es viable «...contra las sentencias proferidas por el Tribunal Nacional, los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y el Tribunal Penal Militar, en segunda instancia, por los delitos que tengan señalada pena privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de seis (6) años, aun cuando la sanción impuesta haya sido una medida de seguridad». (Inciso 1o. Art. 218 C. de P.P., reformado por la ley 81 de 1993).

»No es que se esté interpretando esta norma de manera restrictiva, es que siendo la casación un recurso extraordinario, los fallos contra los cuales procede están previstos de manera taxativa, y por la propia naturaleza del derecho procesal, no es posible, so pretexto de una interpretación extensiva, pretender aplicarlo contra decisiones que la ley no ha señalado. Los recurrentes desconocen este elemental principio al afirmar que, «...si bien es cierto que no contempla las sentencias proferidas en única instancia, tampoco existe prohibición expresa en tal sentido, «y lo que no está prohibido por la ley está permitido;».

»2o.) También se equivocan los impugnantes al acudir a la casación excepcional, pues si bien por esa vía es posible que la Corte Suprema de Justicia, discrecionalmente, acepte el recurso para casos distintos a los mencionados en el ya citado inciso primero del artículo 218 *ibidem*, la excepción se refiere a la cantidad de pena exigida, en cuanto la pena privativa de la libertad señalada para el delito puede ser inferior a seis años, y en cuanto al funcionario que dictó la sentencia, que puede ser un Juez del Circuito, pero en ambos casos siempre que se trate de un proveído de segunda instancia, pues no existe en materia penal la casación *per saltum*, y cuando lo considere necesario para el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales.

»Es un error creer que esa disposición establece el recurso de casación contra sentencias proferidas por la Corte en única instancia, pues como ya se vio, estas decisiones, por voluntad del legislador, no son susceptibles de impugnación alguna.

»Estas breves consideraciones son suficientes para concluir que no es procedente el recurso de casación interpuesto, y así se declarará.»

La situación del caso que se evoca resulta semejante a la que ahora se plantea, en cuanto en esta se trata de un procedimiento constitucional y legalmente previsto como de única instancia bajo el conocimiento de la

Corte Suprema de Justicia, sin que medie argumento válido que lleve a colegir que una es la Corte cuando conoce de un proceso en única instancia, y otra cuando lo hace por vía del recurso extraordinario, pues dado como le ha sido entre sus fines el de unificación de la jurisprudencia, y dentro de la jerarquía judicial el rango de máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria, el mismo cuidado y la misma fuerza doctrinaria tendrán sus pronunciamientos cuando actúe por vía de instancia como cuando lo haga en sede de casación, sin que se haya previsto otro recurso u órgano superior para la revisión de sus determinaciones, que en este ámbito se han de tener como definitivas, lo que equivale a la irremediable inadmisión del recurso extraordinario interpuesto por el aforado.

2. La petición adjunta encaminada a que la Corte entre a estudiar la reducción del embargo decretado se halla prevista como de prioritaria atención por el artículo 53 del Código de Procedimiento Penal.

No obstante, certificado como aparece por la Secretaría de la Sala que el fallo quedó notificado, cobrando por lo mismo ejecutoria al no ser susceptible de recurso, ha de entenderse que el pedimento formulado resulta para la Corte extemporáneo, pues si bien es verdad que el citado artículo 53 del Código de Procedimiento Penal admite la posibilidad de solicitar la reducción «en cualquier estado del proceso», tal previsión no puede desconocer el tránsito de competencia que opera por mandato de la misma ley de procedimiento (artículo 58), cuando advierte que en tanto hayan bienes embargados, el trámite posterior a la sentencia es del exclusivo resorte de los jueces civiles.

Así se previó efectivamente en el fallo de condena, de modo que por hallarse este en firme, solo al Juzgado Civil de Bucaramanga le corresponderá el pronunciamiento que se pide, a cuyas dependencias se ha de remitir con las copias de lo pertinente la petición que se menciona.

3. Son, en cambio, procedentes, las copias de la actuación solicitadas, y como consecuencia se ha de autorizar su expedición por parte de la Secretaría.

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

RESUELVE:

Primero: INADMITIR el recurso de casación interpuesto por el aforado señor Rafael Serrano Prada, en contra del fallo de única instancia proferido en su contra dentro de las presentes diligencias.

Segundo: ABSTENERSE de resolver sobre el desembargo parcial de bienes que solicita el sentenciado, disponiendo la remisión de la respectiva solicitud al Juzgado Civil de Bucaramanga al cual compete la fase ejecutiva del resarcimiento de perjuicios, según lo prevé el fallo de la Sala, y

Tercero: Autorizar la expedición de las copias pedidas por el procesado.

Cóplese, notifíquese y cúmplase.

Fernando Arboleda Ripoll. Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote. Carlos E. Mejía Escobar. Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

RECURSO DE HECHO/ APELACION

El artículo 207 del Código de Procedimiento Penal señala que procede el recurso de hecho cuando el funcionario judicial de primera instancia deniegue el recurso de apelación, precepto éste que condiciona la viabilidad de la impugnación a que el a quo haya negado la apelación, no pudiéndose por tanto admitir la pertinencia del recurso de hecho cuando ha sido la segunda instancia, dentro de su competencia funcional, la que negó la alzada.

Las providencias que tienen el carácter de interlocutorias y que son dictadas en segunda instancia, no son susceptibles del recurso de apelación; de no aceptarse esta directriz legal se estaría abriendo camino a una 'tercera instancia' que la ley procesal vigente no contempla.

Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Penal. - Santafé de Bogotá, D.C., tres (3) de junio de mil novecientos noventa y seis (1996).

Magistrado Ponente Dr. *Jorge E. Córdoba Poveda*

Aprobado Acta No.84

Proceso No. 11759

VISTOS

Decide la Corte lo que en derecho corresponde dentro del trámite del recurso de hecho interpuesto por el defensor del procesado Heriberto González Duque.

ANTECEDENTES

1. El Juzgado Décimo Penal del Circuito de Manizales el 18 de enero del año en curso dictó sentencia anticipada, en la cual condenó al procesado González Duque a la pena principal de 8 años, 6 meses y 5 días de prisión, por el delito de homicidio preterintencional.

2. El defensor del procesado interpuso recurso de apelación contra esta decisión en procura de que el Tribunal Superior reconociera en favor

del acusado la atenuante prevista en el artículo 60 del Código Penal. La impugnación fue sustentada oralmente.

3. La Sala de Decisión Penal de la citada Corporación, mediante pronunciamiento del 17 de abril del año en curso, y argumentando la falta de interés legítimo, «se abstuvo» de conocer de la apelación, proveído éste contra el cual el defensor interpuso «recurso de apelación».

4. Mediante interlocutorio del 29 de abril siguiente, la misma Sala del Tribunal negó la concesión del recurso por improcedente. Inconforme con esta decisión, el memorialista solicitó su «revocatoria y en subsidio la expedición de copias para recurrir de hecho».

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Razón le asistió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales al negar el recurso de apelación, interpuesto por el señor defensor del procesado Heriberto González Duque.

En efecto, el artículo 207 del Código de Procedimiento Penal señala que procede el recurso de hecho cuando el funcionario judicial de primera instancia deniegue el recurso de apelación, precepto éste que condiciona la viabilidad de la impugnación a que el *a quo* haya negado la apelación, no pudiéndose por tanto admitir la pertinencia del recurso de hecho cuando ha sido la segunda instancia, dentro de su competencia funcional, la que negó la alzada.

En el presente asunto se observa que no se cumplen las exigencias contempladas en la norma citada, pues el juez colegiado que negó el recurso de apelación lo hizo en su calidad de segunda instancia, implicando que sus decisiones (interlocutorios) se agotaron en esa sede.

Cabe, entonces, recalcar que las providencias que tienen el carácter de interlocutorias y que son dictadas en segunda instancia, no son susceptibles del recurso de apelación: de no aceptarse esta directriz legal se estaría abriendo camino a una 'tercera instancia' que la ley procesal vigente no contempla.

Finalmente, es evidente que el recurso de hecho interpuesto no esta dirigido a la concesión del recurso de casación, caso en el cual la Sala sería la competente para su estudio (art. 68.3 del C. de P.P.).

Basten las precedentes razones para concluir que la Corte no tiene competencia para desatar el recurso de hecho interpuesto, razón por la cual se abstendrá de pronunciarse al respecto.

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

RESUELVE:

ABSTENERSE de conocer del recurso de hecho interpuesto por el defensor del procesado Heriberto González Duque. En consecuencia, se dispone devolver el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge E. Córdoba Poveda Carlos Augusto Gálvez Argote, Carlos E. Mejía Escobar Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

LIBERTAD PROVISIONAL/ REDENCION DE PENA/ BENEFICIO ADMINISTRATIVO

Si bien es cierto que al momento de estudiarse la viabilidad de conceder la libertad provisional de conformidad con el numeral segundo del artículo 415 del C. de P.P., el juez se encuentra facultado para verificar el cumplimiento de la pena, no sólo en lo que atañe al aspecto físico de la misma sino en lo relacionado con los descuentos a que se hace merecedor el recluso por trabajo o estudio efectuado en el centro penitenciario, ello no implica que de manera general tenga la atribución de decretar la redención de pena que consagran los artículos 530 y s.s. del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con la ley 65 de 1993 (Código Penitenciario y Carcelario), la que se encuentra asignada al Juez de Ejecución de Penas.

En otras palabras la posibilidad de referirse a la redención de penas por trabajo o estudio, representa una excepción a que sea el mencionado funcionario judicial el encargado de conceder los descuentos respectivos, al tenor de lo expuesto por el numeral segundo del artículo 51 de la ley 65 de 1993.

Los beneficios administrativos, como el permiso de 72 horas a que se hace mención en el Código Penitenciario y Carcelario, operan únicamente con relación al condenado.

Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Penal.-Santafé de Bogotá, D.C., cuatro (4) de junio de mil novecientos noventa y seis (1996).

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

Aprobado Acta No.85

Proceso : 10015

VISTOS

Procede la Sala a resolver solicitud de "Redención de pena" que presenta el Asesor Jurídico de la Cárcel del Distrito Judicial de Cartagena en favor del procesado Eloy Pereira Orozco, quien se encuentra recluido en ese centro penitenciario.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Si bien es cierto que al momento de estudiarse la viabilidad de conceder la libertad provisional de conformidad con el numeral segundo del artículo 415 del C. de P.P., el juez se encuentra facultado para verificar el cumplimiento de la pena, no sólo en lo que atañe al aspecto físico de la misma sino en lo relacionado con los descuentos a que se hace merecedor el recluso por trabajo o estudio efectuado en el centro penitenciario, ello no implica que de manera general tenga la atribución de decretar la redención de pena que consagran los artículos 530 y s.s. del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con la ley 65 de 1993 (Código Penitenciario y Carcelario), la que se encuentra asignada al Juez de Ejecución de Penas.

En otras palabras, la posibilidad de referirse a la redención de pena por trabajo o estudio, representa una excepción a que sea el mencionado funcionario judicial el encargado de conceder los descuentos respectivos, al tenor de lo expuesto por el numeral segundo del artículo 51 de la ley 65 de 1993.

Lo anterior lleva a colegir, tal como reiteradamente lo ha sostenido esta Sala, que la Corte sólo puede resolver los pedidos de redención de pena cuando estudie los presupuestos de la libertad provisional a que se refiere el numeral segundo del artículo 415 *ibídem*, es decir, excepcionalmente, para acreditar el factor objetivo de que trata el artículo 72 del estatuto penal o, en su caso, para demostrar el cumplimiento de la totalidad de la pena.

Por ello, la petición efectuada y referida a la redención de pena no es posible que sea resuelta por la Corte.

De otra parte, no sobra añadir que los beneficios administrativos como el permiso de 72 horas a que se hace mención en el Código Penitenciario y Carcelario, operan únicamente con relación al condenado, calidad que no adquiere el aquí procesado, en la medida que aún no se ha dictado la sentencia de casación que permitiría entender que la posee.

Por consiguiente, y en mérito de lo expuesto, la *Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal*, se ABSTIENE de reconocer la redención de pena solicitada.

Notifíquese y cúmplase.

Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA/ COMPETENCIA/ REDENCION DE PENA POR TRABAJO, ESTUDIO O ENSEÑANZA

La Corte no es competente para reconocer independientemente, redenciones de pena por concepto de trabajo, estudio o enseñanza, toda vez que esto corresponde al Juez de Penas y Medidas de Seguridad, de conformidad con el artículo 51.2 de la Ley 65 de 1993

Solamente, tratándose de la libertad por pena cumplida o provisional, como lo dispone el artículo 515 del C. de P.P., la Sala contabiliza dichos conceptos para tales efectos.

Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Penal.-Santafé de Bogotá,D.C., cuatro (4) de junio de mil novecientos noventa y seis (1996).

Magistrado Ponente Dr.: *Carlos Augusto Gálvez Argote*

Aprobado Acta No.85

Proceso No. 11258

VISTOS

El procesado Ezequiel Antonio López Villalba quien se encuentra interno en la Cárcel del Distrito Judicial de Armenia (Quindío), solicita en memorial que antecede le sea reconocida la rendención de pena por trabajo cuya certificación obra en el proceso, incluyéndosele los días domingos y festivos de que ella da cuenta y respecto de lo cual en ocasiones pasadas la Sala se ha pronunciado negativamente.

CONSIDERACIONES

1. Ezequiel Antonio López Villalba y Alvaro Gutiérrez Arcila fueron condenados por un Juzgado Regional en sentencia del 23 de agosto de 1994, a la pena de 48 meses de prisión como coautores de la infracción descrita en el artículo 33 inciso 1o. de la Ley 30 de 1986, decisión confirmada por el Tribunal Nacional en fallo del 13 de diciembre del mismo año.

2. Mediante interlocutorio del 19 de diciembre de 1995, la Sala negó la libertad provisional solicitada por los acusados, por razón de no haber satisfecho las dos terceras partes de la pena que les fuera impuesta en la sentencia. Para los cómputos respectivos, se tomó en cuenta el tiempo transcurrido desde el 22 de enero de 1994, en que fueran privados de la libertad, así como las certificaciones que sobre estudio y trabajo acreditaron las directivas carcelarias, salvo las horas por este concepto relacionadas entre los meses de mayo de 1994 y junio de 1995, correspondientes a los días domingos y festivos acreditadas para López Villalba y entre los meses de marzo de 1994 y junio de 1995, pertenecientes a Gutiérrez Arcila, por razón de que las directivas carcelarias no explicaron si tales trabajos estaban autorizados en esas fechas, como tampoco cuáles fueron los motivos que las justificaron.

3. Con posterioridad, por auto del 16 de enero del año en curso, frente a nueva petición de libertad y pese a haber cumplido con el requisito de la pena, en el análisis de su personalidad y antecedentes de todo orden, la Corte determinó que debían purgar en su totalidad la sanción que se les impusiera. En esta ocasión y aun cuando nueva certificación sobre las horas laboradas en domingos y festivos fue allegada, al coincidir con la ya obrante en el proceso, por este específico concepto no fue tenida en cuenta. Contra esta decisión se interpuso recurso de reposición, el cual fue resuelto negativamente.

4. En esta oportunidad solicita López Villalba, se reconsidere la negativa a contabilizar el tiempo trabajado en los días domingos y festivos, para lo cual cita otro caso en el que una autoridad distinta sí lo reconociera y el hecho de que los impresos en que se expiden las certificaciones, dejan constancia de que ellas se expiden bajo juramento y con expresa mención, entre otros, del artículo 100 de la Ley 65 de 1993.

5. Ya se ha dicho en otras ocasiones que la Corte no es competente para reconocer independientemente, redenciones de pena por concepto de trabajo, estudio o enseñanza, toda vez que esto corresponde al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, de conformidad con el artículo 51.2 de la Ley 65 de 1993.

Solamente, tratándose de la libertad por pena cumplida o provisional, como lo dispone el artículo 513 del C. de P.P., la Sala contabiliza dichos conceptos para tales efectos.

En esta oportunidad y comprendiendo necesariamente que la petición del procesado tiende a consolidar alguna de estas hipótesis, debe insistirse en que las certificaciones de las Directivas de la Cárcel no explican justificativamente, las razones por las cuales se autorizó el trabajo en los días domingos y festivos para López Villalba en las referidas fechas, lo que motiva a que el lapso acreditado por este aspecto se mantenga igual.

Bajo estos supuestos, la Corte se abstendrá de reconocer al procesado los descuentos de pena por trabajo y estudio de que se ha hecho mención y negará la libertad, pues resulta lógico entender que esta sería la consecuencia de su solicitud, ya que los guarismos que acreditan descuento por concepto de estudio y trabajo se mantienen en 9 meses y 2 días y el tiempo efectivo de detención corresponde a 28 meses y 24 días, para un total de 37 meses y 26 días, tiempo inferior a la condena que le fuera impuesta y que debe cumplir en su integridad.

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

RESUELVE

1.- NEGAR la libertad provisional al procesado Ezequiel Antonio López Villalba.

2. Abstenerse de reconocer al procesado los descuentos de pena por trabajo a que se refiere en su memorial.

Notifíquese y cúmplase.

Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

ACUMULACION JURIDICA DE PENAS/ COMPETENCIA/ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

La acumulación jurídica prevista en el artículo 505 del Código de Procedimiento Penal (artículo 60 de la Ley 81 de 1993), presupone la existencia de dos o más sentencias condenatorias debidamente ejecutoriadas. Por lo mismo corresponde al Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, decidir sobre la viabilidad del Instituto reclamado y no a esta Sala, que solo tiene competencia para decidir en el trámite del recurso extraordinario de casación lo referente a la libertad del procesado en los términos del numeral 2o. del artículo 55 de la referida Ley (artículo 415 del C. de P.P.)o para ordenar la excarcelación por cumplimiento de la sanción impuesta en cada caso concreto.

Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Penal.-Santa Fe de Bogotá, D. C., cuatro (4) de junio de mil novecientos noventa y seis (1996).

Magistrado Ponente: doctor *Dídimo Páez Velandia.*

Proceso: 9066

Aprobado Acta número 85.

VISTOS

El defensor del procesado Alvaro Hernán Uscátegui Ramírez quien se halla privado de su libertad en la Cárcel Nacional Modelo de esta ciudad, solicita de la Corte dar aplicación al artículo 505 del Código de Procedimiento Penal, es decir, la acumulación jurídica de penas, para lo cual acompañó fotocopia de la sentencia de fecha 11 de octubre de 1990, proferida por el Director de la Escuela Militar de Cadetes del Ejército Nacional, mediante la cual condenó a su representado a la pena de dieciocho (18) meses de arresto, como actor responsable del delito militar de Abandono del Servicio.

Además, pretende que se le otorgue el subrogado de la "Libertad Condicional", pues luego de presentar tres hipótesis sobre la pena que eventualmente le pudiera corresponder de acuerdo con la acumulación demandada, considera que de todas maneras sería acreedor a la libertad

impetrada, apoyado en las constancias y certificados ya allegados a este informativo sobre la conducta observada en el establecimiento carcelario y las labores realizadas (trabajo y estudio) durante el tiempo en reclusión.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1°. La acumulación jurídica prevista en el artículo 505 del Código de Procedimiento Penal (artículo 60 de la Ley 81 de 1993), presupone la existencia de dos o más sentencias condenatorias debidamente ejecutoriadas. Por lo mismo corresponde al Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, decidir sobre la viabilidad del instituto reclamado y no a esta Sala, que sólo tiene competencia para decidir en el trámite del recurso extraordinario de casación lo referente a la libertad del procesado en los términos del numeral 2° del artículo 55 de la referida ley (artículo 415 del C.P.P.) o para ordenar la excarcelación por cumplimiento de la sanción impuesta en cada caso concreto.

Siendo así que la sentencia dictada en este asunto por el Tribunal Nacional no ha alcanzado firmeza, tampoco el funcionario judicial ya aludido podría atender la solicitud del defensor de Uscátegui Ramírez, razón por la cual no hay lugar a tomar determinación alguna al respecto.

2°. Con relación al subrogado penal de la libertad condicional, por la misma razón, ha de entenderse como de libertad provisional al tenor de lo previsto en numeral 2° del artículo 55 de la Ley 81 de 1993.

Un Juzgado Regional de Santa Fe de Bogotá, mediante sentencia de fecha 15 de junio de 1993, condenó a Alvaro Hernán Uscátegui Ramírez a la pena privativa de la libertad de siete (7) años y cuatro (4) meses de prisión como autor responsable de las infracciones descritas en el artículo 33 de la Ley 30 de 1986, artículo 2° del Decreto 3664 de 1986 y artículo 222 del Código Penal, sanción que fuera modificada por el Tribunal Nacional en fallo calendado el 7 de septiembre siguiente, consistente en que la violación al estatuto nacional de estupefacientes estaba agravada por la circunstancia prevista en el numeral 3° del artículo 38 ibídem y la revocó en cuanto al punible de uso de documento público falso, cesando procedimiento en su favor, fijándole en consecuencia como pena privativa de la libertad la de setenta y seis (76) meses de prisión, en razón al concurso con el porte ilegal de armas ya aludido.

Uscátegui Ramírez se halla privado de su libertad desde el 21 de diciembre de 1991, es decir, a la fecha ha descontado efectivamente cincuenta y tres (53) meses y trece (13) días en detención preventiva. Respecto de las labores realizadas desde su detención hasta la fecha, acreditó por trabajo 2.896 horas que de conformidad con lo previsto en el artículo 82 de la Ley 65 de 1993 tiene derecho a una redención de pena de seis (6) meses y un (1) día. Por estudio se le certifican 1.372 horas que le representan de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 97 ibídem, tres (3) meses y veinticuatro (24) días, para un acumulado de sesenta y tres (63) meses y ocho días, superiores a las dos terceras partes de la pena im-

puesta en la sentencia de segunda instancia que corresponden a cincuenta (50) meses y veinte (20) días de prisión.

3°. No obstante que Uscátegui Ramírez acredita el requisito cuantitativo de la pena a que se refiere el artículo 72 del Código Penal y que su conducta durante el tiempo en reclusión ha sido calificada como buena en varias oportunidades por el Consejo de Disciplina, no tiene derecho a su excarcelación provisional y por lo tanto, debe cumplir la totalidad de la sanción que le impusiera el Tribunal Nacional, pues sus antecedentes y personalidad impiden a la Corte realizar un pronóstico favorable de su readaptación social.

En efecto, Uscátegui Ramírez siendo oficial del Ejército Nacional en grado de Capitán, se le sindicó y luego condenó por la Dirección de la Escuela Militar de Cadetes en sentencia de fecha 11 de octubre de 1990, a la pena privativa de la libertad de dieciocho meses (18) meses de arresto, sin beneficio de excarcelación, como responsable del delito militar de Abandono del Servicio, no obstante lo cual, el 21 de diciembre del año siguiente fue capturado y puesto a disposición de la justicia regional, en cuya versión libre y luego en su indagatoria, refirió haber ingresado a una organización de narcotráfico desde su deserción de las filas del ejército, e incursionando en el embarque de gran cantidad de cocaína, y ser sus bienes producto de dichas actividades.

4°. No se cumplen, entonces y con fundamento en lo dicho, las exigencias que la ley prescribe para que en el caso presente se pueda conceder la libertad provisional a que aspira el procesado según impetración de la defensa, y como consecuencia habrá de denegar la Sala lo pedido.

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

RESUELVE:

1. Reconócese al doctor Pedro Nel Hernández Camargo como defensor del procesado Alvaro Hernán Uscátegui Ramírez, en los términos y para los efectos consignados en el poder visible a folio 129 del cuaderno de la Corte.

2. NEGAR al citado procesado la libertad provisional que demanda su apoderado.

3. ABSTENERSE de conocer de la acumulación jurídica de penas que se impetra, por las razones consignadas en precedencia.

Notifíquese y cúmplase.

Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

PRUEBA ANTICIPADA

Mediante la expedición del Decreto 2150 de 1995 se pretendió alcanzar la reducción de una serie de trámites que además de implicar innecesaria dilación en los pronunciamientos demandados de la administración, servían más bien como incentivo para imponer exigencias indebidas incrementando los niveles de corrupción.

Pero de allí tampoco emerge la desaparición de las pruebas anticipadas que siguen reconociéndose útiles y de recibo en diferentes trámites (incluidos los administrativos), ni mucho menos la conclusión de que ellas sean ahora prohibidas, pues lo que hoy se le veda al funcionario es la posibilidad de exigirlas, mas no al particular la opción de acompañarlas como soporte de sus peticiones, al punto que el Decreto crea una equivalencia entre la afirmación que haga el particular, y la declaración extrajuicio, lo que precisamente ratifica el paralelismo valorativo entre aquella y ésta.

Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá D.C., cuatro (4) de junio de mil novecientos noventa y seis (1996).

Magistrado Ponente: Dr. *Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado Acta No.84 (junio 3/96)

Proceso No. 11603

VISTOS

Se decide la apelación interpuesta contra la providencia del 6 de marzo último, por medio de la cual el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Santafé de Bogotá se abstuvo de declarar la ineficacia de la sentencia condenatoria proferida en contra de la doctora Josefina Flórez Enciso, como responsable del delito de falsedad ideológica en documento público.

ANTECEDENTES

La doctora Josefina Flórez Enciso, ex juez 32 Civil Municipal de esta ciudad, se encuentra descontando la pena impuesta como responsable de un concurso homogéneo de delitos de falsedad ideológica en documento

público cometidos hacia el año de 1990 y referidos a la autorización y suscripción de una pluralidad de actas de declaraciones extrajuicio que se elaboraban en una oficina particular, respecto de personas a las cuales no juramentó, no interrogó y ni siquiera comparecieron a su Despacho, pese a lo cual hizo constar en ellas lo contrario, llegando a certificar inclusive su idoneidad como declarantes.

Bajo estos presupuestos, su defensor encaminó a la Juez Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Santafé de Bogotá una petición para que se declarara extinguida e ineficaz la condena, y para sustentarla invoca el principio de favorabilidad, aduciendo que el delito de falsedad ideológica en documento se estructuró por cuanto la ex funcionaria no llenó unas formalidades que se exigían para las declaraciones extrajuicio que se tramitaron en su despacho, pero como el Decreto 2150 de 1995 suprimió las declaraciones extrajuicio para el reconocimiento de derechos particulares y concretos, esa omisión de formalidades hace irrelevante penalmente su conducta.

Al referirse a la antijuridicidad de la conducta añade que no puede haber delito sin ofensa a un bien penalmente protegido, de modo que si no existe un bien digno de amparo, no se puede considerar que el objeto material exista, pues la conducta típica resultaría inocua. Así concreta que no puede existir el delito de falsedad por omisión de formalidades en un documento prohibido y suprimido legalmente, pues sobrevino una atipicidad respecto del objeto material de la conducta investigada, lo que tendrá que redundar en la extinción de la pena que por esa conducta se impuso a la sentenciada.

La Providencia Impugnada

Partiendo del presupuesto de hecho de que la doctora Flórez Enciso fue condenada por certificar como verdaderos, hechos falsos que funcionalmente debía hacer constar con ceñimiento a la realidad, el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad hizo el análisis de la conducta descrita en el artículo 219 del Código Penal, con miras a establecer si después de entrar en vigencia el Decreto 2150 de 1995 ésta aún se adecuaba al tipo, y si el objeto material se mantenía o había desaparecido.

En ese orden de ideas ratificó la calidad de servidora pública en virtud de la cual la sentenciada realizó la conducta, el carácter documental público de las declaraciones extrajuicio, y su idoneidad como medios de prueba.

Luego asumió el estudio del alcance de la prohibición contenida en el artículo 10 del Decreto 2150 de 1995 para establecer que el destinatario de ella es la administración pública y no las entidades particulares, y que lo suprimido era la exigencia de las declaraciones extrajuicio cuando se

trata de gestiones ante la administración. Entendió que el legislador no hizo otra cosa que demandar de los servidores públicos el ejercicio de sus funciones partiendo de la buena fe de los administrados, sin exigir documentos de ese tipo, ello sin perjuicio de que a su iniciativa el administrado los aporte.

Por otra parte concluyó que la prohibición solo regía cuando el objeto de la declaración fuese el reconocimiento de un derecho particular y concreto, y por lo tanto no operaría ante fines diferentes.

A lo anterior añadió que al suprimir la presentación de las declaraciones extrajuicio en los trámites administrativos, el decreto había creado un mecanismo supletorio consistente en la manifestación del particular ante la administración, a la cual se le dieron los mismos efectos de aquellas. De donde dedujo que la asignación de esos mismos efectos implicaba que las declaraciones extrajuicio no habían desaparecido, además, porque de haber querido el legislador su abolición, así lo hubiera determinado expresamente.

Bajo estos argumentos se halló desacertada la afirmación del petente sobre la ausencia de objeto material e inexistencia de la conducta punible, pues en criterio del *a quo* la prohibición establecida en el Decreto 2150 de 1995 no habilita ni exime del deber de «no falsear la verdad en el ejercicio de funciones».

Igualmente, el funcionario se apartó de la tesis pregonada por el peticionario sobre la desaparición de la antijuridicidad de la conducta juzgada, precisamente en razón de que el objeto material sobre el cual había recaído, no estaba desaparecido.

Por último y con apoyo en doctrina jurisprudencial relacionada con la aplicación de la favorabilidad en caso de desaparición legal de una conducta penalmente descrita, concluyó en que la nueva ley sobre supresión de trámites no recogió ninguno de los elementos de la conducta y por lo tanto, el delito incriminado no ha dejado de existir, resultando improcedente la aplicación del principio de favorabilidad o la declaratoria de ineficacia de la sentencia.

La Impugnación

Al apelar la decisión desfavorable, dice el defensor que la única razón del uso de las declaraciones extrajuicio era su exigencia en los trámites del Estado, por lo que al tornarse innecesarias, desaparecieron, hecho nuevo que incide directamente en la conducta juzgada por la Corte y que interpretado con fundamento en el principio de favorabilidad, convierte en ineficaz la sentencia.

Por ello insiste en afirmar que sobrevino una atipicidad sobre el objeto material de la conducta que lo lleva a disentir de la interpretación

del Juez de Penas, por ser inconsecuente con el principio de favorabilidad y con el expreso y claro mandato que se desprende de la filosofía jurídica contenida en esa legislación, pues en sentir del recurrente, si el objeto material del comportamiento reprochado consistió en llenar unas declaraciones extrajuicio sin las formalidades de ley, ante la contingencia e irrelevancia de aquellas y la supresión de su exigencia, el objeto material dejó de ser considerado como tal, haciendo ineficaz la sentencia.

Esa supresión de las declaraciones extrajuicio de los trámites administrativos, en opinión del apelante incide en el concepto de antijuridicidad, porque al no existir el amparo legal del formalismo, no se puede extender a la tutela penal. Sin ofensa al bien penalmente protegido, no hay delito; y al no existir un bien amparable, el objeto material del delito no se puede considerar existente, pues la conducta típica resultaría inofensiva.

Invocando, entonces, el principio de favorabilidad, y diciendo apoyarse en los pactos, tratados internacionales, la Carta Política y la jurisprudencia de la Corte, el recurrente concluye que la desaparición de las declaraciones extrajuicio convierte el reproche en injustificado, y por lo mismo le pide a la Corte un pronunciamiento sobre este hecho nuevo que incide en la conducta juzgada.

CONSIDERACIONES

El texto legal que le sirve al defensor de base para su planteamiento se halla ubicado en las disposiciones de los artículos 1o. y 10 del Decreto 2150 de 1995 sobre descongestión de trámites administrativos en los términos que siguen:

«Supresión de autenticaciones y reconocimientos. A las entidades que integran la Administración Pública les está prohibido exigir documentos originales o autenticados o reconocidos notarial o judicialmente».

«Prohibición de declaraciones extrajuicio. En las actuaciones administrativas, suprímese como requisito las declaraciones extrajuicio para el reconocimiento de un derecho particular y concreto. Para estos efectos, bastará la afirmación que haga el particular ante la entidad pública, la cual tendrá los mismos efectos y consecuencias de la declaración extrajuicio».

De los preceptos anteriores surge como primera conclusión ineludible la inmodificación expresa de la ley penal que se imputó como transgredida por la doctora Josefina Flórez Enciso, pues las dos normas que se transcriben de ninguna manera modifican la codificación penal ni alteran la estructura del tipo que describe el artículo 219 del Decreto 100 de 1980.

Y como allí tampoco se vislumbra una modificación para los artículos 294 a 301 del Código de Procedimiento Civil ni otras disposiciones que

por igual se refieren y amparan la prueba sumaria y más concretamente la prejudicial (artículos 57 del Código Contencioso Administrativo y 21, 253 y 255 del Código de Procedimiento Penal, entre otros), tendrá que convenirse en que las declaraciones extrajuicio ahora sometidas al recaudo notarial siguen cobrando la misma fuerza probatoria que les reconocía la ley para la fecha de ocurrencia de los hechos, y por lo mismo mereciendo el amparo penal que como medios demostrativos y actos emanados de la actuación funcional del servidor oficial que los recibe o autoriza les incumbe.

Es cierto sí, y así se infiere de los textos transcritos que mediante la expedición del decreto 2150 de 1995 se pretendió alcanzar la reducción de una serie de trámites que además de implicar innecesaria dilación en los pronunciamientos demandados de la administración, servían más bien como incentivo para imponer exigencias indebidas incrementando los niveles de corrupción.

Pero de allí tampoco emerge la desaparición de las pruebas anticipadas que siguen reconociéndose útiles y de recibo en diferentes trámites (incluidos los administrativos), ni mucho menos la conclusión de que ellas sean ahora prohibidas, pues lo que hoy se le veda al funcionario es la posibilidad de exigirlas, mas no al particular la opción de acompañarlas como soporte de sus peticiones, al punto que el decreto crea una equivalencia entre «la afirmación que haga el particular», y «la declaración extrajuicio», lo que precisamente ratifica el paralelismo valorativo entre aquella y ésta.

Es más: no es cierto como el apelante cree verlo, que con la imposibilidad actual de exigir las declaraciones extrajuicio puedan tenerse por desaparecidos el objeto material o la antijuridicidad de la conducta realizada por la sentenciada, porque ni el contenido ni el poder probatorio de las actas suscritas por la doctora Flórez cuando incumplió su deber funcional de presidirlas y constatar su veracidad y la participación de los declarantes se modifican con la nueva ley, como tampoco cambia su contenido mentiroso, ni su entidad de medios probatorios, y ello conduce indefectiblemente a ver la inocuidad del planteamiento defensivo.

Son valederas, pues, las razones bajo las cuales desestimó el Juzgado de Ejecución de Penas la pretendida ineficacia del fallo de condena, y ello impone la confirmación de su decisión motivo de alzada.

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

RESUELVE

CONFIRMAR en todas sus partes la providencia de marzo 6 de 1996 motivo de apelación.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

LIBERTAD CONDICIONAL/ ANTECEDENTES

No es caprichoso ni arbitrario el análisis de la personalidad de quien solicita una libertad condicional o una excarcelación con fundamento en ella, en donde debe tenerse muy en cuenta la forma de comisión del hecho delictuoso y la manera de actuar el individuo, todo lo cual ha de ser valorado con "sus antecedentes de todo orden", para poder encontrar fundamentos que permitan deducir, con las mejores posibilidades de acierto, si se ha verificado la "readaptación social".

Sobre los funcionarios y empleados judiciales recuen especiales responsabilidades, en adición a las que de suyo corresponden a todo servidor público. Quien llevado a ocupar un cargo en la Rama Judicial traiciona su compromiso con la Nación y luego trata de evadir mafiosamente la acción de la misma Rama del Poder Público, no puede merecer la libertad condicional o provisional por el simple cumplimiento matemático de las dos terceras partes de la pena, así se carezca de comprobación de antecedentes y su comportamiento durante el tiempo de privación de libertad haya sido bueno, que en sí mismo no resulta suficiente para cualquier procesado, pues si eso fuera lo único que se exigiese, la ley no hubiera incluido en el artículo 72 del Código Penal, al lado de tales aspectos, otros factores que permitan suponer con fundamento la readaptación del peticionario. Mucho menos para quien tiene la obligación de aportar todo de sí, con probidad y acuciosidad, para que la Constitución y la Ley sean acatadas y la equidad se imponga en el reconocimiento de los derechos y en la preservación de la justa convivencia social, lejos de cualquier germen de corrupción.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal. - Santafé de Bogotá D.C., seis (6) de junio de mil novecientos noventa y seis (1996).

Magistrado Ponente: Dr. *Nilson Pinilla Pinilla.*

Aprobada Acta No. 87.

Proceso No. 10205

VISTOS

El procesado Jaime Romero Hernández, quien actualmente se encuentra detenido en la Cárcel Nacional Modelo de esta ciudad, interpone re-

curso de reposición «y en subsidio de apelación» contra la providencia de 15 de mayo del cursante año, por medio de la cual se le negó la libertad provisional; propone que como consecuencia de nuevo estudio sobre su petición se acceda a la liberación pedida, esperando que ante el reconocimiento pretendido se fije caución diversa a la prendaria debido a que se encuentra en lamentable situación económica.

Vencido el traslado preceptuado en el artículo 200 del Código de Procedimiento Penal, las demás partes guardaron silencio.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. En el auto recurrido advirtió la Sala que al acusado Romero Hernández le restaban escasos 8 días para el cumplimiento de las dos terceras partes de la pena impuesta en las instancias, equivalente a 18 meses y 20 días, y que si bien no registra antecedentes penales y su conducta ha sido calificada de «buena», al igual que durante el tiempo de reclusión se ha dedicado al trabajo y al estudio, no cumple con las exigencias de naturaleza subjetiva previstas en el artículo 72 del Código Penal, razón que motivó la denegación de la excarcelación pretendida.

En lo esencial, así razonó la Corte:

«En este caso, de acuerdo con los fallos de instancia, se acusa al implicado de que estando al servicio del entonces Juzgado 19 de Instrucción Criminal de Espinal, en el cargo de sustanciador, desdoró la delicada misión de colaborador con la administración de justicia a la cual fue exaltado, para en su lugar, solicitar y obtener que Luis Carlos Mosquera Cortés, investigado por un delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, le entregara la suma de $100.000 a cambio de ayudarlo en el proceso; al tener conocimiento de la investigación adelantada por tales hechos pretendió que Mosquera Cortés de ser llamado a declarar guardara silencio sobre la injusta exigencia (f. 155 cdno. número 1); y, por último, dictada en su contra medida de aseguramiento en providencia de 7 de enero de 1992 (f. 267 y Ss. cdno. número 2) optó por desatender los llamados de la justicia para permanecer en contumacia hasta que el asunto llegó a esta corporación en virtud de impugnación extraordinaria.

Si a lo anterior se suma que Romero Hernández para el momento de la comisión del hecho punible averiguado había terminado estudios de derecho, disciplina que exige mayor respeto por el ordenamiento jurídico, tanto más cuando ella se ejerce en la delicada tarea de contribuir a administrar justicia, es claro que esta realidad a juicio de la Corte se muestra contraria a la liberación provisional que aquí pretende y, por el contrario, indica que el tratamiento penitenciario debe aplicarse en su rigor hasta el cumplimiento total de la pena impuesta en las instancias.» (fs. 204 y 205 cdno. de la Corte).

2. Como motivos de inconformidad con la decisión anterior, el recurrente propone los siguientes:

2.1. Asevera que tanto para el proferimiento de la sentencia los juzgadores de instancia, como la Corte para negarle la libertad provisional, han dado credibilidad a la declaración de Luis Fernando Tamayo Niño, cuando en su opinión no la merece, habiéndose presentado falla en la investigación al no demostrar la Justicia que el mencionado coprocesado le propuso la entrega de copias de su expediente, lo cual él rehusó. Y que si en gracia de discusión se atiende la versión expuesta por este declarante, debe la Sala tener en cuenta «TODO LO QUE ME HA COSTADO LA FALLA INVESTIGATIVA Y LA CREDIBILIDAD DADA A QUIEN NO LA MERECE» (f. 212 cdno. de la Corte).

2.2. En segundo lugar, afirma que no se presentó voluntariamente en su oportunidad ante sus jueces, pues «vía telefónica» recibió respuesta del «entonces secretario» de que sería recluido en la Penitenciaría Nacional de Ibagué y no en la Escuela de Policía «Gabriel González» de Espinal, como él solicitó debido a que «tenía fuero especial» (f. 212).

2.3. A continuación asevera que su formación familiar y profesional le ha enseñado el respeto por las instituciones del Estado, por el ordenamiento jurídico, los derechos ajenos y el cumplimiento de sus deberes, compromisos que no ha rehusado, y sin embargo, la Corte ha considerado «un agravante» (f.213) la obtención de su título de abogado, impidiéndole el acceso a la excarcelación cuando, insiste, ha sido investigado, juzgado y condenado por un hecho del cual es ajeno, optando sus juzgadores por «dictar sentencia con base en una falsa declaración y en dos indicios. Ni siquiera tuvieron en cuenta que para dictar sentencia condenatoria se requiere la satisfacción de unos presupuestos jurídicos imposibles de desconocer plasmados en el artículo 247 del Rital Penal» (f. 214).

2.4. Finalmente considera inadecuado que la Corte le imponga pagar la totalidad de la pena, primero porque en ningún establecimiento carcelario del país existe tratamiento penitenciario, y segundo es tanto como anticipar la decisión desfavorable del recurso extraordinario de casación, impugnación que no ha sido resuelta a pesar de que lleva más de 14 meses privado de su libertad; incluye fotocopia de decisiones donde esta corporación ha reconocido el derecho a la libertad provisional (autos de 30 de septiembre de 1993 y 22 de noviembre de 1994) y otra del Tribunal Superior de esta ciudad.

3. El auto recurrido no será modificado en ninguna de sus partes, por las siguientes razones:

3.1. Analizados en conjunto los planteamientos propuestos por el recurrente, aflora a primera vista que lejos está de enervar los argumentos que la Corte plasmó con miras a determinar que no satisfacía las exigen-

cias de naturaleza subjetiva previstas por el artículo 72 del Código Penal, y que en esas condiciones no era posible por esa vía el otorgamiento de su excarcelación.

Al enfrentar la Sala el estudio sobre la personalidad del peticionario, aspecto que involucra la forma de ejecución del hecho punible como actividad humana expresiva de aquel concepto, se hizo de acuerdo con los medios de comprobación obrantes en el proceso, valorados en su oportunidad en los fallos de instancia, decisiones éstas que llegan a la Corte precedidas de la doble presunción de acierto y de legalidad, no pudiendo ser desconocidas a través de un incidente de libertad como aquí lo pretende el inconforme, al extremo que reclama su inocencia frente a los cargos imputados, situación a resolver en el fallo de casación pero ajena al tema de la excarcelación por la vía solicitada.

3.2. No es caprichoso ni arbitrario, lo ha dicho una y otra vez la Corte, el análisis de la personalidad de quien solicita una libertad condicional o una excarcelación con fundamento en ella, en donde debe tenerse muy en cuenta la forma de comisión del hecho delictuoso y la manera de actuar el individuo, todo lo cual ha de ser valorado con «sus antecedentes de todo orden», para poder encontrar fundamentos que permitan deducir, con las mejores posibilidades de acierto, si se ha verificado la «readaptación social».

Sobre los funcionarios y empleados judiciales recaen especiales responsabilidades, en adición a las que de suyo corresponden a todo servidor público. Quien llevado a ocupar un cargo en la Rama Judicial traiciona su compromiso con la Nación, como acontece en esta situación específica, y luego trata de evadir maliosamente la acción de la misma Rama del Poder Público, no puede merecer la libertad condicional o provisional por el simple cumplimiento matemático de las dos terceras partes de la pena, así se carezca de comprobación de antecedentes y su comportamiento durante el tiempo de privación de libertad haya sido bueno, que en sí mismo no resulta suficiente para cualquier procesado, pues si eso fuera lo único que se exigiese, la ley no habría incluido en el artículo 72 del Código Penal, al lado de tales aspectos, otros factores que permitan suponer con fundamento la readaptación del peticionario. Mucho menos para quien tiene la obligación de aportar todo de sí, con probidad y acuciosidad, para que la Constitución y la ley sean acatadas y la equidad se imponga en el reconocimiento de los derechos y en la preservación de la justa convivencia social, lejos de cualquier germen de corrupción.

3.3. Cuando la Sala en ocasión pasada, y ahora lo reitera, llegó a la conclusión de que el implicado Romero Hernández ha de cumplir el resto de la pena que le fue impuesta por el fallador de instancia, en decisión que ha sido recurrida en casación, por no satisfacer los requisitos que aconsejan la libertad anhelada, no quiso en manera alguna significar que la impugnación extraordinaria ha de ser resuelta en forma «desfavorable»,

como pretende entender el recurrente, pues ya se dijo que tal determinación corresponde al fallo definitivo y no por vía de un incidente como el tratado, debiéndosele indicar que debido a la pluralidad de peticiones propuestas tanto por él como por el coprocesado Alfonso Escobar Acosta, el Ministerio Público emitió su concepto tan solo el 26 de abril del presente año y con fecha 3 de mayo el asunto ingresó para fallo, debiéndose una vez más atender la petición de libertad que propició la decisión impugnada.

3.4. De otra parte, la ausencia de tratamiento penitenciario que el implicado echa de menos en el sistema carcelario nacional, no conduce fatalmente al otorgamiento del derecho reclamado, en cuanto que la decisión sobre su reconocimiento depende del concreto examen que en cada caso ha de hacerse del cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos para otorgarlo y, en particular, del que hace relación sobre personalidad y antecedentes «de todo orden», con base en los cuales ha de suponerse con fundamento racional que se ha producido la readaptación social del procesado.

Este análisis específico no redunda en beneficio del recurrente, siendo de añadir que en manera alguna la Corte ha reprochado que hubiera realizado unos estudios profesionales, precisamente Derecho, sino que traicionando el serio compromiso que esta profesión implica y pese a encontrarse en el servicio público como colaborador de la administración de justicia, desvió su función hacia otros menesteres indebidos, por los que se encuentra respondiendo.

4. Por último, rechazará la Corte el recurso de apelación propuesto subsidiariamente por el procesado Romero Hernández, impugnación no permitida por la ley por tratarse de decisión adoptada por el máximo organismo de la jurisdicción ordinaria, que carece de superior jerárquico.

5. Como estando en trámite el traslado del recurso de reposición, el implicado Romero Hernández presentó solicitud para que le sean expedidas copias auténticas de las sentencias de primera y segunda instancia y constancia en el sentido de si su defensor presentó demanda de casación o si el recurso extraordinario por él interpuesto fue declarado desierto, accédase a lo pedido por ser procedente. En mérito de lo expuesto la *Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal*,

RESUELVE

1o. NO REPONER la providencia de 15 de mayo del presente año, por medio de la cual se negó la libertad provisional reclamada por el procesado Jaime Romero Hernández.

2o. RECHAZAR por las razones expuestas en precedencia, el recurso de apelación interpuesto subsidiariamente por el recurrente.

3o. Por ser procedente, por la Secretaría de la Sala expídanse las copias y la constancia solicitada por el implicado Romero Hernández.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DESISTIMIENTO

De acuerdo con lo establecido en el artículo 244 del Código de Procedimiento Penal, es viable el desistimiento del recurso de casación antes de que el proceso entre a despacho para fallo.

Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., once (11) junio de mil novecientos noventa y seis (1996).

Magistrado Ponente: Dr. *Fernando Arboleda Ripoll*

Aprobada Acta No. 88.

Proceso No. 10873

El procesado Julio César Vega Serrano desiste del recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 30 de marzo de 1995, mediante la cual el Tribunal Superior de Cúcuta lo condenó a la pena principal de DOCE AÑOS, SEIS MESES de prisión, por los delitos de homicidio y porte ilegal de armas de defensa personal. Dicha manifestación fue coadyuvada por su defensor mediante comunicación del 24 de mayo último (fol. 175).

De acuerdo con lo establecido en el artículo 244 del Código de Procedimiento Penal, es viable el recurso de casación antes de que el proceso entre el despacho para el fallo, situación esta que en el caso *sub judice* no se ha presentado, luego es conducente la solicitud impetrada en tal sentido.

Por lo tanto, la *Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal*, acepta el desistimiento manifestado y, en consecuencia, declara desierto el recurso.

Notifíquese y cúmplase.

Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

AUDIENCIA/ FISCAL

*La asistencia del correspondiente fiscal a la audiencia pública es obligatoria, conforme a los artículos 128 y 452 del Código de Procedimiento penal. Su intervención es base fundamental del juzgamiento que, como tal, no puede preterm*itirse *(art. 308.2 C. de P.P.), pues resulta inherente al sistema acusatorio instituido en la codificación procesal penal vigente, que exige para la verificación de este trascendental acto del juicio la participación de acusación y defensa, sin que pueda aceptarse que la presencia del agente del Ministerio Público, suple a alguna de ellas.*

No debe perderse de vista que la Fiscalía General de la Nación desarrolla un doble papel dentro del proceso: de una parte, es institución judicial encargada, bajo la correspondiente organización jerárquica, funcional y territorial, de la dirección y ejercicio de la acción penal durante la etapa investigativa, y de la otra es un verdadero sujeto procesal dentro de la etapa del juicio. Siendo misión constitucional suya efectuar la investigación de los delitos, acusar y procurar la sanción de los infractores de la ley penal, sin perjuicio del deber que le asiste de averiguar la verdad así esta conduzca a la inocencia del procesado, mal puede aceptarse su inasistencia al debate oral, que sin lugar a dudas queda substancialmente incompleto y socava la estructura del proceso, afectando la validez de la actuación.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal.-Santafé de Bogotá, D.C., junio once (11) de mil novecientos noventa y seis (1996)

Magistrado Ponente: Dr. *Nilson Pinilla Pinilla*

Aprobado Acta No.82 (Mayo 30/96)

Proceso No. 8811

VISTOS

Resolverá la Sala el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado Benjamín Galvis Donoso contra la sentencia de 27 de mayo de 1993, mediante la cual el Tribunal Superior de Ibagué

confirmó, con modificaciones, la dictada por el Juzgado Segundo Penal del Circuito del Guamo, que lo condenó a la pena principal de dos años de prisión y multa de veinte mil pesos y a las «accesorias de Interdicción de Derechos y Funciones Públicas y suspensión de la Patria Potestad si la tuviere (sic), por un período igual al de la pena principal» (f. 630, cdno. ppal.), por hallarlo responsable del delito de peculado por apropiación.

Hechos

Benjamín Galvis Donoso, obrando en su condición de Alcalde Municipal de Ortega (Tolima), compró a Tobías Urueña Rivas parte de un lote de terreno ubicado dentro del perímetro urbano de dicha población, en la suma de siete millones de pesos ($7.000.000) pagadera con dineros del erario municipal, no obstante que meses antes el vendedor había ofrecido en venta el mismo inmueble a Marcelina Oyola por tres millones de pesos; negociación que se perfeccionó mediante escritura pública 692 del 27 de diciembre de 1990 de la Notaría de Ortega, registrada en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados del Guamo el 11 de enero de 1991.

El posible sobreprecio contratado por el entonces Alcalde, dio lugar a la intervención de la Contraloría del Departamento del Tolima y a la iniciación de la presente investigación.

Acontecer Procesal

Por los hechos reseñados, el Juzgado Once de Instrucción Criminal Ambulante de Ibagué, mediante providencia de 18 de junio de 1992, calificó por segunda vez el mérito del sumario con resolución de acusación en contra del sindicado Benjamín Galvis Donoso por el delito de peculado por apropiación, en detrimento del Tesoro Municipal de Ortega, consistente en el posible apoderamiento del sobreprecio añadido a la compra del lote de terreno, enjuiciamiento que cobró ejecutoria el 9 de julio del citado año, encontrándose el proceso al cuidado de la Fiscalía 14, Unidad Unica de Patrimonio de la ciudad de Ibagué, a donde había pasado por el cambio de competencias originado con el advenimiento del Decreto 2700 de 1991.

Correspondió conocer del juicio al Juzgado Segundo Penal del Circuito del Guamo, el que después de vencido el término de traslado para preparación de la audiencia pública, señaló el 28 de septiembre de 1992 para su realización, a partir de las nueve de la mañana, librando las comunicaciones del caso al funcionario que había proferido el pliego de cargos (doctor Carlos Alberto Buitrago Góngora), a la Fiscal Treinta y Siete y al Personero Municipal del Guamo (fs.593 a 597 del expediente).

El Jefe de la Unidad Primera de Patrimonio de Ibagué le hizo saber al Juez Segundo Penal del Circuito del Guamo, que no encontrándose adscrito a la Unidad de Fiscalía de esa población el doctor Buitrago Góngora,

debía actuar en la audiencia pública el representante del Ministerio Público (f.598 *ibidem*).

En la fecha señalada se dio comienzo a la audiencia pública, la que culminó el mismo día, con asistencia del defensor del procesado y el agente del Ministerio Público (fs.602 y ss. *ibidem*).

El 10 de noviembre siguiente, el Juzgado Segundo Penal del Circuito del Guamo puso fin a la instancia, condenando al acusado a las penas ya indicadas y al pago en concreto de los perjuicios causados, otorgándole el subrogado de la condena de ejecución condicional; fallo apelado por la defensa y confirmado por el Tribunal Superior de Ibagué, mediante el que es objeto del recurso de casación, con las modificaciones de precisar que el pago de los perjuicios causados y el sobreprecio del lote lo haga el procesado dentro de los 15 días siguientes a la ejecutoria del fallo, «so pena de perder la gracia concedida», y disponer compulsar copias para investigar por separado otros hechos y la conducta de algunas personas, entre ellas otros servidores públicos.

Demanda de Casación

Con fundamento en las causales primera y tercera de casación, se formulan varios cargos a la sentencia impugnada, a saber:

Causal Primera

Primer cargo:

Advierte el impugnante que de ser cierto, como se afirma en la sentencia recurrida, que el entonces Alcalde Benjamín Galvis Donoso compró para el municipio de Ortega «un lote de terreno que pertenecía al mencionado municipio y por el cual la Tesorería Municipal pagó el altísimo precio de siete millones de pesos», se habría incurrido en un delito de estafa y no en el de peculado por apropiación.

Luego expresa:

«Se está en presencia de la aplicación indebida de los artículos 133 del Código Penal y 2° de la ley 43 de 1982, porque si el procesado Benjamín Galvis Donoso, como Alcalde del Municipio de Ortega, mediante la escritura 692 de 27 de diciembre de 1990 de la Notaría de Ortega adquirió para el Municipio un lote de terreno de que era propietario, lo lógico habría sido la aplicación del artículo 356 del Código Penal, porque se estaría en presencia de un delito de estafa, pero el Tribunal fallador habría violado esa norma punitiva porque en la resolución de acusación no se radicó al procesado doctor Benjamín Galvis Donoso como autor de una estafa.

La sentencia acusada en sede de casación aplicó indebidamente el artículo 133 del Código Penal, lo mismo que el artículo 2° de la ley 43 de 1982, porque con la adquisición del lote de terreno a que se refiere la

escritura 692 de 27 de diciembre de 1992 (sic) de la Notaría de Ortega, el procesado Benjamín Galvis Donoso no se apropió del precio de siete millones de pesos que pagó el Municipio como precio de esa adquisición. Y no se apropió de esa cantidad porque al proceso se trajeron las cuentas de cobro presentadas por el vendedor Tobías Urueña Rivas, lo mismo que las fotocopias de los dos cheques que por tal cantidad giró la Tesorería de Ortega en favor del vendedor...».

Segundo Cargo:

En desarrollo del mismo, afirma el censor que el Tribunal fallador condenó al procesado Galvis Donoso como autor del delito de peculado por apropiación, en cuantía de $2.490.000.oo, pese a que el expediente no arroja prueba alguna demostrativa de que el acusado hubiese recibido de manos del vendedor Tobías Urueña Rivas el sobreprecio indicado.

Hace referencia al hecho de que varios Ediles del municipio de Ortega incurrieron en la mentira de dar por cierto que Urueña Rivas había ofrecido el lote en venta por un precio inferior al convenido con el Alcalde Galvis Donoso y que el antecesor de éste, Pablo Emilio Morales Marroquín, no registró la escritura de compra en menor extensión del mencionado lote de terreno, por lo que se estaría en presencia de un delito de estafa.

CAUSAL TERCERA

Varios cargos se hacen a la sentencia acusada en el marco de esta causal, los que el recurrente enuncia de la siguiente manera, que se transcribe en atención a su brevedad:

«*Primer Cargo:*

La investigación penal se inició con fundamento en una proposición aprobada por diez Ediles del Concejo Municipal de Ortega, proposición que no incluyó la relación detallada de los hechos conocidos por los denunciantes, con lo cual se violó el artículo 21 del Código de Procedimiento Penal de 1987, vigente para la época en que dictó el auto cabeza de proceso».

«*Segundo Cargo:*

En la resolución de acusación se afirma que el Alcalde Benjamín Galvis Donoso compró para el Municipio de Ortega un lote de terreno que era de propiedad de dicho Municipio, por la suma de siete millones de pesos. Si ello hubiera sido así, el delito imputable al Alcalde sería el de estafa, sin embargo, al doctor Benjamín Galvis Donoso se le residenció en juicio como autor de un peculado por apropiación».

«*Tercer Cargo:*

Durante la audiencia celebrada ante el Juez de primera instancia, dicho funcionario no permitió que el doctor Simón Castro Benítez, defen-

sor del procesado doctor Galvis Donoso, expusiera la totalidad de los argumentos jurídicos que tenía en favor de su defendido, tal como consta en el acta de audiencia respectiva, lo mismo que en el memorial del defensor doctor Castro Benítez para el Juez que había cometido tal arbitrariedad».

«*Cuarto Cargo:*

La sentencia de segunda instancia, partiendo de la base de que el procesado doctor Gálvis Donoso había comprado para el Municipio de Ortega un lote de terreno que era de propiedad del Municipio, en lugar de expresar que se estaba en presencia de un delito de estafa, en el caso de que tal afirmación hubiera sido cierta, lo que hizo fue confirmar la sentencia de primera instancia, mediante la cual el doctor Galvis Donoso había sido condenado como autor de un delito de peculado por apropiación».

«*Quinto Cargo:*

Como la sentencia acusada en sede de casación condenó al doctor Benjamín Galvis Donoso como autor de un delito de peculado por apropiación en contra del Municipio de Ortega, en lugar de haber revocado la sentencia condenatoria porque lo que le competía al Municipio de Ortega, si hubiera sido cierto que había pagado un sobreprecio por la compra del lote de terreno a que se refiere la escritura 692 de 27 de diciembre de 1990 de la Notaría de Ortega, era ejercer una acción civil por lesión enorme para solicitar la rescisión de la compra del mencionado lote de terrenos».

Termina solicitando la infirmación del fallo recurrido en el evento de prosperar la causal primera de casación, o la nulidad del proceso, en el supuesto de aparecer demostrado uno cualquiera de los cargos planteados en el marco de la causal tercera.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público representado por el Procurador Segundo Delegado en lo Penal, se abstiene de emitir concepto sobre los cargos contenidos en la demanda de casación, por advertir la presencia de una irregularidad sustancial invalidante de la actuación a partir del acto de la audiencia pública que necesariamente conlleva la nulidad de lo actuado por quebranto del debido proceso.

Afirma, en efecto, que la inasistencia del Fiscal del Juzgado a la audiencia pública, celebrada en vigencia del nuevo Código de Procedimiento Penal de inspiración acusatoria (Decreto 2700 de 1991), genera irregularidad sustancial que afecta el debido proceso, por lo cual sugiere a la Corte declarar oficiosamente la nulidad advertida a partir de tal diligencia, inclusive, basado para ello en los siguientes razonamientos:

«La intervención de la Fiscalía en esta diligencia es categórica. A ella expresa y tajantemente se refiere el art.128 del C. de P.P., acorde con el

cual...La asistencia e intervención de la fiscalía durante la audiencia pública es obligatoria», mandato que es reproducido por el art.452 *ibidem*, relativo a la tramitación de la etapa del juicio y más precisamente de la audiencia pública, bajo el siguiente enunciado: ART.452.-Asistencia Obligatoria. Será obligatoria la asistencia del fiscal, el defensor y del procesado si se encuentra privado de la libertad...».

En el presente asunto, independientemente de que la resolución de acusación se hubiera proferido durante la vigencia del Decreto 0050 de 1987, resultaba forzosa la designación de un fiscal a efecto de que interviniera en la audiencia pública, como que dicha disposición procesal resultaba de inmediata e ineludible aplicación. Y no se trataba, como erróneamente lo entendieron los funcionarios de la fiscalía y el propio Juez Segundo Penal del Circuito del Guamo, de confundir la identidad del órgano acusador, con la individualidad del empleado oficial que desempeñaba las funciones de fiscal».

Considraciones de la Corte

La Corte acometerá el examen de la demanda y del concepto fiscal, comenzando por aquéllos cargos planteados bajo el ámbito de la causal tercera de casación, porque de prosperar cualquiera de ellos resultaría impertinente ocuparse de los reparos formulados en el marco de la causal primera.

Causal Tercera

1. En cuanto al primer cargo ensayado en la demanda bajo esta causal, no haberse incluido en la proposición aprobada por el Concejo Municipal de Ortega, para dar cuenta a la Contraloría del Departamento del Tolima de las irregularidades imputadas al Alcalde Benjamín Galvis Donoso, la «relación detallada» de los hechos conocidos por los Ediles, no presenta ni siquiera la apariencia de poder generar nulidad del proceso, por ser una hipotética omisión anterior a éste, que de haber tenido alguna transcendencia o generado irregularidad, quedó reducida a la inocuidad en el transcurso del acopio probatorio.

2. Acerca de la nulidad invocada por supuesto error de adecuación del tipo penal (calificar como peculado por apropiación lo que al decir del recurrente es delito de estafa), a que se alude en los cargos segundo y cuarto, como también se aduce en lo argumentado bajo el rótulo de la causal primera, no se configura porque es ostensible que los actos delictuosos endilgados al entonces Alcalde Benjamín Galvis Donoso, fueron realizados directamente dentro de su órbita funcional como ordenador natural del gasto público, en su condición de servidor oficial y no a título personal o particular, quedando rebasada la eventual configuración de un tipo penal común.

3. Contrariamente a lo que se argumenta en el cargo tercero, una visión retrospectiva de lo acontecido durante la audiencia pública (fs. 602 y Ss. cdno. ppal.), evidencia que el señor defensor del procesado copó la mayor parte del debate oral, durante el cual gozó de todas las prerrogativas inherentes a la defensa de su cliente, recibiendo únicamente del juez la apropiada solicitud de concretar su alegación defensiva a lo conducente.

4. Finalmente el quinto cargo, por supuesta atipicidad de la conducta imputada al acusado por tratarse, según el impugnante, de un asunto civil que debería resolverse a través de la rescisión del contrato de compraventa del lote de terreno por lesión enorme, y no determinando la comisión del delito de peculado, se muestra no solo huérfano de fundamento tanto fáctico como jurídico, sino totalmente desenfocado pues su marco propio sería la violación de la ley sustancial y no la nulidad del proceso, por referirse no a un error de actividad, sino a un yerro *in judicando*.

En consecuencia, no prospera ninguno de los enfoques ensayados en la demanda a título de nulidad.

Casación Oficiosa

Corresponde entonces examinar la nulidad planteada por el señor Procurador Delegado, derivada del hecho de que en la audiencia pública celebrada el 28 de septiembre de 1992, no participó Fiscal alguno: «...el señor Fiscal que calificó el mérito del sumario (sic)... no se hizo presente según constancia... en razón de no estar adscrito a este Circuito, razón por la cual en esta visita pública intervendrá el señor representante del Ministerio Público...», para el caso el Personero Municipal, quien solicitó «proferir sentencia absolutoria» (fs. 602 y Ss.).

La asistencia del correspondiente Fiscal a la audiencia pública es obligatoria, conforme a los artículos 128 y 452 del Código de Procedimiento Penal. Su intervención es base fundamental del juzgamiento que, como tal, no puede preterm itirse (art.308.2 C. de P.P.), pues resulta inherente al sistema acusatorio instituido en la codificación procesal penal vigente, que exige para la verificación de ese trascendental acto del juicio la participación de acusación y defensa, sin que pueda aceptarse que la presencia del agente del Ministerio Público, supla a alguna de ellas.

En caso similar al presente dijo la Sala que la participación del agente del Ministerio Público en el plenario «no subsanaba la irregularidad sustancial que se generó con la inasistencia del Fiscal que era obligatoria, según el mandato expreso del artículo 452 de la sistemática vigente. Le asiste, pues, razón al recurrente en su pedimento, debiéndose declarar la nulidad de todo lo actuado a partir de la audiencia pública, inclu-

sive» (Auto de junio 8/93, 2a. inst. 7950. M.P. doctor Jorge Enrique Valencia M.).

No debe perderse de vista que la Fiscalía General de la Nación desarrolla un doble papel dentro del proceso: de una parte, es institución judicial encargada, bajo la correspondiente organización jerárquica, funcional y territorial, de la dirección y ejercicio de la acción penal durante la etapa investigativa, y de la otra, es un verdadero sujeto procesal dentro de la etapa del juicio. Siendo misión constitucional suya efectuar la investigación de los delitos, acusar y procurar la sanción de los infractores de la ley penal, sin perjuicio del deber que le asiste de averiguar la verdad así esta conduzca a la inocencia del procesado, mal puede aceptarse su inasistencia al debate oral, que sin lugar a dudas queda substancialmente incompleto y socava la estructura del proceso, afectando la validez de la actuación.

Además, se aprecia que la designación de un Fiscal que concurriera a la audiencia pública seguía siendo imperativa, si se tiene en cuenta que la situación real del proceso al momento de entrar en vigor el Estatuto Procesal Penal vigente, no era la contemplada en su artículo 13 transitorio.

En conclusión, debe decretarse la nulidad de todo lo actuado en este proceso, desde la diligencia de audiencia pública inclusive, para cuya pronta celebración el juez de primera instancia señalará fecha y hora en la oportunidad debida.

Como obvia consecuencia de esta decisión, la Corte no acomete el estudio de los cargos formulados en la demanda de casación bajo la causal primera, porque habiendo prosperado el cargo de nulidad sugerido por el señor Procurador Delegado, resulta inoficioso referirse a aquéllos, por sustracción de materia.

El expediente se devolverá al Juzgado de origen por conducto del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, para que se proceda cuanto antes a reponer la actuación viciada.

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

Primero. *Desestimar* la demanda de casación interpuesta por el defensor del procesado Benjamín Galvis Donoso.

Segundo. *Casar* oficiosamente la sentencia impugnada.

Tercero. *Decretar* la nulidad de todo lo actuado en este proceso, a partir de la diligencia de audiencia pública, inclusive.

Cuarto. Devolver el proceso al Juzgado de origen, por conducto del Tribunal Superior de Ibagué, a fin de que se rehaga debidamente la actuación anulada.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda Fabio Artstizábal Hoyos Conjuez *Carlos E. Mejía Escobar Dídimo Páez, Velandia, Nilson Pinilla Pinilla Juan, Manuel Torres Fresneda.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

PORTE ILEGAL DE ARMAS

Sólo podrán ser consideradas armas de fuego de uso privativo de la Fuerza Pública, entre otras, las pistolas y revólveres de calibre 9.652 mm. (.38 pulgadas), siempre y cuando reúnan ciertas exigencias adicionales derivadas del artículo 11 ejusdem: longitud de cañón superior a 15.24 cm. (6 pulgadas) y capacidad en el proveedor de la pistola superior a 9 cartuchos.

Acorde con esta interpretación sistemática de los artículos 8 y 11 del Decreto 2535 de 1993, ha de sostenerse que en ningún caso podrá ser considerada arma de uso privativo de las fuerzas militares, un revólver o pistola con calibre inferior a 9.652 mm. (.38 pulgadas), a no ser que se trate de arma automática -pues las armas automáticas se consideran de uso privativo, cualquiera sea su calibre, art.8-d ejusdem- o que «lleve dispositivos de tipo militar» art.8-j ejusdem-.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D. C., once (11) de junio de mil novecientos noventa y seis (1996).

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

Aprobado acta número 88.

Proceso número 11399.

Asunto

Desatar la colisión negativa de competencia surgida entre el Juzgado Penal del Circuito de Segovia (Antioquia) y un Juzgado Regional de Medellín, en el proceso que por el delito de porte ilegal de armas se adelanta en contra de Carlos Alberto Motato Mejía.

Antecedentes

Se imputa a Carlos Alberto Motato Mejía la comisión del delito de porte ilegal de armas de fuego, con las siguientes características señaladas por el perito en balística y hoplología del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses:

"Una pistola marca Browning, calibre 9 mm. largo, bastante desaparecido su niquelado, distinguida con el número 245PM54658, colocado en la parte anterior de la empuñadura, con una longitud en su cañón de cuatro pulgadas y capacidad de su proveedor para doce cartuchos con cadencia de disparo tiro a tiro, de funcionamiento semiautomático y en buenas condiciones de funcionamiento, comprobación realizada en el polígono del laboratorio, al ser disparada en ésta cuatro cartuchos".

En el dictamen también se hace referencia a "doce (12) cartuchos calibre 9 mm. largo con valnillas de ferrocobre y proyectiles con camisas de ferrocobre y núcleos de plomo de fuego central y sin percutir sus fulminantes..." y un revólver marca Smith & Wesson, respecto del cual sin dubitación alguna afirmó el perito que se trata de un arma de defensa personal.

El 1° de marzo de 1995, al sindicado Mulato Mejía le fue proferida, por parte de un Fiscal Regional de Medellín, medida de aseguramiento de detención preventiva sin beneficio de excarcelación, por infringir el artículo 2° del Decreto 3664 de 1986 (fl. 131 c. # 1).

El procesado en mención se acogió al mecanismo de la audiencia especial, como forma de terminación prematura del proceso, y aceptó los cargos señalados en párrafo precedente (fls. 139 y ss. *ibidem*). El Fiscal Regional remitió las diligencias al Juzgado Regional de Medellín y éste, mediante proveído del 7 de abril de 1995 (fls. 155 y ss.) se abstuvo de avocar el conocimiento del asunto y ordenó remitirlo al Juzgado Penal del Circuito de Segovia (Antioquia) "para lo de su cargo", proponiéndole colisión negativa de competencias.

Las siguientes son las razones del Juzgado Regional para declararse incompetente:

Una pistola calibre 9 mm., según el artículo 8° del Decreto 2535 de 1993, "no es un arma que dada la longitud del cañón, sirva por sí sola para defender la independencia y soberanía nacionales, mantener la integridad territorial, asegurar la convivencia pacífica, el ejercicio de los derechos y libertades públicas, el orden constitucional y el mantenimiento y restablecimiento del orden público, como que por el hecho de tener proveedor para diez, once, doce o veinte cartuchos, *no hace que el arma sea más letal*". Para ello se apoyó en la providencia de esta Corporación, calendada en mayo 5 de 1994, donde actuó como ponente el Magistrado Guillermo Duque Ruiz.

Por su parte, el Juzgado Penal del Circuito de Segovia, al advertir que "la acusación la realizó un funcionario que no es competente para actuar ante los señores Jueces Penales del Circuito, sino ante los Jueces Regionales", declaró la nulidad de todo lo actuado "a partir de la resolución que fijó fecha para la realización de la Audiencia Especial, inclusive" y remitió

las diligencias a la Unidad Seccional de Fiscalía Delegada ante ese Circuito (fl. 165 *ib.*).

Como la nulidad dejó sin efecto el acta anterior, el procesado solicitó la sentencia anticipada, habida cuenta que el Fiscal Seccional de Segovia consideró que no existía duda probatoria sobre la cual edificar una negociación. En esta oportunidad, los cargos formulados lo fueron por violación del artículo 1° del Decreto 3664 de 1986 (fl. 268 ib.), es decir, por porte ilegal de armas de fuego de defensa personal (fls. 264 y ss. ib.).

Aceptados como fueron los cargos por parte del procesado, las diligencias se enviaron nuevamente al Juzgado Penal del Circuito de Segovia, y en esta oportunidad se declaró incompetente para proferir la sentencia deprecada y remitió las diligencias al Juez Regional, proponiéndole colisión negativa de competencias, con fundamento en el siguiente razonamiento:

"Si analizamos bien tanto el contenido del artículo 8° literal a) del Decreto 2535 de 1993 y el contenido de la sentencia de casación referida, hemos de concluir que siempre que el calibre del arma sea de 9 mm., o superior a éste, tal arma se tendrá como de uso privativo de la fuerza pública sin importar otras características como sería por ejemplo su capacidad de carga, pues el criterio prevalente en estos casos es el calibre del arma...".

Con proveído del 26 de enero del presente año, el Juzgado Regional de Medellín reiteró el criterio plasmado en auto del 7 de abril de 1995 –sobre la incompetencia para conocer del asunto–, aceptó la colisión propuesta y dispuso el envío del diligenciamiento a esta Corporación.

Consideraciones de la Corte

La Corte es competente para dirimir la presente colisión de competencias surgida entre un Juez Penal del Circuito y un Juez Regional, de conformidad con el numeral 5° del artículo 68 del Código de Procedimiento Penal.

La controversia surgida en el evento *sub examine* dice relación con la naturaleza del asunto por el que se procede, como factor objetivo generador de competencia, derivada de la característica del arma objeto material del ilícito, pues mientras el Juez Penal del Circuito de Segovia (Antioquia) considera que la pistola calibre 9 mm., "se tendrá como de uso privativo de la fuerza pública sin importar otras características", el Juez Regional de Medellín refuta tal aserto apoyado en el pronunciamiento que con ponencia del Magistrado Guillermo Duque Ruiz hizo esta Corporación el 5 de mayo de 1994 y el cual, por considerarlo oportuno, reiterará la Sala en esta oportunidad:

"Es el Decreto 2535 de 1993, el último estatuto que ha entrado a definir cuáles armas son de uso privativo de la fuerza pública y cuáles de defensa personal.

El artículo 8° del aludido decreto, dispone:

"Armas de guerra o de uso privativo de la Fuerza Pública. Son armas de guerra y por lo tanto de uso privativo de la Fuerza Pública, aquellas utilizadas con el objeto de defender la independencia, la soberanía nacional, mantener la integridad territorial, asegurar la convivencia pacífica, el ejercicio de los derechos y libertades públicas, el orden constitucional y el mantenimiento y restablecimiento del orden público, tales como:

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

b) Pistolas y revólveres de calibre superior a 9.652 mm. (.38 pulgadas);

c) (...); d) (...); e) (...); f) (...); g) (...); h) (...); i) (...); j) (...)" (Subraya la Sala).

De conformidad con esta norma, pues, son armas de uso privativo de la fuerza pública, entre otras, las pistolas y revólveres de calibre superior a 9.652 mm., sin importar ninguna otra característica, lo mismo que las pistolas y revólveres de este calibre que no reúnan las condiciones señaladas en el artículo 11 de este mismo decreto. (...).

La incongruencia que se advierte entre los dos artículos citados (8 y 11), de ninguna manera faculta al intérprete para tener una pistola como arma de uso privativo de la fuerza pública, sólo porque su proveedor tenga capacidad para más de nueve (9) cartuchos y sin importar el calibre, toda vez que en tratándose de este (sic) clase de armas (las de uso privativo), el propio legislador las ha limitado a las de calibre no menor de 9.652 mm.

Y es lógico que así lo hubiere hecho, porque si son armas de guerra y por tanto de uso privativo de la fuerza pública, (...) como lo dice el ya copiado artículo 8°, necesariamente se tiene que considerar el calibre, porque si es pequeño como el de las pistolas incautadas en este proceso, no resultarían por ello idóneas para buscar los objetivos que se persiguen con las armas de guerra, y por ende no pueden estimarse como de uso privativo de la fuerza pública".

Examinando con detenimiento los literales a) y b) del artículo 8° del Decreto 2535 de 1993, se observa que el calibre fue el factor utilizado para considerar un arma como de uso privativo de las fuerzas militares:

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

Significa lo anterior, que sólo podrán ser consideradas armas de fuego de uso privativo de la Fuerza Pública, entre otras, las pistolas y revólveres de calibre 9.652 mm. (.38 pulgadas), siempre y cuando reúnan ciertas

exigencias adicionales derivadas del artículo 11 *ejusdem*: longitud de cañón superior a 15.24 cm. (6 pulgadas) y capacidad en el proveedor de la pistola superior a 9 cartuchos.

Acorde con esta interpretación sistemática de los artículos 8° y 11 del Decreto 2535 de 1993, ha de sostenerse que en ningún caso podrá ser considerada arma de uso privativo de las Fuerzas Militares, un revólver o pistola con calibre inferior a 9.652 mm. (.38 pulgadas), a no ser que se trate de arma automática –pues las armas automáticas se consideran de uso privativo, cualquiera sea su calibre, artículo 8-d *ejusdem*–, o que "lleve dispositivos de tipo militar" –artículo 8-l *ejusdem*–.

Y en el presente caso, la pistola incautada tiene, entre otras características, calibre 9 mm., –es decir, inferior a 9.652 mm.–, lo que de plano, y acorde con lo que acaba de exponerse, descarta la posibilidad de entrar a considerar las exigencias adicionales derivadas del artículo 11 del Decreto 2535 de 1993, como la capacidad del proveedor o longitud del cañón.

Se torna entonces desacertada la conclusión del Juez Penal del Circuito de Segovia: "*siempre que el calibre del arma sea de 9 mm.*, o superior a éste, tal arma se tendrá como de uso privativo de la fuerza pública sin importar otras características", porque contraría abiertamente la mención expresa de las "pistolas y revólveres de calibre 9.652 mm. (.38 pulgadas)" hecha por el artículo 8° literal a) del decreto en cita.

Así las cosas, le asiste razón al Juez Regional de Medellín al considerar de defensa personal la pistola 9 mm. incautada al procesado Motato Mejía, debiéndose en consecuencia, asignar el conocimiento del presente proceso, al Juez Penal del Circuito de Segovia (Antioquia).

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

RESUELVE:

Declarar que la *competencia* para conocer de este asunto corresponde al Juzgado Penal del Circuito de Segovia, Antioquia, a donde se devolverá el expediente, enviando copia de esta decisión al Juzgado Regional de Medellín.

Notifíquese y cúmplase.

Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CALUMNIA/ INJURIA

El artículo 33 del Código de Procedimiento Penal incluye los delitos de calumnia e injuria entre aquellos que para iniciar la acción penal requiere querella de parte, luego conforme a lo preceptuado en el artículo 34 ibidem, es desistible

Por su parte el artículo 38 del mismo estatuto procesal establece la obligatoriedad de que en los delitos que admiten desistimiento se celebre audiencia de conciliación a solicitud de los sujetos procesales, o de oficio, indicando el día y la hora en la resolución de apertura de instrucción. Si se obtiene la conciliación y se cumple el acuerdo se proferirá resolución inhibitoria, preclusión de la investigación o cesación de procedimiento según el caso.

Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D.C., junio trece de mil novecientos noventa y seis.

Magistrado Ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel*

Aprobado Acta No. 90

Proceso No. 10267

VISTOS

Procede la Sala a resolver lo que corresponda dentro de las presentes diligencias adelantadas contra Samuel Moreno Rojas una vez surtida la audiencia de conciliación.

ANTECEDENTES

1o.- El 26 de febrero de 1.994, el doctor Samuel Moreno Rojas concedió una entrevista al Magazín Todelar, trasmitida por la emisora Voz de Galeras de la ciudad de Pasto, durante la cual manifestó que es un hecho cierto el fraude en las elecciones el 19 de abril de 1970, debate para el cual su abuelo Gustavo Rojas Pinilla era candidato. Más adelante afirmó:

« Aquí en el Departamento de Nariño llegaron unos votos yo no sé en Chalupa o quemaron unos votos pero la última votación que llegó fue la

de Nariño y después se le pagó el favor a quien en ese entonces era el Gobernador que se llamaba Luis Avelino Pérez».

2o. Se adelantaron diligencias previas durante las cuales se allegaron las siguientes pruebas:

- Transcripción de las grabaciones de la referida entrevista por parte del Cuerpo Técnico de Policía Judicial.

- Versión libre y espontánea rendida por el doctor Samuel Moreno Rojas.

- Publicaciones de la Revista Cromos y Semana sobre el denominado Golpe a Rojas Pinilla.

3o. El veintidós de febrero del año en curso se abrió investigación ordenando la práctica de diversas pruebas y la celebración de audiencia de conciliación la cual se verificó el dieciocho de marzo pasado, diligencia durante la cual las partes en conflicto llegaron a un acuerdo, consistente en que el doctor Samuel Moreno Rojas se comprometió a retractarse de las imputaciones hechas en contra del doctor Luis Avelino Pérez, padre del denunciante, utilizando para tal efecto medios de comunicación de cubrimiento Nacional, propuesta aceptada por el implicado.

4o. En memorial suscrito por el doctor Samuel Moreno Rojas, informa que dio cumplimiento a lo consignado en el acta de conciliación, pues a través de los noticieros «24 horas», «Q.A.P.», «CM&», y los principales periódicos y cadenas radiales de difusión nacional hizo pública retractación de la versión que originó la querella.

5o. El doctor Luis Eladio Pérez Bonilla, querellante en este proceso, remitió escrito en el que manifiesta que «de acuerdo con lo convenido en la audiencia de conciliación convocada con el fin de dirimir la demanda presentada por mí contra el Senador Samuel Moreno Rojas por los delitos de Injuria y Calumnia, le manifiesto que me encuentro satisfecho por la retractación hechas a las declaraciones iniciales emitidas a través de Medios de Comunicación a nivel nacional».

Consideraciones de la Sala

1o. Quedó plenamente acreditado dentro de los diligenciamientos la calidad de Congresista del doctor Samuel Moreno Rojas, circunstancia que le otorga a esta Corporación la competencia para conocer del presente asunto.

2o. El artículo 33 del Código de Procedimiento Penal incluye los delitos de calumnia e injuria entre aquellos que para iniciar la acción penal requiere querella de parte, luego conforme a lo preceptuado en el artículo 34 *ibidem*, es desistible.

Por su parte, el artículo 38 del mismo estatuto procesal establece la obligatoriedad de que en los delitos que admiten desistimiento se celebre audiencia de conciliación a solicitud de los sujetos procesales, o de oficio, indicando el día y la hora en la resolución de apertura de instrucción. Si se obtiene la conciliación y se cumple el acuerdo se proferirá resolución inhibitoria, preclusión de la instrucción o cesación de procedimiento según el caso.

3o. Como se dejó reseñado, en el caso que nos ocupa querellante y querellado llegaron a un acuerdo en la audiencia de conciliación, en el cual el doctor Moreno Rojas se comprometía a retractarse de las afirmaciones que motivaron la queja del doctor Pérez Bonilla, compromiso que efectivamente cumplió, y del cual da fe el propio promotor de la acción.

Así las cosas, de conformidad con las normas anteriormente citadas se decretará la preclusión de la instrucción y se ordenará el archivo del expediente.

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

RESUELVE

Decretar la preclusión de la instrucción seguida contra el doctor Samuel Moreno Rojas por los hechos consignados en la parte motiva de este proveído.

En firme esta decisión, archívese el expediente.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CAMBIO DE RADICACION

El cambio de radicación ha sido instituido para regular unas específicas situaciones que puedan afectar bien sea la imparcialidad o independencia de la administración de justicia, el orden público o la publicidad del juzgamiento, entre otras, cuya demostración debe estar debidamente respaldada en las pruebas que se aporten al momento de realizarse la solicitud correspondiente.

Tales elementos de juicio deben conducir inexorablemente, a la existencia de una verdadera situación de las contempladas en el artículo 83 del Código de Procedimiento Penal para dar cabida al cambio de radicación, cuyo fundamento debe entenderse en su estricto sentido, a efectos de impedir que el mismo sea utilizado de manera impropia.

El vínculo que pueda surgir entre el juez y alguno de los sujetos procesales, está expresamente previsto como causal de recusación en el numeral 3°, del artículo 103 del Código de Procedimiento Penal y se constituye en una condición especial en la labor de administrar justicia, pues es asunto que definitivamente toca con la imparcialidad de que deben estar investidos en sus decisiones.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal- Santa Fe de Bogotá, D. C., trece (13) de junio de mil novecientos noventa y seis (1996).

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

Aprobado Acta No. 90 (13-06-96)

Proceso No. 11757

Vistos

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería (Córdoba) envió a esta Corporación, la solicitud de cambio de radicación presentada por el representante de la parte civil dentro del proceso que se adelanta en el Juzgado Promiscuo de Ayapel en contra de Nemesio Náder Náder y otros, por el presunto delito de Falsedad Ideológica.

Fundamentos de la Petición

El apoderado de la parte civil dentro del referido proceso, solicita el cambio de radicación por cuanto, a su juicio, existen circunstancias que

pueden afectar la independencia o imparcialidad por parte del referido juzgado, así como el orden público y la publicidad del juzgamiento.

En cuanto al primer motivo, aporta las diferentes partidas de nacimiento y matrimonio de Martha Helena y Elizabeth Alemán Arcos, para demostrar que son hermanas entre sí, hijas de Manuel Eusebio y Mercedes y cónyuges del enjuiciado y el titular del Juzgado Promiscuo de Ayapel, respectivamente, así como fotocopia del pagaré que se firmó por un préstamo de la Caja Agraria, en el que figuran como beneficiarios, el titular del despacho judicial donde se adelanta el proceso y su cuñada Martha Helena Alemán Nader, a la vez, esposa del procesado.

Sobre el otro aspecto aludido, manifiesta el solicitante que el señor Náder Náder ocupó la Alcaldía Municipal de Ayapel en el período pasado, lo cual generó afectos y desafectos en la ciudadanía y por lo tanto la realización de una audiencia podría acarrear graves alteraciones del Orden Público y la no publicidad del juicio.

Adicionalmente solicita que el cambio de radicación no se haga en algún municipio del departamento, por cuanto el procesado tiene una hermana que es diputada a la asamblea departamental y un hermano que se desempeña como Procurador Delegado en lo Penal para el departamento de Córdoba; que en su defecto, previo a lo preceptuado por el artículo 86 del Código de Procedimiento Penal, se realice la audiencia pública en otro departamento del territorio colombiano.

Consideraciones de la Sala

El cambio de radicación ha sido instituido para regular unas específicas situaciones que puedan afectar bien sea la imparcialidad o independencia de la administración de justicia, el orden público o la publicidad del juzgamiento, entre otras, cuya demostración debe estar debidamente respaldada en las pruebas que se aporten al momento de realizarse la solicitud correspondiente.

Tales elementos de juicio deben conducir, inexorablemente, a la existencia de una verdadera situación de las contempladas en el artículo 83 del Código de Procedimiento Penal para dar cabida al cambio de radicación, cuyo fundamento debe entenderse en su estricto sentido, a efectos de impedir que el mismo sea utilizado de manera impropia.

En el caso que nos ocupa, y respecto del primer motivo aducido, surge evidente que el peticionario equivocó la vía para manifestar su inconformidad, ya que el vínculo que pueda surgir entre el juez y alguno de los sujetos procesales, está expresamente previsto como causal de recusación en el numeral 3o del artículo 103 del Código de Procedimiento Penal y se constituye en una condición especial en la labor de administrar justicia, pues es asunto que definitivamente toca con la imparcialidad de que deben estar investidos en sus decisiones.

La diferencia entre cada uno de los institutos que se analiza, consiste en que el cambio de radicación opera cuando por circunstancias externas surgen motivos que impiden que en un determinado lugar la justicia pueda ser administrada con rectitud y eficacia.

Las causales de impedimento y recusación, por su parte, buscan ante todo la independencia e imparcialidad subjetiva que se debe reflejar en las decisiones judiciales, eventualidad que en el curso del proceso puede subsanarse mediante la iniciación del respectivo trámite incidental.

Al respecto, el artículo 104 del Código de Procedimiento Penal establece que es deber del funcionario judicial declararse impedido cuando advierta la existencia de una de las causales contenidas en el artículo 103 ibídem, actuación que debe realizar de inmediato, en aras de garantizar la legalidad y la rectitud del proceso.

En cuanto al segundo motivo de inconformidad aducido por el representante de la parte civil en el asunto que se analiza, encuentra la Sala que tampoco se configura en una circunstancia o factor determinante para disponer el cambio de radicación de las diligencias, pues el hecho de que el procesado Náder Náder haya sido Alcalde Municipal de Ayapel, no implica que se vaya a alterar el orden público o se afecte la publicidad del juzgamiento a consecuencia de los posibles sentimientos de amistad o aversión que se hayan podido generar en la ciudadanía por tal aspecto: además es una situación que carece de la connotación necesaria para atender a lo solicitado y está basada en una apreciación subjetiva del peticionario mas no en pruebas demostrativas de la verdadera trascendencia de los hechos que pongan en peligro las garantías del enjuiciado procesado y la imparcialidad del Juez.

Tampoco se convierte en argumento suficiente la circunstancia de que el procesado tenga parientes que desempeñan diversos cargos en el Departamento de Córdoba, porque ello no significa necesariamente que todos los funcionarios judiciales de esa localidad estén comprometidos con el señor Náder Náder y como consecuencia de ello se vea afectado su criterio.

En este orden de ideas, como ninguna de las causales de cambio de radicación se evidencian en este asunto, no se admitirán las razones aducidas por el peticionario tendientes a variar la competencia territorial del proceso.

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

RESUELVE:

NEGAR el cambio de radicación solicitado.

En firme, regrese la actuación al Juzgado de origen para lo de su cargo.

Cópiese, y cúmplase.

Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

COMPETENCIA/ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA/ COLISION DE COMPETENCIA

Hallándose la actuación dentro de la etapa instructiva, de no coincidir la Fiscalía segunda como adjudicataria del asunto, con el criterio de la Regional, quedaba en el deber de consignar sus razones de disenso entrando allí sí a formular la colisión, a dirimirse, en todo caso, al interior de la Fiscalía y no en la Corte.

Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D. C., trece (13) de junio de mil novecientos noventa y seis (1996).

Magistrado Ponente: Dr. *Juan Manuel Torres Fresneda*

Aprobado Acta No.89 (junio 12/96)

Proceso No.11718

VISTOS

Conoce la Corte del aparente conflicto de competencias suscitado entre uno de los Juzgados Regionales con sede en Santafé de Bogotá y el Juzgado Sexto Penal del Circuito de esta misma ciudad, a propósito del trámite de sentencia anticipada solicitado y desistido por Félix Antonio Ballesteros Sánchez, a quien se sindica por los delitos de homicidio y porte ilegal de armas de uso privativo de las fuerzas armadas.

ANTECEDENTES

1. En la madrugada del 8 de enero de 1993, fue muerto el taxista Víctor Manuel Terreros Torres dentro del vehículo de servicio público que conducía. El levantamiento se practicó poco tiempo después en la calle 57 Sur frente al Número 82-05, cuando el cadáver aún permanecía dentro del vehículo y en la misma mañana se efectuó la retención de Félix Antonio Ballesteros Sánchez, en sitio cercano al lugar de los acontecimientos. Como arma letal se señaló un revólver Colt-Trooper, calibre .357, magnum N° 75306-7, calibre 38 largo.

2. Inició la investigación la Unidad Primera de Vida de la Fiscalía General de la Nación con sede en Santafé de Bogotá, dependencia en la cual se profirió auto de apertura de instrucción, avocando el recaudo de las

diligencias pertinentes, dentro de ellas la indagatoria de Ballesteros Sánchez a quien se resolvió su situación jurídica el 13 de enero siguiente profiriendo medida de aseguramiento de detención preventiva por homicidio y porte ilegal de armas. El 20 de abril de 1993 fue resuelta adversamente la solicitud de preclusión de investigación respecto del delito de homicidio que reclamaba la defensa, pero al mismo tiempo se concedió al procesado su libertad provisional.

3. Como el sindicado Félix Antonio Ballesteros expresó su deseo de acogerse a la terminación prematura del proceso (folio 147, mayo 27/93), la Fiscalía 90 de la Unidad de Vida que conocía de las diligencias las remitió al reparto de los Juzgados Penales del Circuito de Santafé de Bogotá «en razón de la solicitud de sentencia anticipada».

Correspondiéndole el asunto al Juzgado Sexto Penal del Circuito, procedió a citar para la celebración de la audiencia respectiva, pero enseguida se pronunció sobre su competencia, resolviendo por auto de junio 28 de 1993 abstenerse de celebrar la referida audiencia por no ser suyo el conocimiento del asunto, por lo que remitió las diligencias al Juez Regional Reparto de la misma ciudad, a quien le provocaba de una vez colisión negativa de competencia, en caso de que sus planteamientos no fueren aceptados.

El Juez Regional a quien correspondió el conocimiento señaló fecha para la diligencia de audiencia especial (folio 175, auto de agosto 10/93), pero su práctica se frustró por cuanto al acto no concurrió el procesado Ballesteros Sánchez, limitándose su defensor a presentar escrito autenticado en el que su cliente dice desistir de su solicitud en curso.

En consecuencia el Juzgado Regional dispuso que la actuación volviera a la Fiscalía Regional «con el fin de que se continúe el trámite procesal del sumario» (fol. 186, auto agosto 19/93).

4. De regreso las diligencias en la Fiscalía General de la Nación, -Dirección Regional de Fiscalías- la Unidad de Terrorismo revocó la libertad provisional concedida a Félix Antonio Ballesteros a petición del Ministerio Público, ordenando como consecuencia su captura (fl. 199, auto de septiembre 20 de 1993). Por otra parte y al estimar que el arma homicida se clasificaba de «defensa personal» conforme al artículo 11 del Decreto 2535 de 1993, estimó que el asunto no era de su competencia, por lo que dispuso volver la actuación «a la Fiscalía 90 de la Unidad Primera de Vida de la Seccional de Bogotá, para lo de su cargo», proponiéndole colisión negativa de competencia en caso de no aceptar el criterio planteado (fl. 215, auto de septiembre 19/94).

Un año después (fl.221, auto de septiembre 27/95), la Fiscalía Segunda de la Unidad de Vida a la que se adjudicó la actuación, dispuso librar oficio a Indumil «para que informe si el arma relacionada a folio 217, así

como los proyectiles disparados, corresponden o no a uso privativo de las fuerzas militares» y más de seis meses luego (fl. 224, auto de abril 17/96), halló que «el conflicto negativo de competencias suscitado entre el Juzgado Sexto Penal del Circuito y la Justicia Regional» no se había resuelto, por lo que decidió regresar la actuación a la Corte Suprema de Justicia.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Resalta la postura francamente desacertada de la Fiscal Segunda de la Unidad Seccional Primera de Vida de la Fiscalía General de la Nación, en este asunto, en cuanto de la simple observación del trámite procesal resulta fácil detectar tanto la inexistencia de un formal conflicto de competencia que imponga su solución presente, como ante todo la incompetencia de la Corte para aproximarse a dirimirlo.

En cuanto a lo segundo, es evidente que la actuación se encuentra en la etapa instructiva, y por lo mismo cualquier conflicto relacionado con la competencia, resulta ajeno al conocimiento de la Corte, que solamente adquiere la posibilidad de dirimir las diferencias que en este ámbito asomen entre jueces. Luego ningún motivo valedero existe para que la funcionaria remitente envíe las diligencias a esta sede, a sabiendas de que no es en ella donde radica la posibilidad de zanjar las eventuales diferencias presentes relacionadas con la competencia.

Y en cuanto a lo primero, valga decir que a la existencia de algún conflicto que hiciese viable su decisión en este asunto, se hace incontestable concluir que así se hubiese insinuado una proposición primera por parte del Juzgado Sexto Penal del Circuito de Santafé de Bogotá, tal posición perdió su viabilidad cuando el Juzgado Regional correspondiente asumió el conocimiento y lejos de controvertir su competencia procedió a citar para la realización de la audiencia especial.

Si para entonces el procesado optó por desistir de la terminación anticipada de su asunto, y al hacerlo dio lugar para que las diligencias volvieran a la Fiscalía, la colisión apenas reinició su curso cuando la Unidad de Terrorismo dispuso volver el expediente a la Fiscalía 90 de la Unidad de Vida, proponiéndole un conflicto negativo, porque hallándose la actuación -se insiste- dentro de la etapa instructiva, de no coincidir la Fiscalía Segunda como adjudicataria del asunto, con el criterio de la Regional, quedaba en el deber de consignar sus razones de disenso enfrentando allí sí a formalizar la colisión, a dirimirse, en todo caso, al interior de la Fiscalía y no en la Corte.

Las obvias razones esbozadas implican la inhibición de la Sala para un pronunciamiento respecto del tema planteado, lo que no obsta para que de este hecho irregular como del descuido con el que avanza la actuación se le dé cuenta al Jefe de la respectiva Unidad de Fiscalía para la adopción de las medidas correctivas pertinentes.

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

RESUELVE:

ABSTENERSE de pronunciarse sobre el inexistente conflicto de competencias que motiva el envío del proceso a esta sede, disponiendo en su lugar librar la comunicación que se enuncia en la parte considerativa.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

ACCION DE REVISION / PRUEBA NUEVA

El concepto de prueba desconocida al tiempo de los debates para efectos de la causal 3ª de revisión implica que los elementos de juicio que con tal atributo se allegan con la demanda de revisión, sean, como su nombre lo indica , totalmente desconocidos dentro del proceso cuya revisión se persigue, bien porque aludan a los hechos nuevos que pretendan con ellos acreditarse, o porque existiendo desde entonces, no fueron aportados a la investigación y por tanto, el funcionario judicial no tuvo la oportunidad de formarse un juicio sobre su validez o/y contundencia frente a los hechos de los cuales conoció.

De tal manera, si en el proceso obraron pero no fueron examinadas determinadas pruebas por el Juez, no puede hablarse de prueba desconocida para fundar la acción de revisión en esa circunstancia, que obviamente constituye motivo aducible en casación, es decir, cuando aún no ha finalizado con fuerza de cosa juzgada, el caso.

Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., junio trece de mil novecientos noventa y seis.

Magistrado Ponente: *Dr. Didimo Páez Velandia*

Aprobado Acta No.90

Proceso No. 11786

Se decidirá lo procedente respecto de la demanda presentada a nombre del sentenciado Elkin Robinson Cusbue Cajamarca, para sustentar la acción de revisión propuesta contra la sentencia dictada el 23 de junio de 1994 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, parcialmente confirmatoria de la de primera instancia emanada del Juzgado Tercero Penal del Circuito de la misma ciudad, que lo condenó a la pena principal de veinticinco años de prisión como autor responsable del delito de homicidio en la persona de Wilson Forero.

Antecedentes

1. El 4 de abril de 1993, en horas de la madrugada, en cercanías del expendio de gasolina o «Bomba» del Barrio Tunjuelito de esta ciudad capi-

tal de la República, hallándose reunidos varios individuos, uno de ellos reclamó a otro por haber recibido un golpe en su cabeza dentro de un bus, por lo que se generó una reyerta al cabo de la cual resultó herido con arma cortopunzante Wilson Forero Pinzón, señalándose como autor de la lesión, que a la postre desencadenó la muerte del señalado, a Elkin Robinson Cusbuc Cajamarca.

2. Tramitado el proceso que se iniciara a raíz de esos hechos, el Juzgado 3o. Penal del Circuito condenó en primera instancia al acusado por el delito de homicidio simple, en sentencia que el Tribunal Superior del Distrito, al conocer por apelación, confirmó, con modificación respecto de la sanción accesoria, en el fallo contra el cual se promueve la acción de revisión, mediante la demanda que en lo concerniente a los requisitos de orden formal examina la Corte, en observancia de lo dispuesto en el artículo 235 del C. de P.P.

La Demanda de Revisión

Sustentada en la causal 3a. del artículo 232 del C. de P.P., sostiene que han aparecido hechos nuevos y pruebas no conocidas al tiempo de los debates que demuestran la inocencia del sentenciado frente al delito que se le imputó.

La argumentación, no exactamente caracterizada por su clara exposición, afirma, en síntesis, que una vez herido, el occiso pudo caminar y hablar; que en las horas subsiguientes al insuceso no presentó estado de gravedad porque así se lo hicieron saber a la madrastra del occiso y al procesado en el centro asistencial adonde había sido llevado, pero que habiendo fallecido horas después, en la diligencia de necropsia quedó registrada como causa de la muerte el «shock hipovolémico secundario a herida de aurícula derecha por arma cortopunzante».

Ocurrió, sin embargo, que conducido al hospital de Tunjuelito aún con vida el herido, ninguna atención médica se le dispensó, sino que dejado sobre una camilla a la cual se lo ató, presentó paro cardio-respiratorio y falleció, no habiendo respondido a las maniobras de resucitación, según la historia clínica.

No hubo entonces, «relación de causalidad entre la leve lesión sufrida y la causa del deceso, por un paro cardíaco después de más de cuatro horas», de donde infiere el demandante, la inocencia de su poderdante.

Adicional a estas reflexiones, afirma el profesional que se trató de un homicidio concausal según la legislación penal anterior, que hoy se considera como un caso preterintencional, pues el sentenciado no tuvo intención de privar de la vida a su contrincante, y el resultado muerte no se habría presentado «de no haber mediado entre una causa y un

efecto la falta de revisión de un resultado prevesible (sic) por parte de un tercero».

Añade:

«En el Homicidio hecho en esta investigación es un caso en que se encuentra expresamente determinada la culpa, tratamiento que para el presente caso es dable aplicar en los hechos que se presentaron en el Hospital por parte del personal de profesionales que tuvieron a su cargo el ejercicio de la atención de un paciente sin habersele (sic) prodigado el auxilio por elemental que hubiera sido».

En el acápite intitulado «4.- Relación de las pruebas aportadas para demostrar los hechos básicos de la petición» el señor apoderado relaciona unos testimonios que le solicita a la Corte recaudar, pues según precisa, «Las personas indicadas... declaran bajo la gravedad del juramento en el momento en que se les cite...»; y refiriéndose a prueba documental, relaciona tres -que efectivamente anexa a la demanda, siendo las únicas-, previa esta advertencia:

«Como el juicio se baso (sic) para su resultado y declarar a ...., en la muerte de ... como consecuencia directa de la lesión leve recibida y el estudio de los antecedentes del fallecimiento, contando con la Historia Clínica y la Necropsia, que en este aspecto nunca se estudiaron, se trae como documentos los siguientes:

1. Historia Clínica expedida por la Dirección del Hospital de Tunjuelito en dos (2) folios.

2. Constancia de personal al servicio del Hospital para la fecha y hora de la atención del paciente en un (1) folio.

3. Necropsia del occiso .... expedida por el Instituto de Medicina Legal.».

Consideraciones de la Corte

El concepto de prueba desconocida al tiempo de los debates para los efectos de la causal 3a. de revisión, que es la invocada por el señor accionante, implica que los elementos de juicio que con tal atributo se aleguen con la demanda de revisión, sean, como su nombre lo indica, totalmente desconocidos dentro del proceso cuya revisión se persigue, bien porque aludan a los hechos nuevos que pretendan con ellos acreditarse, o porque existiendo desde entonces, no fueron aportados a la investigación y por tanto, el funcionario judicial no tuvo la oportunidad de formarse un juicio sobre su validez o/y contundencia frente a los hechos de los cuales conoció.

De tal manera, si en el proceso obraron pero no fueron examinadas determinadas pruebas por el Juez, no puede hablarse de prueba desco-

nocida para fundar la acción de revisión en esa circunstancia, que obviamente constituye motivo aducible en casación, es decir, cuando aún no ha finalizado con fuerza de cosa juzgada, el caso.

En el evento en examen, observa la Corte que el accionante allega como únicas pruebas anexas a la demanda, el acta de necropsia, la historia clínica que se levantó al occiso en el Hospital de Tunjuelito y una relación del personal que laboró en ese centro hospitalario por la época de los hechos, pero con la advertencia de que las dos primeras de estas pruebas, «nunca se estudiaron» frente al fenómeno jurídico de la causalidad, vale decir, las pruebas sí obraron en el proceso, fueron susceptibles de estudio por los jueces de las instancias, pero éstos les otorgaron un alcance diferente al que le confiere el profesional.

No son entonces éstas, las pruebas desconocidas que sirven para fundamentar la causal de revisión aducida, pues lo que en últimas plantea el accionante, es la reapertura del debate cumplido en el transcurso del proceso, cuando no es esta la razón de ser del instituto de la revisión, tendiente en cuanto hace a la causal 3a. del artículo 232 del C. de P.P., como se sabe, a la enmienda de los errores judiciales imposibles de comisión durante el proceso.

Atañedero a la prueba documental anexa constituida por la «Constancia de personal al servicio del Hospital para la fecha y hora de la atención al paciente», es de advertir que este documento por sí solo considerado, no contribuye a demostrar los hechos fundamentales de la causal de revisión aducida, de donde fluye que se trata de prueba inconducente.

Y si a lo anterior se añade que ningún testimonio se aporta con la demanda, sino que se defiere a la Corte la labor de recaudarlos a pesar de ser obligación del accionante suministrar con la demanda la prueba, al menos sumaria, de las causales que aduce -artículo 234-4 C. de P.P.-, imperativo resulta declarar que la demanda no se aviene en su totalidad a las exigencias formales del precepto mencionado y que por consiguiente, deberá ser rechazada, como en efecto se hará.

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

RESUELVE:

1o.- RECONOCESE al doctor José Ricardo Martínez Alfonso, portador de la T. P. de abogado número 8 del M. de J., como apoderado de Elkin Robinson Cusbue Cajamarca, en los términos del mandato obrante en el informativo.

2o.- RECHAZAR *in limine* la demanda de revisión presentada a nombre de Elkin Robinson Cusbue Cajamarca, contra la sentencia impugnada.

Cópiese, notifíquese, cúmplase.

Fernando Arboleda Ripoll. Ricardo Calvete Rangel. Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Carlos E. Mejía Escobar. Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla. Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar. Secretaria.

ENRIQUECIMIENTO ILICITO DE PARTICULAR

La Sala estima que la conducta del procesado se adecua a la figura del enriquecimiento ilícito de particulares, prevista en el artículo 10 del Decreto 2266 de 1991, cuyo texto dice:

"El que de manera indirecta o por interpuesta persona obtenga para sí o para otro incremento patrimonial no justificado, derivado, en una u otra forma, de actividades delictivas, incurrirá por ese solo hecho en prisión de cinco (5) a diez (10) años y multa equivalente al valor del incremento ilícito logrado".

Como se desprende de su lectura, la norma no restringen el sujeto activo a que sea la misma persona que realiza la actividad ilícita, sino que quien obtiene el incremento patrimonial injustificado puede ser alguien ajeno a ella.

El ingrediente normativo que contiene el tipo, según el cual el incremento patrimonial debe ser "derivado de actividades delictivas", entendido según la sentencia de revisión constitucional como de narcotráfico, no puede interpretarse en el sentido de que debe provenir de una persona condenada por ese delito, pues el legislador hizo la distinción refiriéndose únicamente a la "actividad", y dejando en manos del juzgador la valoración sobre si es delictiva o no, independientemente de que por ese comportamiento resulte alguien condenado.

Sería absurdo que se considerara legítimo el incremento patrimonial injustificado de una persona, por haber sido derivada de otra en cuyo favor se declaró la extinción de la acción penal por muerte, o por prescripción, o por el reconocimiento de una causal de inculpabilidad etc., pues eso implicaría que la norma únicamente se podría aplicar a quien recibiera dinero después de la condena ejecutoriada, alternativa que si el legislador hubiera considerado la habría incluido en el tipo con la redacción correspondiente que era muy sencilla, pero lo que dijo fue una cosa totalmente diferente, la cual guarda armonía con la razón por la que en el Decreto 1895 se introdujo esta prohibición, en cuya motivación se dijo:

"CONSIDERANDO. Que mediante Decreto No. 1038 de 1984, se declaró turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio nacional:

Que dicho decreto señaló como una de las causas de turbación del orden público, la acción persistente de grupos armados y de organizaciones relacionadas con el narcotráfico, orientada a desestabilizar el funcionamiento de las instituciones:

Que la acción de esos grupos y de esas organizaciones vinculadas al narcotráfico ha producido el incremento patrimonial de diferentes personas;

Que en la medida que se combata ese incremento patrimonial injustificado de personas vinculadas directa o indirectamente a dichos grupos, podrá atacarse esta actividad delictiva y lograrse el restablecimiento del orden público, DECRETA...".

Es verdad que en la parte motiva de la sentencia mediante la cual se declaró la exequibilidad del precepto en referencia, se incluyó el comentario de que las actividades delictivas deben estar judicialmente declaradas, confundiendo el concepto de "actividad delictiva" con el de "antecedentes penales", e introduciéndose así en la interpretación de un ingrediente normativo del tipo cuyo alcance y contenido le corresponde precisar al funcionario penal al momento de aplicar la norma.

La Sala sabe perfectamente, que hace tránsito a cosa juzgada constitucional la parte resolutiva de las sentencias de exequibilidad o inexequibilidad de la Corte Constitucional, y aquéllas que la motiva que guardan una relación inescindible con la parte resolutiva, o dicho en palabras de esa Corporación, "aquella parte de la argumentación que se considere absolutamente básica, necesaria e indispensable para servir de soporte directo a la parte resolutiva de las sentencias y que incida directamente en ella".

No comparte la Sala la interpretación de que el enriquecimiento ilícito, "solo es para aquellos casos, en que espiritualmente el funcionario judicial tiene la convicción de que el sindicado le está guardando en calidad de testaferro a otro algunos bienes, pero no puede lograr la prueba legal". Pues se trata de dos tipos esencialmente diferentes, de manera que la falla probatoria de la conducta descrita en uno no lo convierte automáticamente en el otro. Además el enriquecimiento ilícito de particulares no está consagrado en la ley como norma subsidiaria sino como principal.

Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Penal.-Santa Fé de Bogotá D.C., junio catorce (14) de mil novecientos noventa y seis (1996).

Magistrado Ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel*

Aprobado Acta No. 89 junio 12 de 1.996

Proceso No. 10467

VISTOS

Procede la Sala a calificar el mérito del sumario adelantado contra el doctor Rodrigo Garavito Hernández. Representante a la Cámara por el Departamento de Caldas, vinculado a la presente investigación mediante diligencia de indagatoria.

HECHOS

Remitidas por la Dirección Regional de Fiscalías de Santa Fé de Bogotá, llegaron a la Corte tres fotocopias de documentos encontrados en allanamientos realizados en la ciudad de Cali, según los cuales la empresa «Litofarallones y Cía. Ltda.» envió el 7 de marzo de 1994, por intermedio de la sociedad transportadora Coordinadora Mercantil, una remesa de diez bultos de camisetas para la campaña «Samper Presidente», los cuales fueron recibidos en la sede política del doctor Rodrigo Garavito Hernández, en Manizales.

Posteriormente se recibieron de la misma Dirección de Fiscalías, fotocopias de las órdenes de alojamiento Nos. 039, 046, 0114 y 015, dirigidas por la empresa «Inversiones ARA» al Hotel Inter Continental de Cali, con el fin de que le suministraran habitación, alimentación y demás servicios al doctor Rodrigo Garavito Hernández, en los días 8 y 21 de mayo, 9 de septiembre y 27 de diciembre de 1993, con la advertencia de que la factura se debía cargar a la cuenta del señor Miguel Rodríguez.

La orden de alojamiento del 9 de septiembre autorizaba al hotel para prestarle el servicio no sólo al doctor Garavito, sino también al doctor Alberto Giraldo, haciendo la precisión de que se trataba de suministrales habitaciones sencillas, alimentación y demás servicios. En la relación del hotel aparece que efectivamente los dos huéspedes llegaron en la fecha indicada y salieron al día siguiente, y según el recibo de caja No. 13317, la cuenta fue cancelada por Miguel Rodríguez.

Se estableció que el implicado recibió numerosos cheques girados por empresas y cuentas de fachada del cartel de Cali, controladas por Miguel Rodríguez Orejuela, en cuantía que supera los trescientos millones de pesos, los cuales en su mayoría fueron consignados en cuentas abiertas por el Congresista con documentos falsos, empleando exactamente el

mismo procedimiento utilizado por los narcotraficantes para la apertura de las cuentas de las cuales le giraron dichos cheques.

PRUEBAS RECAUDADAS

I. Con base en la documentación allegada por la Fiscalía General de la Nación, el Despacho ordenó practicar diligencias preliminares, entre las cuales se destacan las siguientes:

A. Inspecciones Judiciales

1. Al proceso 24.249, conocido inicialmente como 8.000, adelantado en la Fiscalía Regional, donde se obtuvieron las fotocopias que se relacionan a continuación:

a. Acta de registro del inmueble ubicado en la avenida 4a. No. 6n-67 oficina 601 del edificio siglo XXI de la ciudad de Cali, donde se tomaron copias de los casetes encontrados en la oficina y de documentos que interesaban a la investigación; además se escuchó en declaración a Guillermo Alejandro Pallomari González, asesor financiero y contable de las empresas Inversiones Arbeláez, Inversiones Ara, Drogas La Rebaja, Seguridad Hércules e Inversiones Miguel Rodríguez e Hijo S. en C. (Fls. 34 a 36).

b. Declaración de Guillermo Alejandro Pallomari González, y ampliación (Fls. 37 a 43 y 164 a 175). En tales diligencias manifestó que entre sus funciones estaba revisar las nóminas de las empresas antes citadas, realizar la auditoría en las cuentas bancarias de las sociedades Agropecuaria La Estrella, Distribuidora de Productos Agrícolas El Diamante, Distribuidora Agrícola La Loma y Export Café Ltda., pero no conoce el nombre de los socios o propietarios de las mismas, ni Cámara de Comercio ni nada, simplemente las chequeras le eran enviadas por *Miguel Rodríguez Orejuela*.

c. Informe rendido a la Comisión de Fiscales por la Dirección Nacional del Cuerpo Técnico de Investigaciones el 29 de marzo de 1.995 (Fls. 45 a 65). En éste se relacionan: las personas que se hospedaron en el Hotel Intercontinental de la ciudad de Cali por cuenta de la empresa Inversiones Ara; recibos de llamadas telefónicas; facturas canceladas por Inversiones Ara. Igualmente se estableció que en la Oficina Principal del Banco de Colombia de Cali fueron abiertas las siguientes cuentas corrientes: 024863-9 a nombre de Distribuidora Agrícola La Loma, cuyo representante legal es Omar Pérez; 024864-2 de Comercializadora La Estrella Ltda., representante legal Alfredo Perlaza Zúñiga; 024865-5 de Distribuidora de Productos Agrícolas El Diamante, representante legal Jorge Antonio Ortiz Rosero; y, 024804-0 de Export Café, representante legal. Eduardo Gutiérrez.

d. Fotocopia de la diligencia adelantada en las oficinas del Hotel Inter Continental de Cali, en la cual se recogieron copias de las tarjetas de registro de hospedaje cuyas facturas fueron canceladas por Inversiones Ara.

e. Documentación presentada al Banco de Colombia para la apertura de la cuenta No. 8023-024865-5 a nombre de Distribuidora de Productos Agrícolas el Diamante, por su representante legal Jorge A. Ortiz Rosero y fotocopias de extractos y cheques.(Fl. 78 a 102).

f. Documentos aportados para la apertura de la cuenta No. 8023-024804-0 a nombre de Export Café Ltda., representante legal Eduardo Gutiérrez (Fl. 135 a 142).

g. Fotocopia de la inspección judicial practicada en la oficina principal del Banco de Colombia de Cali, a las cuentas Nos. 8060-024865-5 cuyo titular es Distribuidora de Productos Agrícolas El Diamante: 8023 024864-2 De La Distribuidora Agropecuaria La Estrella Ltda.; 8023-024804-0 Export-Café Ltda.; 8023-024863 9 Distribuidora Agrícola La Loma Ltda.; 8023-024591-7 de Pineda Naure Robinson; 8023-024594-6 de Gómez Galindo Omaira; y 8060-24597-5 De Ortiz M. Jairo Omar. (Fls. 153 a 158).

h. Allanamiento practicado en las oficinas 501 y 502 del edificio KRONOS, ubicado en la avenida 2N No. 4-38 de Cali, donde funciona la empresa Exposal Ltda., de la cual es socio Julián Murcillo. Se encontraron documentos en los cuales se relaciona el nombre «R. Garavita 10 x 600 - 6000 - 187.200»; y «R.Garavito 3000 - K 24 No.21-26». (Fls. 180 a 185).

i. Certificado de existencia y representación, y escritura de constitución de la sociedad Distribuidora Agrícola la Loma Ltda. (fl. 190 a 203).

j. Copia del cheque No. 3213705 del Banco de Colombia, correspondiente a la cuenta 8060-024863-9 de Distribuidora Agrícola La Loma, girado a Litolaraliones y Cía. por un valor de tres millones trescientos sesenta y tres mil pesos ($3.363.000). (F.204).

k. Escrito a máquina encontrado en el allanamiento practicado a la residencia de Alberto Giraldo, donde refiere que en febrero de 1993 se iniciaron gestiones para el sometimiento de los hermanos Rodríguez, «Pacho» Herrera y «Chepe» Santacruz, y el parlamentario Rodrigo Garavito Hernández de la Dorada Caldas, decidió liderar ese movimiento, y como presidente de un organismo intercongresional que debía vigilar las entidades de seguridad y represión del Estado, visitó al Presidente Gaviria. (Fl. 207 a 258).

2. Nuevamente al proceso 24.249, en la cual se obtuvo copia de la documentación incautada en la residencia ubicada en la avenida 3a. Oeste No. 13-86 de Cali y que hace referencia a ingresos y egresos de Miguel

Rodríguez Orejuela en el período comprendido entre enero a mayo de 1.995, donde aparece un cheque girado para pasajes y viáticos a una persona identificada como «G-100 Garavito 95/02/20 001337 020295 Pasajes Viáticos-Mex-D 8.200.000.00»; certificados de existencia y representación, escrituras de constitución y declaración de renta de inversiones ARA; indagatorias de Alberto Giraldo y Gilberto Rodríguez Orejuela (fl. 518 Cdno. Corte y anexos 3 y 4).

Alberto Giraldo asevera que conoce y mantiene relaciones de amistad con el doctor Garavito desde 1990. En 1993, cuando se desarrollaban negociaciones entre los abogados de la familia Rodríguez y la Fiscalía General de la Nación, coincidieron en viajes a Cali. En esa época el Congresista era el Presidente de la Comisión Parlamentaria de Control de los Organos de Fiscalización del estado y se estaba realizando la oferta de sometimiento a la justicia por parte de los hermanos Rodríguez, entonces igual que el Dr. Garavito convencidos de estar prestando un servicio hablaron con el entonces Fiscal Dr. Gustavo de Greiff y con el Presidente César Gaviria. Las reuniones en que coincidió con el Representante se efectuaron en la oficina del abogado Bernardo González. En algunas ocasiones los viajes a Cali los efectuaban en la mañana y regresaban en la tarde.

3. En las instalaciones de la empresa Prefabricados de Colombia Ltda., en la cual se allegaron hojas de vida de algunos empleados, nóminas, muestras de los tipos pertenecientes a las máquinas de escribir, relación de bienes, cuentas y contabilidad de las empresas Concolombia, Inversiones Gardez y Prefabricados (Cdno. Corte original 2 fls. 1 al 25, anexo 8 y 58 Diskettes).

4. En el Banco Real de Colombia de la Avenida Jiménez, en donde se obtuvo la documentación relacionada con la apertura de cuenta No. 037-50982-5 a nombre de José Arley Valencia (Fl. 30-35 C.O.2).

5. En las instalaciones de la Registraduría Nacional del Estado Civil, en donde se pudo constatar que la impresión dactilar estampada en la tarjeta de apertura de la cuenta a nombre de José Arley Valencia en el Banco Real de Colombia no pertenece a su titular, tampoco a Ana Janeth Barbosa Cruz ni a Eucardo Solarte Valencia. (Fls. 37 a 40, 2o.C.O.).

6. Al proceso 24.249 con el fin de obtener copia del cheque No. 3401337 por valor de ocho millones doscientos mil pesos ($8.200.000), girado por la Comercializadora de Carnes del Pacífico Ltda a nombre de José A. Zapata, consignado en la cuenta de Davivienda No. 0088-0015677-3, y copia de la indagatoria de Santiago Medina (fl. 58 A 97 C.O.2).

7. En las oficinas de Davivienda Sucursal Marly, con el fin de obtener la documentación empleada por el sindicado para la apertura de la cuenta 0088-0015677-3 a nombre de José A. Zapata Castillo, y de las cuentas que figuraran a nombre de las empresas Concolombia, Prefabricados de

Colombia, Inversiones Cardez, Rebeca de Garavito y Rodrigo Garavito (Fl. 138 a 148 C.O.2).

8. En la oficina principal de Davivienda con el fin de obtener los extractos de las cuentas relacionadas en la anterior diligencia. (Fls.149 y 150 C.O.2).

B. Documentales

1. Certificado de existencia y representación legal de Litofarallones y Cía. Ltda., en la cual consta que los socios son Julián Murcillo, Carlos Julio Posada y Francisco Javier Hernández. (Fls. 279 a 281).

2. El defensor aportó al diligenciamiento documentación sobre la Comisión de Vigilancia de los Organismos de Control, la Comisión para tratar la problemática del narcotráfico, y los resultados de la votación de la consulta liberal en el Departamento de Caldas. También fotocopia de la carta de Miguel Rodríguez, de las comunicaciones del Fiscal General, algunos artículos de prensa, y la relación de ingresos y egresos de la Campaña para la Cámara de Representantes, temas a los cuales se refirió su cliente en la exposición. (Fls. 215 a 341).

3. Oficio remitido por la Comisión de Fiscales de la Dirección Regional de Fiscalías de esta ciudad, enviando fotocopia de las ordenes de alojamiento, alimentación y demás servicios para el Dr. Rodrigo Garavito, Nos.039 de mayo 8 de 1993, 048 de mayo 21 de 1993, 0114 del 9 de septiembre de 1993 y 015 del 22 de diciembre del mismo año, así como la relación de huéspedes del Hotel Inter Continental de Cali, la factura No. 07496, y el recibo de caja No. 13317 cancelado por Miguel Rodríguez. (Fls. 347 a 357).

4. Oficio remitido por el hotel Intercontinental de Cali, en donde certifica que el Dr. Rodrigo Garavito, fue su huésped el 9 de septiembre de 1.993, y que la cuenta fue enviada al cobro a Inversiones ARA (fl. 428).

5. Copia de la indagatoria de Julián Murcillo. En esta diligencia manifestó que sabía que el Dr. Rodrigo Garavito era un parlamentario, pero no era su amigo ni conocido, no obstante mantenía el teléfono en su agenda personal para el evento de poder realizar algún negocio futuro, si había oportunidad. (fl. 429 a 507).

6. Constancia del Secretario General de la Cámara de Representantes sobre las comisiones que integró y los proyectos de ley presentados por el Dr. Rodrigo Garavito Hernández en las legislaturas comprendidas entre 1991-1994 y 1.994-1995.

7. Documentación enviada por el Director del Cuerpo Técnico de Policía Judicial, en la cual hace referencia al viaje realizado por el implicado Garavito Hernández a la ciudad de México (fl. 519, 524-534).

8. Oficio remitido por la Comisión de Fiscales, con documentación obtenida por el Cuerpo Técnico de Investigaciones sobre movimiento de la cuenta corriente abierta a nombre de José Arley Valencia en el Banco Real de la Avenida Jiménez, y la información sobre la actividad de la cuenta de ahorros abierta a nombre de Fabio de Jesús Duque García en Davivienda sucursal Marly. (Fls. 520 y anexos 1 y 2). Además algunas operaciones de la cuenta de ahorros de Prefabricados de Colombia Ltda., donde aparece consignado un cheque por valor de diez millones de pesos ($10.000.000.) girado por Export Café Ltda.; igualmente, copia de la escritura No.795 del 30 de enero de 1985, en la que se constituye la Sociedad Prefabricados de Colombia Ltda., siendo socios Rodrigo Garavito Hernández y Rebeca Chapaval de Garavito.

9. Comunicación enviada por la empresa Tecniviajes, informando que el 23 de febrero del presente año vendió al señor Rodrigo Garavito un pasaje aéreo en la ruta Bogotá-Panamá-México-Miami-Bogotá por un valor de ochocientos sesenta y nueve mil ochocientos treinta y tres pesos ($869.833), el cual fue cancelado con la tarjeta de crédito credibanco de propiedad del comprador. (Fl.47, 2o. C.O.).

10. Oficio de la Asociación Bancaria donde relacionan las cuentas que poseen Rodrigo Garavito Hernández y Rebeca Chapaval de Garavito. (Fls. 127 a 132. C.O. 2).

C. Testimonial

1. Testimonio por certificación jurada rendida por el Dr. Víctor Renán Barco, compañero de fórmula del Dr. Rodrigo Garavito en las elecciones. (Fls. 382 a 383). Manifiesta que el aforado es una persona de reconocida solvencia económica, el mayor accionista de una empresa de construcciones y que la campaña fue sufragada con dineros de su propio peculio.

2. Testimonio de Luz Stella Castro Londoño, administradora de la sede política del doctor Garavito en Manizales. (Fls. 411 a 413). Señala que conoció a su jefe desde 1976, y las relaciones con él han sido netamente laborales. En el momento de la declaración es su asistente en esa ciudad. Recibió los bultos que contenían las camisetas con la publicidad «Samper Presidente», y las repartió a los dirigentes políticos de todo el Departamento.

3. Testimonio de Eucardo Solarte Valencia, mensajero de Concolombia Ltda. durante siete años. (Fls. 100 a 126 C.O.2). Explica que entre sus funciones se encontraba la de efectuar consignaciones y retiros en las

cuentas bancarias, tanto personales como de las empresas de los esposos Garavito Chapaval. No conoce a José Arley Valencia y Fabio de Jesús Duque García, pero en esas cuentas hizo consignaciones y retiros por orden del Director Financiero Armando Arias, quien le entregaba las autorizaciones y cédulas que requiriera la gestión.

D. Versión Libre y Espontánea Rendida por el Dr. Rodrigo Garavito Hernández.

Manifiesta que su campaña política la financió con los siguientes recursos: alrededor de dieciocho millones de pesos ($18.000.000.) que recibió de Víctor Renán Barco; Catorce millones de pesos ($14.000.000.) de tres compañías de las cuales es socio; y dieciséis millones de pesos ($16.000.000.) de recursos propios. Algunos simpatizantes le donaron artículos para publicidad.

La sede política en Manizales está ubicada en la carrera 24 No. 21-46, y es la que aparece registrada en el directorio de la ciudad. Las camisetas que se mandaron timbrar para la campaña decían Barco Senado, Garavito Cámara, y en la parte de abajo Samper Presidente.

Dice que no contrató publicidad con Lilofarallones y Cía. Ltda., y que del enojoso episodio de las camisetas se enteró por la revista Cambio 16, entonces preguntó en el directorio y la señora Stella Castro le contó que habían llegado unas camisetas, que eran dos mil quinientas o tres mil, con el nombre de Samper Presidente. Explica que esos objetos se toman como recuerdo y la gente los rapa. Pone a disposición del despacho una agenda en donde anotó los compromisos que tenía fuera de Manizales en los días que llegaron al directorio las camisetas.

Sostiene que no conoce a Carlos Julio Posada, Omar Pérez y Luis Fernando Ortega, ni ha tenido relaciones con la empresa Distribuidora Agrícola La Loma Ltda. Tampoco ha tenido trato con los hermanos Miguel y Gilberto Rodríguez Orejuela, con Guillermo Pallomari, Inversiones Ara, drogas la Rebaja y Seguridad Hércules.

En el año de 1993, siendo Presidente de la Comisión de Vigilancia de los Organos de Control Público, recibió una carta con el nombre de Miguel Rodríguez Orejuela en la antefirma, e inmediatamente se la remitió al doctor De Greiff Fiscal General de la Nación. Un día recibió una llamada de alguien que dijo llamarse Miguel Rodríguez, quien luego de echarle un cuento muy largo sobre el debido proceso, le dijo que ellos tenían una propuesta concreta, razón por la cual le sugirió que hablara con el Fiscal General, lo cual efectivamente hicieron los abogados y duraron dialogando como siete meses, pero a su juicio, con la aspiración del doctor César Gaviria a la Secretaría General de la O.E.A., el proceso cambio de rumbo porque los Estados Unidos están más interesados en cortar cabezas que solucionar el problema del narcotráfico.

Sobre los documentos encontrados en el allanamiento del edificio Kronos anota que en la primera lista en que aparece «R. garavita» no hay una plena identificación de las personas, y de la segunda siempre se ha deducido que hace relación a un movimiento general de camisetas, no de otra manera puede aparecer al lado de Santiago Medina, quien era el tesorero de la campaña y acepta haber recibido 20.000. (Fls. 263 a 274).

II.- Con auto de fecha dieciocho de septiembre del año anterior se dispuso la apertura de instrucción del proceso, durante la cual se han recaudado las siguientes pruebas:

A. Inspecciones Judiciales

1. A las oficinas del Banco Real de Colombia de la Avenida Chile, con el fin de obtener la documentación aportada para la apertura de las cuentas a nombre de Prefabricados de Colombia y Fabio de Jesús Duque García, (fls. 270 a 271, C.O.2 y anexo 10).

2. En las instalaciones del Banco Real de Colombia, Oficina Principal, para obtener los extractos bancarios, consignaciones y cheques de la cuenta No.059-01480-3 de Fabio de Jesús Duque García, (fl. 8 C.O.3 y anexo 10).

3. En la Registraduría Nacional del Estado Civil, donde se estableció que las impresiones dactilares que aparecen en la tarjeta de registro de firmas de la cuenta No. 0088-0015677-3 a nombre de Zapata Castillo José A., no corresponde con ninguna de las que se encuentran registradas en la tarjeta decadactilar que reposa en esa dependencia (fls. 9 y 10 C.O.).

4. A los procesos 24.249, 25.902 y 9.361, que se adelantan en la Fiscalía Regional de esta ciudad, donde se recaudaron fotocopias de la indagatoria de Gilberto Rodríguez Orejuela, confesando haberse dedicado al narcotráfico en los últimos veinte años; de la ampliación de indagatoria de Julián Murcillo, en donde reconoce la letra de Pallomari en algunos de los cheques girados a su favor; de varios cheques en donde se cruzan dineros de las distintas cuentas; y de algunos documentos encontrados en el allanamiento practicado al edificio Colinas de Santa Rita de la avenida 3a. oeste No. 13-86 de Cali, entre ellos la primera copia de la constitución de la sociedad Export Café Ltda., varias hojas firmadas en blanco por Eduardo Gutiérrez, los sellos de las empresas Distribuidora de Productos Agrícolas El Diamante Ltda., Asesorías Garvar Ltda., Comercializadora de Carnes del Pacífico Ltda., Constructora Tremi Ltda., y Asesorías Cosmos Ltda. Además fotocopias de dictámenes rendidos por el Cuerpo Técnico de Investigaciones sobre el carácter fantasma de las sociedades, y la improcedencia caligráfica de las órdenes de alojamiento a nombre de Inversiones Ara y los cheques girados de las diferentes cuentas. (Fls. 194 a 196 C.O.3 y anexo 11).

B. Documentales

1. Oficio enviado por la Comisión de Fiscales remitiendo ocho (8) cheques girados por Jairo Ortiz M. y Comercializadora de Carnes del Pacífico Ltda., los cuales posteriormente fueron endosados y consignados en la cuenta No. 0088-0003573-8 de Davivienda cuyo titular es Concolombia Ltda, empresa de la que son propietarios Rodrigo Garavito y su esposa Rebeca Chapaval de Garavito (fl. 174 a 183 C.O.2).

2. Oficio de Davivienda remitiendo extractos y consignaciones de la cuenta de ahorros No. 0088-00035738, y las tarjetas de registro de firmas correspondientes a las cuentas Nos. 008800138345-8 a nombre de Fabio de Jesús Duque García, y 0084-8007136-7 de José Adonahi Zapata Castillo, (fls. 242 a 267, 2o. C.O. Corte).

3. Oficio de la Cámara de Comercio de Bogotá, remitiendo los certificados de existencia y representación legal de Inversiones Gardez Ltda.; Inversiones y Construcciones Concolombia Ltda, y Cavigal Ltda. (Fls. 38 a 47 C.O.3).

4. Oficio de la Comisión de Fiscales allegando ocho cheques suscritos por «Jairo Ortiz M.», «Omar Pérez» y «Eduardo Gutiérrez Export Café Ltda.», por ser de interés para la presente investigación, (fls. 48 a 57 C.O.3).

C. Testimoniales

1. Ana Yaneth Barbosa Cruz, secretaria privada del Congresista Rodrigo Garavito, quien trabaja para él desde 1986, primero como empleada de Inversiones Gardez y luego en la nómina de la Cámara. No conoce a José Arley Valencia, pero recuerda que empleando ese nombre llenó unos documentos y gestionó lo concerniente a la apertura de una cuenta en el Banco Real de Colombia, por orden del doctor Garavito, sin que pueda precisar quién colocó la huella. De allí en adelante ella giraba los cheques por el valor que le indicaba su jefe o Armando Arias, en los cuales se anotaba como beneficiario el mismo girador y los endosaba, pero nunca supo qué destino se le daba a esos dineros.

Ante la pregunta de quién le entregó los datos y el número de la Cédula para que abriera la cuenta a nombre de José Arley Valencia, contestó: «El Dr. Garavito, me entregó la tarjeta y me dijo mire hay que abrir una cuenta, me dictó los datos de José Arley Valencia y número de la Cédula y yo no le pregunté nada porque estaba cumpliendo una orden, además si un banco manda las tarjetas yo no vi problema en cumplir la orden». (Fls. 185 a 207, C. O. 2).

2. Gloria Patricia Herrera Robayo, empleada de Concolombia, quien aseguró que la Jefe de Personal era Elvira Casadiego y que el manejo de

las cuentas empresariales y personales eran manejadas por Armando Arias. (Fls.272 a 277 C. O. 2).

3. Fabio Hernán Parra Torres, conductor del doctor Garavito en los últimos cinco años, expone que en varias oportunidades fue encargado por su jefe de cobrar cheques girados de la cuenta a nombre de José Arley Valencia, y una vez hecha la gestión le entregó a él el dinero.

Respecto a la razón por la cual aparece girado a su nombre un cheque de la cuenta de Jairo Ortiz M., por valor de seis millones de pesos ($6.000.000), de fecha agosto 5 de 1993, endosado y luego consignado en una de las cuentas de la empresa Concolombia, explicó: «No lo sé porque en algunas oportunidades el Dr. Garavito me llamaba a su despacho y me decía que le endosara ese cheque, pero nunca vi yo la cara posterior al endoso y lo hacía porque era una orden de él, un requerimiento de él y yo no le podía decir de dónde es o por qué viene, no le podía pedir explicación ninguna. lo cierto es que si aparece consignado en la cuenta de Concolombia cuyos propietarios son el Dr. Rodrigo Garavito y la Dra. Rebeca Chapaval de Garavito, es porque sí lo endosé y efectivamente el Dr. Garavito me ordenó que hiciera el endoso». (Fls. 11 a 24, C. O. 3).

4. Pedro Vicente Galindo Rodríguez, Director de Tramitación y Ventas de Concolombia, recuerda que en alguna oportunidad el doctor Garavito le entregó un cheque girado a su nombre para que lo endosara y lo consignara en la cuenta de una de las empresas, y reconoce como suya la firma puesta en el endoso del cheque No. 3016477, por valor de siete millones quinientos mil pesos, girado en la ciudad de Cali el 26 de julio de 1993 por Jairo Ortiz M. (Fls. 25 a 37 C. O. 3).

III. INDAGATORIA RENDIDA POR EL DOCTOR RODRIGO GARAVITO HERNÁNDEZ

Sobre sus generales de ley expuso que nació en La Dorada, Caldas el 8 de marzo de 1948, cursó estudios de Derecho en la Universidad Libre de Bogotá, y especialización en Desarrollo Económico en la Universidad Oxford de Inglaterra. Está casado con Rebeca Chapaval de Garavito, con quien tiene sociedad conyugal, es padre de dos hijos, y actualmente se desempeña como Representante a la Cámara por el Departamento de Caldas.

Relacionó como de su propiedad los siguientes bienes: Junto con su esposa son propietarios de las empresas Inversiones y Construcciones Concolombia, Prefabricados de Colombia Ltda., Garavito Hernández yCía. Ltda. e Inversiones Garavito Chapaval y Cía. Además es socio mayoritario de Inversiones Gardez Ltda., de la cual también tienen aportes su esposa y su señora madre Carmen Hernández de Garavito.

Además dijo ser propietario de un inmueble ubicado en la carrera 7a. No. 93 A-05 Torre 1, apartamento 501; un edificio en la transversal 9a. No. 55-67 de Bogotá; un apartamento en Miami; una finca de catorce hectáreas en la Unión, Valle; dos automóviles Mercedes Benz, una camioneta Cherokee y una camioneta Isuzo; y un lote en Bosa.

Respecto a las cuentas bancarias señaló las siguientes en Bogotá: Banco Real de Colombia Oficina Principal; Banco de Caldas sucursal avenida Chile. En Manizales en el Banco Anglo Colombiano, en el Banco Industrial Colombiano y en el Banco Cafetero. Las empresas han tenido cuentas en el Banco de Bogotá y el Banco Real; en Corporaciones en Davivienda y en Ahorramás.

Aduce que es una costumbre de la empresa privada en este país, unas por razones fiscales y otras por problemas de seguridad, abrir cuentas «de la izquierda o cuentas B». En su caso concreto, por razones de seguridad, ya que tanto él como su madre estuvieron amenazados de muerte y de secuestro en anónimos, como consta en el oficio 1458 del 15 de septiembre de 1995, el cual aporta, lo que lo llevó a ordenar la apertura de dos cuentas de ahorros en Davivienda sucursal Marly, una nombre de Fabio Duque García, y otra a nombre de José A. Zapata. También una cuenta corriente en el Banco Real de Colombia de la Avenida Jiménez, a nombre de José Arley Valencia. Adicionalmente, como la Ley 40 de 1993 prohibió el otorgamiento de créditos a los familiares de los secuestrados, y la disposición de bienes, ese fue otro motivo para ordenar la apertura de estas cuentas.

Textualmente dice: «... yo nunca tuve relación directa con los bancos, la parte mecánica la ejecutó conforme a las instrucciones dadas por razones de seguridad el señor Armando Arias, en el cómo, cuándo, dónde los detalles en sí no los puedo responder, insisto en ocultar efectivos que no fuesen cobijados por la Ley 40.

Tengo entendido que Armando Arias le prestaban unas cédulas, se abrían las cuentas y yo directamente controlaba el retiro y los depósitos de esas cuentas. No sé quién llenó las tarjetas de apertura creo que se llenaron en el departamento financiero, tendría que preguntarle a Armando cómo fue el procedimiento. Yo hasta donde sé el banco prestaba las tarjetas el gerente sabía que eran cuentas de las compañías. Yo Rodrigo Garavito respondo por Fabio Duque, yo firmaba por Fabio Duque y por Arley Valencia firmaba mi secretaria Yaneth Barbosa a petición mía...».

En lo atinente a la cuenta abierta a nombre de José A. Zapata, afirma que fue cumpliendo sus instrucciones, y que no recuerda quién firmó la cuenta de apertura y los retiros, pero esta la manejó Armando Arias. Se abrió a comienzos de 1995 con un cheque recibido de un empresario de

espectáculos artísticos, culturales y musicales de Cali de nombre Rodrigo Saavedra, que le debía diez mil dólares (U$ 10.000).

Precisando lo relativo a la cuenta a nombre de José Arley Valencia, dice que se abrió con dineros procedentes de la cuenta de Fabio de Jesús Duque García en Davivienda, de dineros que se reciclaban en las compañías, entendido como compra de divisas. Para el retiro se giraban cheques a nombre del mensajero y la plata volvía a la empresa. Acepta que el único movimiento fue consignar dos cheques por la suma total de cincuenta millones setecientos mil pesos ($50.700.000), y luego sacarlos en varios giros, esto porque para entonces ya se había caído la congelación de los dineros de la Ley 40, y para sufragar los gastos de las elecciones.

Observando la cédula de ciudadanía de José Arley Valencia, cuya fotocopia se utilizó para abrir la cuenta, dice que no lo conoce, que él dio instrucciones para la apertura, y para que fuera firmada por Yaneth Barbosa.

Respecto al origen de los dineros que se movieron en la cuenta de Fabio de Jesús Duque, asevera que son producto de la venta de divisas a distintas personas y firmas, de modo que no está en condiciones de decir de dónde procedían, y cuándo se trataba de cheques de otras plazas, hasta tanto la corporación no daba el resultado de que era bueno, no se entregaban los dólares. Tan de buena fe estaba actuando, que muchos documentos entraron directamente a las empresas sin dar la vuelta por las cuentas de Duque o Zapata.

Entre las personas con las cuales ha mantenido en forma regular negocios de divisas menciona a Jaime Robledo, Edgar Gallego y un señor Gálvez Montealegre que trabaja con él en la plazoleta del Rosario. En Manizales le compra a Rodrigo Estrada, que tiene las oficinas en la joyería Rivas.

Pasando a interrogar sobre cada uno de los cheques consignados en la cuenta de Fabio de Jesús Duque, el indagado expuso:

a) El cheque No. 31515 del Banco de Colombia, Oficina Principal de Cali, cuenta corriente No.8023024597-5, por valor de setenta y cinco millones de pesos ($75.000.000), cuya copia aparece en el folio 57 del tercer cuaderno, consignado el 23 de noviembre de 1993, se lo recibió a Humberto, a quien le dicen el negro, por la venta de unos dólares, pero no conoce al girador Jairo Ortiz M.

Describe a Humberto como un hombre de acento valluno, moreno, que regateaba siempre el precio y decía que compraba dólares en la avenida Jiménez, sin más datos sobre él. No sabe quién escribió el nombre del beneficiario en el cheque, pero aclara que la mayoría de los títulos en

negocios de divisas venían en blanco. Los dólares los entregaba en efectivo en la oficina.

Sostiene que esta negociación la efectuó en sus oficinas de la transversal 9a. No. 55-67, ante lo cual se le preguntó por qué razón según el extracto el cheque aparece consignado en una oficina de Cali, y su respuesta fue la siguiente: «En el volumen de cheques alguna vez que estuve en Cali consigné el cheque, es que no solamente es el señor Humberto quien compraba dólares también aparece un señor que no estoy seguro que es Eduardo Ocampó o que, en el hotel Inter en la Joyería Gómez se reúne la gente a tertuliar, yo no tengo los extractos señor Magistrado de todas, no tengo la relación del lugar de las consignaciones, lo único que sí le garantizo y me reitero en eso es que efectivo no entregué en un sitio distinto a mis oficinas y cuando se verificaba que el cheque era efectivo las personas venían por el dinero».

b) Del cheque No.3115518, girado por Jairo Ortiz M. de la misma cuenta corriente, por valor de cincuenta millones de pesos ($50.000.000), consignado el 13 de diciembre, dice que cree que se lo recibió el mismo señor Humberto por venta de divisas, ese año realizó operaciones alrededor de doscientos cincuenta mil a trescientos mil dólares; acepta haber escrito el nombre del beneficiario, de manera que esa es su letra.

Aunque en el extracto de Davivienda aparece que el depósito fue hecho en Cali, dice que tal vez hay algún error, que el origen puede ser la cuenta de la plaza de Caicedo de Cali, pero no necesariamente haber sido consignado allá, sin embargo tratará de establecer dónde se hicieron las consignaciones.

c) Sobre el cheque No. 3115517, del mismo girador Jairo Ortiz M, consignado el 6 de diciembre de 1993, por valor de cincuenta millones de pesos ($50.000.000), dice que es de venta de divisas; las operaciones de 1993, sin ser precisos ascienden a trescientos veinticuatro mil ciento setenta y nueve (324.179) divisas.

d) En cuanto al cheque No. 3162074, por valor de treinta millones de pesos ($30.000.000), consignado el 10 de febrero de 1994, dijo: «Ya le voy a dar respuesta. Todos estos cheques de esa cuenta son venta de divisas, yo creo que esa cuenta se manejó para aceptar unas operaciones, yo lo único que sé es que vendía no sé qué tanto de todos esos dólares que le dije y como están desgregados se le vendieron a Jairo Ortiz, pero todo lo que entró a la cuenta de Jairo Duque es por venta de divisas, además me los pagaban bien.»

e) Del cheque No. 3195795, de la cuenta corriente No. 8023024804-0, del Banco de Colombia de Cali, Oficina Principal, por valor de veinte millones de pesos ($20.000.000), girado por Export Café Ltda., representada por Eduardo Gutiérrez, en donde figura como primer beneficiario Pedro

Pérez, manifestó que fue por concepto de venta de dólares y no sabe quién lo endosó.

f) Sobre otro cheque de Export Café por valor de veinte millones de pesos ($20.000.000), cuya copia no obra en el expediente pero sí el recibo de consignación del 3 de marzo de 1994, insistió en que obedece a la venta de dólares. Aclara que no tuvo negocios directos con el girador Eduardo Gutiérrez, y cree que es uno de los cheques que trajo el señor Carlos Higuera, pero hace tanto tiempo que no recuerda. De Export Café agrega que supone que como su nombre lo indica es una firma dedicada a la exportación de café; tiene entendido que está inscrita en la Cámara de Comercio y ninguno de sus socios ni de sus representantes legales habían sido sindicados por esa época de delito alguno, y su único interés como constructor que ha sido era que el cheque tuviera fondos.

g) Puesta de presente la copia del cheque No.3211532, por valor de seis millones de pesos ($6.000.000), también de la cuenta de Export Café (Eduardo Gutiérrez), consignado el 27 de abril de 1994, se limitó a decir: «Doy con la venia del señor Magistrado la misma respuesta del caso anterior».

h) En lo atinente al cheque No. 3139949, por valor de veinticinco millones de pesos ($25.000.000), firmado por Eduardo Gutiérrez, cuenta de Export Café, consignado el 10 de junio de 1994, manifestó que no recuerda la operación, pero que varias personas le pagaron compra de divisas con cheques de Cali.

i) Frente al título valor 3213716, por valor de veinte millones de pesos ($20.000.000), de la cuenta No. 8060-024863-9, del Banco de Colombia Oficina Principal, cuyo titular es Distribuidora Agrícola La Loma Ltda., representada por Omar Pérez, consignado el 20 de mayo de 1994, explicó: «Señor Magistrado sobre esa cuenta le he afirmado todos los cheques que entraron fueron por concepto de ventas de divisas a distintas personas y como bien lo dicen las compañías dueñas de las cuentas no eran una sino eran varias».

El hecho de que en la cuenta de Pablo de Jesús Duque García se consignaron doscientos noventa y seis millones de pesos ($296.000.000) entre el 23 de noviembre de 1993 y el 10 de junio de 1994, provenientes de cuentas corrientes a nombre de Jairo Ortiz M., Export Café y Distribuidora Agrícola La Loma, las cuales según el informe de la Comisión de fiscales y la declaración de Guillermo Palomari, pertenecen a los hermanos Miguel y Gilberto Rodríguez Orejuela, el implicado lo explica diciendo que sabía que estos señores son los fundadores de Drogas la Rebaja, pero no puede saber a qué se dedican, como no sabe a qué se dedican las empresas con las que ha tenido vínculos. «Yo he insistido en

esta indagatoria si de verdad existían antecedentes en 1993 a 1994 y aún principios de 1995, si habían fallos investigaciones en curso que comprometieran la credibilidad comércial de esas firmas, con nombres tan normales cualquier persona considera que están dedicadas a las actividades propias de su objeto social. Yo creo que por seguridad en este país nadie le cuenta a nadie dónde están puestas sus inversiones, es muy difícil determinar la propiedad y mucho más en una ciudad ajena a Bogotá mucho más en Cali ...».

Atendiendo a que en la cuenta de ahorros No. 0088-0003573-8 de Davivienda Sucursal Marly, de la empresa de propiedad de los esposos Caravito, Concolombia Ltda., aparecen consignados cuatro cheques que interesan a la investigación, se le pidió explicación sobre cada uno de ellos así:

a) El cheque No. 3016477, por valor de siete millones quinientos mil pesos ($7.500.000), girado por Jairo Ortiz M., de la cuenta anteriormente mencionada, consignado el 27 de julio de 1993, lo atribuye a la venta de divisas, que en contabilidad se llevaba a la cuenta de socios, de manera que no cree que como tal aparezcan registrados cargos por venta o compra de dólares.

b) El cheque No. 3038409, por valor de seis millones de pesos ($6.000.000), girado por Jairo Ortiz, consignado el 10 de agosto de 1993, también lo imputa a venta de dólares pero no recuerda la persona. A su oficina vinieron Humberto, Cárlos Higuera y otro muchacho que se llama Eduardo Ocampo, pero quisiera saber si ellos tienen algún proceso vigente, pues los cheques los miraba común y corriente dentro del giro de la compañía.

c) Sobre los cheques Nos. 3331702 y 3331703, cada uno por valor de diez millones de pesos ($10.000.000), girados de la cuenta de Comercializadora de Carnes del Pacífico Ltda., No. 8060-0250290, firmados por Luis A. Amaya, y consignados el 16 de septiembre y el 13 de octubre de 1994, respectivamente, dice que obedecen a venta de dólares, no precisa qué persona se los entregó, ni conoce al girador ni al primer beneficiario Carlos Pérez.

Respecto al cheque No. 3214497, por valor de diez millones de pesos ($10.000.000), girado por Export Café Ltda., a nombre de Camilo Herrera y consignado en la empresa Prefabricados de Colombia, explica que es por venta de divisas, y que las compañías que necesitaban apoyo financiero recibían esos aportes.

Pasando al cheque No. 3401337, por valor de ocho millones doscientos mil pesos ($8.200.000), firmado por Luis A. Amaya, de la cuenta de Comercializadora de Carnes del Pacífico Ltda., No. 8060-02529-0, Banco de Colombia Oficina Principal de Cali, dice que fue con el cual se abrió la

cuenta a nombre de José A. Zapata, que se lo recibió a Rodrigo Saavedra, quien le debía diez mil dólares, y que no sabe por qué aparece girado directamente a José A. Zapata, duda que podrían despejar Saavedra o Armando Arias.

Interrogado sobre el hecho por el cual el cheque en mención aparece registrado en la contabilidad encontrada en un allanamiento realizado con el fin de capturar a Miguel Rodríguez Orejuela, en un rubro con el nombre de «Caravato» y por concepto de «pasajes - viáticos Mex», dice que su nombre no es Garavato sino Garavito y siempre que viaja paga sus cuentas, y agrega: «No tengo ninguna explicación».

Acepta que estuvo en Méjico en la fecha registrada en el pasaje que se le puso de presente, y que el itinerario allí consignado es correcto: Bogotá - Panamá el 24 de febrero de 1995; Panamá Méjico 25 de febrero; Méjico - Miami 26 de febrero; y Miami Bogotá 27 de febrero. El viaja a Panamá y a Miami lo justifica diciendo que debía realizar algunas diligencias comerciales, y su paso por Méjico aduciendo que allí es la ciudad donde más antigüedades existen, y su esposa le encargó que le comprara dos mesas auxiliares similares a una comprada en 1991. Trató de localizar al Cónsul, doctor Carlos Fernando Giraldo, pero le informaron que estaba de visita en Colombia. También llamó a la Embajada sobre las seis de la tarde, pero ya no le respondieron.

Ante las coincidentes circunstancias de que el cheque aparece girado por una de las sociedades relacionadas por la fiscalía como de propiedad de los Rodríguez Orejuela, consignado en una de las cuentas que el doctor Garavito ordenó abrir irregularmente, anotado en la contabilidad de Miguel Rodríguez por concepto de pasajes y viáticos a Méjico, y efectivamente unos días después de su giro viajó a Méjico, da la siguiente explicación: «... como lo había dicho anteriormente mi viaje al exterior lo había anunciado y lo sabían varias personas y no entiendo ni acepto bajo ninguna precisa (sic) que exista alguna relación, yo he pagado mis viajes con mis recursos, por esa época no había nada de interés nacional y fuera de las explicaciones que rendí sobre mi presencia en la ciudad de Méjico, el único interés que tenía era resolver problemas comerciales en la ciudad de Miami».

Asevera que nunca fue invitado por la sociedad Inversiones Ara a nada, pero admite que en septiembre 9 de 1993 fue con un grupo de Congresistas a un seminario que se llevó a cabo en la Cámara de Comercio, y con cargo a la empresa en mención les pagaron el alojamiento y la alimentación, las otras veces por lo menos los porteros le recibían la plata.

En concreto, sobre la orden de alojamiento que aparece en el folio 348 del cuaderno original número uno, para el día 8 de mayo de 1993, con cargo a la cuenta de Miguel Rodríguez, afirma que la desconoce, no puede

precisar si estuvo el 8 o el 24, pero nunca invitado por el señor Rodríguez Orejuela con quien nunca ha hablado.

Ante la pregunta de si utilizó una orden similar a la anterior, pero para el 21 de mayo siguiente, sostuvo: «no con mi consentimiento, quiero decirle una cosa como Presidente de la Comisión de Vigilancia de organismos de Control Público y miembro de una comisión accidental de sometimiento a la Justicia, conversé unas veces con el Dr. Fernández y el Dr. Bernardo González, pero como lo hicieron muchos parlamentarios porque esa comisión era numerosa, como 18 de la Cámara y 12 del Senado».

En relación con la orden del folio 350, para el 9 de septiembre de 1993 en compañía de Alberto Giraldo, repite que en esa fecha fue con un grupo de Congresistas, que con Giraldo no ha ido a ninguna parte en especial. En esa oportunidad les dijeron que todo estaba pago, que la invitación era de una asociación de abogados de Cali, por eso le sorprende que la factura con los gastos de su permanencia en el Hotel Inter Continental aparezca cancelada por Miguel Rodríguez según recibo de caja No. 13317 obrante al folio 356 del cuaderno número uno.

Otra orden de alojamiento a su favor para el 27 de diciembre de 1993 obra en el folio 357, respecto a la cual manifiesta que es una sorpresa, porque en esa oportunidad fue con una persona de Manizales con quien tenía una relación sentimental, asistieron a la corrida, y utilizó el mismo sistema de pagar a los porteros. La señora acompañante, cuyo nombre no desea mencionar, se fue luego con un hermano para Pasto.

Expone que conoce al doctor Eduardo Mestre y tiene las mejores referencias personales y políticas de él. Además tiene apartamento en una de las torres del conjunto residencial donde vive.

A Guillermo Pallomari no lo conoce, y a Julián Murcillo Posada de tanto verlo en las fotografías recuerda haberlo visto en más de una oportunidad en el hall del hotel Inter de la ciudad de Cali, saludaba a todo el mundo por el nombre, y tiene entendido que trabajó en el Ministerio de Educación en la época del doctor Kiko Becerra.

Su relación con el doctor De Greiff la califica de muy buena, es un hombre de muy buenos deseos y buena voluntad. En una ocasión él estuvo con su esposa en su casa en una reunión de carácter social.

Puesta de presente la tarjeta de apertura de la cuenta corriente No. 059-01480-3, a nombre de Pablo de Jesús Duque García, abierta en el Banco Real de Colombia, sucursal Avenida de Chile, manifestó: «Esta cuenta es responsabilidad mía, yo no recuerdo si fue uno de los choferes antiguos o uno de los celadores de la obra que le pedimos que nos firmara no sólo la tarjeta sino los cheques para los movimientos, esa cuenta no tuvo

mucha vigencia y nosotros no teníamos mayor cosa que ocultar desde el punto de vista delictivo, hay dos cuentas que son Fabio Duque y Arley Valencia que tuvo movimientos de dinero para ciudir o los efectivos.»

A la pregunta sobre las camisetas recibidas durante la campaña política, enviadas por Litofarallones Ltda., responde que se ratifica de los dicho durante la versión libre.

AMPLIACIONES DE LA INDAGATORIA

Inicia manifestando su inconformidad con algunas de las conclusiones obtenidas en la providencia mediante la cual se resolvió su situación jurídica, y reitera que no es amigo de Julián Murcillo, ni de los hermanos Rodríguez Orejuela. Respecto a las estadías en Cali señaló que fueron motivadas por su negocio de camarones en la ciudad de Turnaco, y visitas a la familia de su cónyuge, viajes en los que jamás habló con Bernardo González, pues sus contactos con él fueron en Bogotá, así como con el Dr. Juan Fernández.

Agrega que las empresas giradoras de los cheques que recibió no eran de fachada, pues además de estar legalmente constituidas, se registraron en la Cámara de Comercio y poseían N.I.T., tanto es así que en las cuentas bancarias se les autorizaron cuantiosos sobregiros, de donde infiere que surge la duda acerca de quién es el dueño, y acerca de la procedencia de los dineros.

Insiste en el estado de necesidad para abrir las cuentas B o de la izquierda de sus empresas. También se refiere a los métodos que usó para obtener préstamos de entidades financieras nacionales y extranjeras para iniciarse en las actividades de construcción, pues se describe como un hombre preocupado por incrementar su modesto patrimonio familiar, amante de las antigüedades, lo que justificó su viaje a la ciudad de México, y a los Estados Unidos fue a mirar un apartamento que compró.

Presenta varias carpetas con copias de las cuentas de las campañas que ha realizado, y reitera que otra de sus actividades era la compra y venta de divisas.

Interrogado sobre los cheques allegados por la Fiscalía con posterioridad a la providencia que le resolvió su situación jurídica expuso:

a) No. 3019569 del Banco de Colombia, cuenta No. 8023-024594-6 por un millón de pesos ($1.000.000.oo), consignado en la cuenta de Prefabricados. Manifestó no recordar su origen ni el motivo de su consignación.

b) No. 2924705 de la cuenta 8023-024398-3 del Banco de Colombia Oficina Principal de Cali, girado el 4 de marzo de 1993 por Javier Zapata, por valor de diez millones de pesos ($10.000.000.oo), a nombre de

Fabio Parra y consignado en la cuenta que Concolombia posee en Concasa. Respondió que muy seguramente provino de la venta de divisas.

c) No. 2924706 de la misma cuenta anterior, por un valor de quince millones de pesos ($15.000.000), girado a nombre de Pedro Galindo y consignado en la cuenta que Concolombia posee en Concasa. Dice que se originó en la venta de divisas y desconocía que las sociedades giradoras tuviesen problemas con la justicia.

d) No. 2798537 del Banco de Colombia, girado el 13 de noviembre de 1992 a nombre de Pedro Galindo, por ocho millones de pesos ($8.000.000), y consignado en la cuenta que Concolombia posee en el Banco Cafetero. Expresa que provino de la venta de divisas, y reitera que desconocía que las empresas giradoras estuviesen vinculadas al narcotráfico.

e) No. 2815388 de la cuenta No. 8023-023175-6 del Banco de Colombia Oficina principal, por cuatro millones de pesos ($4.000.000), girado a Concolombia y consignado en la cuenta anterior. Afirma que su emisión obedece a las mismas razones de los cheques anteriores.

f) No. 2889334 de la cuenta No. 8023-024406-0 del Banco de Colombia, girado a Fabio Parra por cinco millones de pesos ($5.000.000) y consignado en la cuenta de Concolombia en Concasa Manifiesta que eso está demostrando que en modo alguno no se pretendió ocultar ninguna operación con personas que al parecer en la actualidad están investigadas.

g) No. 3115518 de la cuenta No. 8023- 024597-5 por valor de cincuenta millones de pesos, ($50.000.000) girado por Jairo Ortiz M. a nombre de Fabio de Jesús Duque García. Aduce que fue consignado pero impagado y posteriormente se cambió por un cheque de gerencia del Banco de Bogotá, y que sobre el motivo de su emisión correspondería a su abogado pronunciarse, previo examen de la contabilidad.

h) No. 2400413 de la cuenta No. 8023-023175-6 de Jorge Correa Castillo, girado el 18 de julio de 1991 a nombre de Daniel Pineda por diez millones de pesos ($10.000.000) y consignado en la cuenta que Concolombia posee en el Banco Cafetero. Expresa que se originó en la venta de divisas (fls. 487 a 521 C.O.4).

Posteriormente solicitó una nueva ampliación de indagatoria, y en ella solicitó el aporte de los extractos, consignaciones, cheques, balances y documentos que se allegaron para la apertura de las cuentas 8023023175-6, 80230243993, 8023024406-0, 8060024597-5, 8023024804-0, 80230248639 y 8060025029-0, del Banco de Colombia-Oficina Principal en Cali.

Luego de señalar que la apertura de las mencionadas cuentas ocurrió bajo el imperio del Decreto 663 de 1993, hizo una relación de las funciones que deben desempeñar los empleados del sistema financiero con el fin de demostrar que él no estaba en la obligación de establecer la procedencia de los dineros que allí se consignaban.

IV. PRUEBAS ALLEGADAS CON POSTERIORIDAD AL AUTO QUE RESOLVIO LA SITUACION JURIDICA

A.Inspecciones judiciales

1. En el Banco Real de Colombia -Oficina Principal de Bogotá- en la cual se estableció que en esta entidad el doctor GARAVITO posee la cuenta corriente No. 01-06860-0 (fl. 38 C.O.4).

2. En la Fiscalía Regional al proceso 24.249, en la cual se obtuvo copia de los documentos encontrados en el allanamiento al edificio «Colinas de Santa Rita» de la ciudad de Cali. (fl. 50 C.O.4).

3. En la Corporación de Ahorro y Vivienda Concasa, Sucursal Chapinero de esta ciudad, donde se obtuvo copia de las consignaciones con sus respectivos soportes realizadas en la cuenta de la Empresa Concolombia (fl.77, 230 a 277 y 320 a 339 C.O.4).

4. Al proceso 24.249 de la Fiscalía, en la cual se obtuvo copia de algunos documentos encontrados en el allanamiento al Edificio Santa Rita de la ciudad de Cali e información relacionada con las sociedades Jaiger Ltda., Representaciones Renzu Ltda. y Agrícola Yumiami Ltda. (Fls. 342-43 C.O.4 y Anexo 15).

5. En las instalaciones de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones Telecom, donde se estableció que en el sistema computarizado sólo reposan las llamadas realizadas durante el último año. (Fl. 344).

6. Al proceso radicado en esta Corporación bajo el número 10.738, donde se obtuvo copia del dictamen emitido el 28 de marzo del presente año por el Cuerpo Técnico de Investigaciones, en el que se concluyó:

«..Las firmas dubitadas registradas en las tarjetas de control de firmas del Banco de Colombia, de las cuentas números 8023-024401-5 y 8023.024594-6 fueron elaboradas por el señor Guillermo Alejandro Pallomari González...» (Fls.506-526 C.O.5).

B.Documentales

1. Oficio No.080 de la Dirección Regional de Fiscalías remitiendo los cheques Nos. 2400413 y 2815388, girados contra la cuenta corriente No. 8023-023175-6 titular Jorge Castillo Correa, los que fueron consignados en una de las cuentas de la sociedad Concolombia Ltda. (fl. 107 C.O.4).

2. Informe del Cuerpo Técnico donde se registran algunos cheques girados a favor de Fabio Duque, Carlos Pérez, José A. Zapata, que fueron consignados en las cuentas del acriminado. (Fl.299 C.O.4).

3. Declaraciones de renta de las empresas Concolombia, Inversiones Gardez, Consorcio Colombiano de Inversiones y del aforado Rodrigo Garavito. (347 a 356 C.O.4).

4. La Comisión de Fiscales remite copia de dieciséis cheques de las empresas del Cartel de Cali consignados en cuentas cuyos dineros presuntamente eran manejados por el Dr. Garavito. (Fl. 359 a 379 C.O.4).

5. Copia del Registro Hotelero, donde consta que para el 11 de mayo de 1995 Rodrigo Garavito fue huésped del Hotel Intercontinental y su cuenta pagada por Inversiones Ara. (Fls. 65 a 73 C.O.5).

6. Informe del Cuerpo Técnico de Policía Judicial fechado el 1o. de febrero de 1996, sobre los resultados de la revisión en las cuentas del Dr. Rodrigo Garavito (Fl. 124 al 132 C.O.5).

7. Se allegó copia de los extractos y consignaciones de las cuentas cuyos titulares son Export Café, Comercializadora de Carnes del Pacífico, Distribuidora Agrícola La Loma, Jairo Ortiz Molinares, Omaira Gómez, Jesús Zapata, Jorge Castillo y Jesús A. Piedrahita (Anexo 21).

8. Además, copia de los extractos de las cuentas empresariales y personales del Dr. Garavito (Anexos 12, 13, 14 y 17).

C. Testimoniales

1. Elvira Casadiego Cadena quien dijo ser Asesora Legislativa de la Cámara de Representantes y laborar en las empresas Concolombia, Prefabricados de Colombia e Inversiones Gardez en el cargo de Subgerente. Señaló desconocer la actividad financiera de sus patronos. (fls. 123 a 129 C.O.4).

2. Jaime Robledo Uribe, dijo conocer al Dr. Garavito hace muchos años, y afirma que en algunas ocasiones le vendió dólares en cantidades menores para turismo. Es así que en mayo de 1993 le vendió U$19.882., y en 1994 U$2.000 pagados en efectivo. Enfatizó no haber sostenido relación alguna con las empresas Comercializadora Agrícola La Loma Ltda., Comercializadora La Estrella, Export Café, Comercializadora de Carnes Pacífico y el señor Jairo Ortiz M. Por tanto, ninguno de esos cheques fueron entregados por él. (Fl. 130 C.O.4).

3. Edgar Alberto Gallego Taborda, dice que es comerciante en la compra y venta de divisas, razón por la cual entabló relación con el doctor GARAVITO, sin poder precisar las fechas y monto de cada transacción, no obstante recavó que la forma de pago fue en efectivo, pues careciendo de una oficina particular para el desarrollo de la actividad y por la necesidad

de mantener dinero disponible, no se acostumbra a hacer pagos en cheque. Puestos de presente los cheques que obran en el proceso, manifestó que ninguno de ellos fue entregado por él. (Fl. 139 C.O.4).

4. Rodrigo Estrada Pérez, comerciante en joyas y divisas, propietario de una casa de cambio. Recordó haber vendido al sindicado pequeñas cantidades de dólares, y haberle cambiado cheques de la constructora. Manifestó que al procesado «siempre lo conocí comprando, jamás me ofreció dólares». (Fl. 145 C.O.4).

5. Armando Arias Cuartas, Director Financiero de la firma «Inversiones Gardez» desde hace once años. Entre sus funciones estaba manejar la totalidad de las cuentas de las empresas del Dr. Garavito. Al respecto afirmó: «Las cuentas de la compañía son las que están en las diferentes Corporaciones de ahorro a nombre de Inversiones Gardez, Concolombia Ltda. y Prefabricados de Colombia Ltda. Las Corporaciones son Davivienda, Concasa, Ahorramás, Granahorrar y el Banco de Bogotá y Cafetero vigentes actualmente. Las cuentas B, esas cuentas se abrieron en el año 93 y 94 por orden del Dr. Garavito y este año también se abrió una. Se abrieron en Davivienda a nombre de Fabio Duque y en el Banco Real también a nombre de él. El año pasado se abrió una en el Banco Real a nombre de José Valencia y este año se abrió una en Davivienda a nombre de José Zapata». Dice que todas esas cuentas fueron abiertas por orden del aforado, quien temía un secuestro y por esta razón usó las fotocopias de las cédulas que reposaban en las carpetas del personal indirecto contratado por la Compañía. Agrega que en las cuentas de Fabio Duque el firmante era el Dr. Garavito, José Valencia por la Secretaria del Dr. Garavito y la de José Zapata era firmada por él, por orden de su jefe, quien para la época se encontraba en los Estados Unidos. En todo caso los dineros de las cuentas fueron entregados al procesado. (Fl. 149 C.O.4).

6. Testimonio de Guillermo Alejandro Pallomari González. Respecto de las relaciones del Dr.Garavito con los miembros del Cartel de Cali, señala que éste era amigo de los hermanos Rodríguez Orejuela, de José Santacruz, y Pacho Herrera, se reunía con Miguel Rodríguez en su oficina y lo llamaba permanentemente como lo registró en la libreta de anotaciones Jorge Castillo. Añade que en ese círculo era conocido como el Dr. Garavito, que era el código empleado en Contabilidad para registrar las salidas de dinero que le proporcionaban como ayudas política y para gastos personales, para lo cual pedía que los cheques fueran girados a nombre de otras personas. Contablemente se registraba bajo las cuentas LTD 4 especial, y algunos aportes en la LTD 2.

Tuvo conocimiento de que el aforado era miembro del Congreso, Representante a la Cámara, y en esa condición el dinero para sus campañas

salió de las cuentas manejadas por las empresas de fachada de Miguel Rodríguez. De otra parte, señaló que el acriminado recibió camisetas enviadas por Julián Murcillo quien era amigo personal del inculpado. Con relación a la caligrafía estampada en los cheques que le fueron puestos de presente, dijo que correspondía a Miguel Rodríguez y Jorge Castillo, pero las firmas eran estampadas por él, como ocurrió con el cheque No.3049561. A su vez, indicó que la cuenta de la empresa de fachada Export Café fue abierta con el objetivo de financiar la campaña presidencial del doctor Samper y otros políticos postulados para el congreso, y de esta forma obtener beneficios.

Asevera que conoció al Dr. Garavito en 1992, porque visitaba a Miguel Rodríguez en su oficina. Entre ellos nunca hubo transacciones de compra-venta, sólo visitaba a Miguel 3 o 4 veces al mes y entre semana lo llamaba diariamente (Fl. 27 C.O.5).

7. Alvaro Castaño Gallego, comerciante de divisas, dice conocer al Dr. Garavito desde 1989, a quien ha comprado y vendido dólares hasta el monto de US$50.000., transacciones que siempre se hicieron en efectivo como es la costumbre en el gremio de los cambistas, pues en él nunca ni se reciben ni se hacen pagos con cheques. (Fl. 258 C.O.5).

8. Abraham Chacón Garavito, negociante de moneda extranjera, señala que por su actividad conoció al Representante Garavito. Enfatiza que las negociaciones siempre se hicieron en efectivo.(Fl. 258 C.O.5).

9. Jairo Cardona Calvera, comerciante en dólares, también dice conocer por esta razón al aforado, cuyas negociaciones siempre realizó en efectivo, nunca en cheque, como es usual en esta clase de transacciones. (Fl. 261 C.O. 5).

10. Federico Mejía Mejía, administrador de empresas y conocido con el imputado desde 1991, sostiene que ha realizado con él negocios de compra de ganado, dólares y alguna vez compra de un lote. Todas las operaciones fueron efectuadas en efectivo, por cuanto sus cuentas estuvieron embargadas por cuatro años. (Fl. 264 C.O.5).

11. Mauricio Londoño Jaramillo, narra que al doctor Garavito le compraba y vendía dólares en cantidades de siete, ocho y hasta nueve mil dólares; todas las transacciones eran efectuadas en efectivo, por tanto no reconoció los cheques que le fueron puestos de presente. (Fl. 268 C.O.5).

12. Juan Manuel Bolero Medina, Abogado y ex-socio del Dr. Garavito en la Compañía Camaronera cuyo objeto social desarrollaban en Tumaco, negocio en el que fracasaron, pero las juntas de socios las realizaban en

Bogotá y ocasionalmente en Tumaco. Enfatizó nunca haber viajado a esta última ciudad en compañía del implicado. Negó rotundamente haberle entregado los cheques que reposan en el expediente. (Fl. 271 C.O.5).

13. Pedro Nel Gálvez, estudiante de derecho, comprador y vendedor de dólares, quien recavó que todas las transacciones se hacen en efectivo y por tanto, jamás entregó cheques al doctor Garavito (Fl. 366 C.O.5).

14. Copia de la declaración rendida por Jesús Zapata Alvarez en el proceso radicado en esta Corporación bajo el número 10.738. En ella niega haber sido titular de cuenta alguna en el Banco de Colombia de la ciudad de Cali, y mucho menos haber solicitado la apertura de la cuenta No. 8023-023884-3 que figura a su nombre. No suscribió los documentos de apertura, y no reconoce como suya la firma, ni la caligrafía con que fueron llenados los cheques. (Fl. 507 C.O.5).

15. Indagatoria de Alejandro Pallomari González. En esta diligencia afirmó haber laborado con la familia Rodriguez Orejuela como asesor financiero desde 1990, en compañías como Drogas La Rebaja, Inversiones Ara y Miguel Rodriguez E Hijo. En esa condición estaba encargado del manejo de las cuentas personales de Miguel Rodríguez Orejuela, quien le ordenó abrir cuentas en la oficina principal del Banco de Colombia de Cali a nombre de las empresas Export Café Ltda., Agropecuaria La Estrella, Productos Agrícolas El Diamante y Comercializadora Agrícola La Loma, usando cédulas falsas que eran conseguidas por Jullán Murcillo, o por lo menos los titulares no estaban enterados de su utilización. Los cheques eran firmados por personas de confianza de su jefe, como es el caso de las cuentas números 8023-024401-5 y 8023-024594-6 donde figuraban como titulares Jesús Armando Piedrahita Olarte y Omaira Gómez, pero la firma la hacía el deponente.

Respecto de la cuenta de Export Café Ltda., señala que se originó en el acuerdo entre los hermanos Rodríguez Orejuela, José Santacruz Londoño y Helmer Herrera Buitrago, aportantes del 70% del dinero, mientras que el porcentaje restante fue aportado por narcotraficantes menores del Valle del Cauca, amigos de Miguel Rodríguez Orejuela, recaudándose siete mil millones de pesos destinados a financiar las campañas electorales para la presidencia y el congreso de la República.

Con relación a la cuenta perteneciente a la Distribuidora Agrícola La Estrella, refirió que quien firmaba los cheques no era la persona que figuraba en la cédula de ciudadanía, ésta era manejada por Jullán Murcillo bajo la supervisión de Miguel Rodríguez Orejuela.

Referente a la cuenta No. 8023-024597-5, abierta en el Banco de Colombia oficina principal de Cali y abierta a nombre de Jairo Ortiz Molineros, señaló que la documentación se llenaba en la oficina de su patrón y los cheques firmados por Jorge Castillo, por orden de Miguel Rodríguez, aunque existían caligrafías de los tres. Esta cuenta se destinó al pago de políticos, policías, militares y personalidades del gobierno y de la justicia.

Refiriéndose al acriminado afirmó: »...La cuenta «Garavato» es Rodrigo Garavito, es un político del Congreso, y amigo personal de Miguel Rodríguez, él le hizo varias visitas a Miguel Rodríguez para los años 93 y 94, se reunían en la oficina de Miguel Rodríguez, cuando él iba a Cali y se hospedaba en el Hotel Intercontinental y eso lo manejaba Julián Murcillo, y las cuentas de gastos de hospedaje se pagaban de las chequeras que manejaba el señor Miguel Rodríguez principalmente de la LTD4...«(Fl. 422 a 485 C.O.).

16. Indagatoria de Miguel Rodríguez Orejuela rendida ante la Fiscalía Regional. Reconoció haberse vinculado a las actividades del narcotráfico desde 1982 para ayudar a su hermano Gilberto, y éstas consistían en la exportación de Cocaína desde el Valle del Cauca y los Llanos Orientales hacia Guatemala y Miami, camuflada en cargamentos de frutas o de madera que eran recibidos en norteamérica por Jorge López «El Pana», la mayoría bajo la forma de cooperativa. En los años 1990 y 1991 exportó estupefaciente con su hermano a través de Venezuela, en 1992 por Buenaventura y en el mismo año, bajo la modalidad Cooperativa, por la Zona Franca de Panamá, también por Costa Rica: durante 1991 a 1993 exportó alcaloides a Holanda, Bélgica y Europa. Además, durante el período comprendido de 1990-1995 exportó cocaína vía México hacia las ciudades de Houston, Los Angeles y Nueva York, siempre por el sistema cooperativo.

Agrega que su patrimonio está compuesto por dos ingredientes: legales, provenientes de sus ingresos como profesional del derecho, negocios que tenía desde 20 años atrás y en los que fue socio, y compra y venta de divisas; los ilegales, provenientes del tráfico de estupefacientes. Explicó que para el manejo de los dineros originados en las dos actividades contrató a Guillermo Pallomari, financista y antiguo asesor de drogas La Rebaja, quien contactó a Omar Pérez para el manejo de la parte financiera y de los dineros tanto legales como ilegales que movían a través de cuentas corrientes en los bancos de la ciudad de Cali, aprovechando las buenas relaciones que en este campo tenía el asesor, quien le sugirió crear sociedades para que fuesen las titulares de las cuentas, y fue así como le delegó el control de los dineros, y de las cuentas que fueron codificadas como Zona o LTD 1, LTD 2, LTD 4 y LTD44 especial. (Fls. 371-437 y 555-566 C.O.5).

D.Pericial

1. Dictamen grafológico realizado por el Cuerpo Técnico de Policía Judicial, en el cual se concluyó:

«1. La firma vista en la tarjeta de apertura

No. 037.50982.5 del Banco Real de Colombia a nombre de José Arley Valencia fue elaborada por Ana Janeth Barbosa Cruz...3. La firma vista en la tarjeta No. 008800156773 de la Corporación Davivienda a nombre de José A. Zapata fue confeccionada por el señor Armando Arias Cuartas...» (FLS. 31 al 40 C.O.5).

2. Dictamen grafológico emitido el 9 de abril de 1996 por el Cuerpo Técnico de Policía judicial, en el cual se concluyó: «...La firma vista en el anverso de la tarjeta de apertura de Davivienda, cuenta No. 0088-0013845-8, fue elaborada por el señor Rodrigo Garavito Hernández.» (Fls.485-488 C.O.5).

ALEGATOS DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, plantea lo siguiente:

Luego de transcribir el artículo 31 de la ley 190 de 1995, considera que si el legislador se preocupó por recoger las conductas allí descritas no fue por otra razón que la ausencia de consagración legal como delitos hasta ese momento, lo que significa que el artículo 1o. del Decreto 2266 de 1981, no contemplaba ninguno de los comportamientos previstos en la primera de las norma, y se se refería a tópicos distintos de los indicados en la Ley 190 que surgió para clarificar las dificultades de encuadramiento que existían entre los procederes previstos entre este último decreto y aquel que contempla el art. 6o. del Dcto. 1856 de 1989, bajo la denominación de Testaferrato.

Considera que como los dineros recibidos por el Dr Garavito no tuvieron otro objetivo que conseguir consideraciones en la labor que como legislador le correspondía, la conducta que se investigó encaja dentro de lo previsto por los artículos 22 y siguientes del Dcto. 190 de 1995, que incrementó la punibilidad para el cohecho, norma vigente sólo a partir del 6 de junio de 1995 y que por tanto no es aplicable al procesado, pero como él reunía para ese momento las calidades de Empleado Oficial, está incurso en el citado delito contra la administración pública, por el cual debe ser llamado a responder en juicio.

El cohecho, por sus características estaría lejos de ser objeto de indultos o amnistías que vendrían a propiciar la impunidad del comportamiento, en cambio esto podría ocurrir si se deja la tipicidad en el capítulo de las conductas vinculadas con actividades derivadas del narcotráfico.

ALEGATOS DE DEFENSA

Considera que los delitos imputados al Doctor Rodrigo Garavito Hernández, esto es, enriquecimiento ilícito y falsedad documental, son atípicos, por lo que se debe proferir en su favor preclusión de la investigación. Para sustentar este hecho realiza el siguiente análisis:

1. RESPECTO AL ENRIQUECIMIENTO ILICITO.- De acuerdo a la legislación pueden ser sujetos activos, el funcionario y el particular, hipótesis contempladas en los artículos 148 del Código Penal y 10 del decreto 2266 de 1991. El primero de ellos abarca el incremento patrimonial obtenido por empleado oficial por razón de su cargo o de sus funciones, y el segundo comprende el aumento patrimonial derivado del desempeño propio del narcotráfico; estas formas de enriquecimiento deben ser obtenidas como consecuencia de la actividad ilícita que desarrolle el sujeto agente, como atentar contra sus deberes de lealtad en el caso del empleado oficial, o dedicarse a actividades propias del narcotráfico o conexos, cual quiera que sea la forma de participación.

El empleado oficial que aprovecha su cargo o sus funciones para aumentar su patrimonio injustificadamente, debe faltar al deber de lealtad y enriquecerse, pero si el incremento patrimonial no se produce por razón de sus funciones, la conducta es atípica.

Mientras que es autor del delito de enriquecimiento ilícito de particular por asuntos de narcotráfico, quien además de cumplir una cualquiera de las conductas descritas por la Ley 30 de 1986 o conexas, se enriquece, o el tercero que incrementa su patrimonio como consecuencia de la actividad de narcotráfico o conexa ejecutada por otro.

El incremento patrimonial se traduce en acrecentar el activo o disminuir el pasivo, pero debe ser de importancia teniendo en cuenta la severidad de la sanción, sin importar cómo se obtenga dicho aumento, que ha de derivarse del ejercicio de una actividad ilícita debidamente probada por el Estado, -de acuerdo a lo establecido en el artículo 81 de la Ley 90 de 1995-, de actividades propias del narcotráfico o conexas desarrolladas por el que se enriquece, quedando por fuera de este tipo el comportamiento del tercero que sin haber participado en ella se enriquece, pues la ley busca castigar tanto el perjuicio causado al bien jurídico de la salud como también el provecho ilícito logrado mediante los delitos contemplados en la Ley 30 de 1986.

El delito de enriquecimiento ilícito surgió de la necesidad de perseguir e incautar los bienes producto del narcotráfico con el fin de evitar su penetración en la economía del País y la incursión de los narcotraficantes en las esferas del poder financiero, político y social, obligando a los narcotraficantes a entregar al Estado los bienes derivados de esta actividad.

Sin embargo, el tipo penal exige que el incremento que se derive de actividades delictivas debe estar probado en el proceso, que la persona se enriqueció ejecutando el delito del narcotráfico, es decir, que mediante sentencia condenatoria se demostró que la persona vinculada fue declarada narcotraficante. Mientras no exista dicho pronunciamiento judicial simplemente se está ante una sospecha de responsabilidad, aunque exista la confesión del imputado porque ésta debe estar corroborada. La Corte Constitucional al declarar exequible el artículo 10 del Decreto 2266 de 1991 en la sentencia C-127 de 1993, dijo que las actividades ilícitas deben estar judicialmente declaradas mediante sentencia condenatoria.

En Colombia no podrá tenerse como realizador de una conducta a quien simplemente ha confesado, mientras no se le haya condenado y la sentencia se encuentre en firme porque sería una flagrante violación a la presunción de inocencia, al debido proceso, al respeto de la dignidad humana y al respeto de la libertad humana, según la cual únicamente la persona declarada culpable puede ser tenida como penalmente responsable.

Si se llegare a interpretar el tipo penal que contiene el enriquecimiento ilícito de particular, en el sentido de que puede ser autor del mismo quien realice la actividad propia del narcotráfico y también un tercero, la responsabilidad sólo podrá ser declarada respecto de este tercero, si se demuestra: obtención del incremento patrimonial, directa o por interpuesta persona, derivado de persona dedicada al tráfico de estupefacientes; que no justifique el incremento; que el donante haya sido condenado previamente por esta conducta, y que el incremento patrimonial sea producto de actividad ilícita y no de algún otro desempeño desarrollado por el narcotraficante.

Respecto de la prueba recaudada en la investigación para probar el delito de enriquecimiento ilícito por parte del aforado, considera la defensa:

Está probado que el Doctor Garavito Hernández durante varios años se ha dedicado a actividades lícitas como industrial o comerciante, que le han proporcionado cuantiosas ganancias, y ha obtenido sus ingresos como congresista. Posee varias sociedades dedicadas a la construcción de vivienda, ha negociado con ganadería y divisas, lo que le ha permitido obtener apreciables utilidades.

Los cheques consignados en las cuentas del aforado y de las sociedades de las cuales es socio, fueron obtenidos como medio de pago de los dólares vendidos por él, actividad permitida por la Ley 9 de 1991 que reformó el Decreto - Ley 444 de 1968.

Cuando recibió los títulos valores girados sobre cuentas corrientes de establecimientos bancarios regulados por el Decreto 663 del 2 de abril de 1993, lo hizo de buena fe exenta de culpa al considerar que los titulares de éstas habían sido sometidos a los controles pertinentes porque así lo

exige la citada ley. Es así que si el banco no encontró irregularidad alguna que ameritara el reporte a las autoridades, no lo podía realizar su defendido por no tener acceso a la documentación, esta actividad estaba a cargo de la Superintendencia Bancaria y la Fiscalía General de la Nación.

El principio de la buena fe y el derecho fundamental de la presunción de inocencia, obligan a aceptar como ciertas las justificaciones dadas por el aforado respecto del origen de los cheques consignados en sus cuentas corrientes, «porque no está demostrado que él hubiera tenido conocimiento de que las sociedades libradoras de los títulos valores estuviesen dedicadas a actividades ilícitas, máxime si debía confiar que las entidades bancarias habían adoptado los ya aludidos controles".

Aunque se llegare a demostrar que el Dr. Garavito no justifica el incremento patrimonial su conducta sería atípica, porque jamás ha estado dedicado a actividades de narcotráfico; tampoco se ha demostrado que las sociedades giradoras del los cheques consignados en las cuentas del aforado son de propiedad de personas dedicadas a actividades ilícitas, no han sido condenadas por los delitos consagrados en la Ley 30 de 1986, tampoco está probado que estas sociedades pertenecieron a narcotraficantes, hasta ahora sólo se ha presumido, y por último, los dueños de tales sociedades no se han dedicado a actividades ilícitas exclusivamente, porque su objeto es lícito, sus ingresos lícitos y han pagado tributos al Estado.

Ataca la prueba indiciaria tenida en cuenta cuando se resolvió la situación jurídica de su defendido, para demostrar que los trescientos treinta y siete millones setecientos mil pesos ($ 337'700.000) consignados en las cuentas corrientes y de ahorros manejadas por su representado no constituyen un incremento patrimonial injustificado.

Concluye el alegato señalando que en relación al delito de enriquecimiento ilícito, está probado lo siguiente:

«1. Que el doctor Garavito Hernández no obtuvo, injustificadamente, algún aporte económico de persona dedicada al narcotráfico, el cual se hubiera traducido en incremento patrimonial.

2. Que los supuestos donantes no han sido condenado por actividades propias del narcotráfico, ni se han dedicado, exclusivamente, a tales desempeños lícitos.

3. Que el dinero o bien que supuestamente produjo el hipotético incremento patrimonial, no es producto de la actividad ilícita, pudiéndose afirmar que bien pudo ser el resultado de algunos de los desempeños lícitos del donante.

Que las sociedades contra las cuales fueron girados los cheques entregados al doctor Garavito, por la negociación de dólares, no tienen objeto ilícito.

5. Que los socios de tales empresas no tienen antecedentes porque en su contra no se ha proferido sentencia condenatoria debidamente ejecutoriada, por la actividad propia del narcotráfico: y, que si son «de fachada» o «fantasmas», sus verdaderos dueños no han sido condenados por tal delincuencia.

6. Que los propietarios de las mencionadas sociedades no sólo han percibido y perciben ingresos derivados de actividades ilícitas, habiendo obtenido ganancias lícitas por actividades comerciales y financieras ilícitas, al no descartarse, por ejemplo que ellos fueron o son accionistas o propietarios de empresas dedicadas a labores permitidas legalmente.

7. Que los dineros depositados en las cuentas corrientes contra las cuales fueron girados los títulos valores entregados al doctor Garavito Hernández no provenían, de actividades ilícitas, pues está probado:

7.1. Que dichas cuentas corrientes se beneficiaron con sobregiros, ya que en tal caso los dineros fueron prestados por el banco. Luego, si el banco era estatal, los dineros eran del Estado y si no lo era, los dineros eran de los accionistas del banco.

7.2. Que los dueños de las aludidas cuentas corrientes depositaron en las mismas dineros provenientes de otras cuentas corrientes o de créditos otorgados por el mismo banco o del pago de intereses, leasings, fiducias, etc.

8. Que el Estado no ejerció controles sobre las sociedades que se dice pertenecen a miembros del llamado «Cartel de Cali», ni sobre sus cuentas corrientes, de conformidad con lo establecido en los Decretos 1872 de 1992 y 663 del 2 de abril de 1993, no habiendo alertado, igualmente a la sociedad colombiana sobre el carácter de «fantasmas» y de «fachadas» de dichas sociedades, para desvirtuar el principio de la buena fe exenta de culpa.

9. Que el Estado, con anterioridad a las fechas en las cuales el doctor Rodrigo Garavito recibió los aludidos cheques, no sancionó al banco por no cumplir los controles que han sido impuestos al sistema financiero para evitar la incursión de dineros provenientes de actividades de narcotráfico en el sistema financiero colombiano.

En tales condiciones se concluye que no está validamente demostrada la tipicidad del delito de enriquecimiento ilícito, porque no hay prueba sobre lo siguiente:

a. Que las personas de quienes se dice son dueñas de las cuentas corrientes contra las cuales fueron girados los cheques endosados al doctor Rodrigo Garavito, hayan sido condenadas por realizar actividades del narcotráfico o conexas, no bastando, como se ha dicho hasta el cansancio, ni la sindicación ni la confesión por parte de alguno de los integrantes

del llamado «Cartel de Cali», porque la confesión jamás es plena prueba de la responsabilidad, ni sustituye la sentencia condenatoria, única prueba de la existencia de antecedentes, conforme lo dispuesto por el art. 248 de la Constitución Política.

b. Que los cheques endosados al doctor Rodrigo Garavito no los hubiera recibido como pago de los dólares que había adquirido dentro del giro ordinario de su actividad comercial, dado que le pagaron inmuebles con moneda extranjera y negoció con varias personas la compra venta de dólares.

c. Que las cuentas corrientes contra las cuales se giraron los mencionados cheques fueron alimentadas con dineros provenientes de la actividad de tráfico de estupefaciente o conexas, pues el examen de la prueba documental recaudada y del informe dado por la Contraloría General de la República, permite deducir que en dichas cuentas fueron consignados muchos cheques provenientes de otras cuentas corrientes, ignorándose si los dueños de éstas, contra las cuales fueron girados tales cheques consignados en las cuentas llamadas «de fachada» realicen actividades lícitas y/o ilícitas, además que se probó que el Banco otorgó sobregiros por sumas realmente exorbitantes, siendo estos fondos estatales, porque el Banco de Colombia era del Estado.

d. Que las personas de quienes se afirma son las propietarias de las cuestionadas cuentas corrientes se hayan dedicado, exclusivamente, a la actividad del tráfico de drogas, pues no se ha descartado que paralelamente con dicho desempeño criminal hayan realizado actividades lícitas propias del mundo comercial y financiero.

En tales condiciones se debe precluir la investigación por delito de enriquecimiento ilícito, pues una resolución de acusación sólo se podría producir violándose el principio de presunción de inocencia de varias personas que no han sido condenadas, al presumirse, en primer lugar, que realizan actividades de narcotráfico y, en segundo lugar, que sólo se han dedicado a tales desempeños, dándose por descartado que hayan cumplido lícitos procederes de los cuales hayan derivado utilidades lícitas».

2. DELITO DE FALSEDAD. - Debido a las continuas amenazas contra su vida y libertad el doctor Garavito se vio en la necesidad de reforzar su seguridad personal y la de su familia, blindando sus vehículos automotores y gestionando cuentas bancarias para facilitar el pago de su rescate en caso de un secuestro, esto a raíz de la drasticidad de la Ley 40 de 1993. La apertura de las cuentas «B» o de la «izquierda» se hizo a nombre de un tercero, se registraron sus datos personales pero no ocurrió lo mismo con la firma, lo que lleva a considerar que las conductas ejecutadas por el doctor Garavito y sus empleados son atípicas por las siguientes razones:

No se crearon documentos falsos, se suplantaron unas personas quienes aparecieron como titulares de las cuentas sin serlo; pudiera pensarse en una falsedad personal pero este tipo penal no se da porque ninguno de los sindicados actúo con el fin de obtener provecho para sí o para un tercero, ni con el de causar daño porque con la operación bancaria no se perjudicó a nadie, sólo se consignaron los cheques recibidos por el aforado por concepto de venta de divisas.

Tampoco se tipifica la falsedad documental, porque al ser girados los cheques lo hizo quien tenía derecho a ello, fue el mismo que abrió la cuenta y registró su firma; no se faltó a la verdad en nada y a nadie, por lo tanto, no se afectó la fe pública.

El doctor Garavito al abrir una cuenta a nombre de Fabio Jesús Duque Garcia, lo que hizo fue utilizar la figura consagrada en el art. 1.506 del Código Civil que determina la estipulación para otro; brilla por su ausencia la voluntad del beneficiario en el momento de la estipulación, y por lo tanto, el titular de la cuenta podía revocar el contrato de la cuenta corriente en cualquier momento. Las cuentas «B» o «de la izquierda» no son cosa distinta de la estipulacion en favor de otro, luego si la Ley civil lo permite la penal no puede castigarlo.

Además esta conducta no es antijurídica porque están probadas las amenazas constantes contra la libertad y la vida del doctor Garavito, que ante el inminente peligro tomó las medidas necesarias para conjurarlo procurando tener el dinero disponible para su liberación en caso de secuestro, por lo tanto, obró bajo el amparo de la causal de justificación del estado de necesidad.

Consideraciones de la Sala

1o.- El doctor Rodrigo Garavito Hernández es actualmente Representante a la Cámara por el Departamento de Caldas, cargo para el cual se posesionó el 20 de Julio de 1.994, primer día del período que termina en 1.998. Esta investidura le otorga fuero para la investigación y el juzgamiento, de manera que por mandato Constitucional la competencia radica en la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia .

2o.- El Congresista vinculado a esta investigación es casado con Rebeca Chapaval de Garavito, y según lo dijo en su injurada, tienen sociedad conyugal vigente, son propietarios de las sociedades inversiones Gardes Ltda, Concolombia Ltda, y Prefabricados De Colombia Ltda, en la medida en que salvo la primera de las mencionadas de la cual también formaba parte su señora madre, en las demás los cónyuges son las únicas socios, de ahí que el doctor Garavito estime que colocar bienes en cabeza suya o de una de las sociedades, es para fines de explicar su patrimonio lo mismo, pues constituye una unidad.

3o.- De acuerdo con lo expuesto por el sindicado en la indagatoria y posterior ampliación, así como por la prueba documental existente en el proceso, está acreditado que entre 1.991 y 1.995 ingresaron a su patrimonio cuatrocientos diez millones setecientos mil pesos ($410.700.000) a través de numerosos cheques cuya relación es la siguiente.

a. Cheques girados de la cuenta No. 8023-024597-5 del Banco de Colombia Oficina Principal de Cali, abierta a nombre de Jairo Omar Ortiz Molinares:

- 3016477 del 26 de julio de 1.993, por siete millones quinientos mil pesos ($7.500.000), girado a favor de Pedro Galindo, y consignado en la cuenta de Concolombia en Davivienda. (Fl. 178 C. O. 2).

- 3038409 de agosto 5 de 1.993, por seis millones de pesos ($6.000.000), girado a nombre de Fabio Parra, y consignado en la cuenta de Concolombia en Davivienda. (Fl. 179 C. O. 2).

- 3115515, de noviembre 22 de 1.993, por setenta y cinco millones de pesos ($75.000.000), girado a nombre de Fabio Duque, y consignado en dicha cuenta en Davivienda. (Fl. 51 C. O. 3).

- 3115517, de diciembre 2 de 1.993, por cincuenta millones de pesos ($50.000.000), girado a Fabio Duque García, y consignado en la cuenta del mismo nombre en Davivienda. (Fl. 301 C. O. 4).

- 3115518, de diciembre 8 de 1.993, por cincuenta millones de pesos ($50.000.000) a nombre de Fabio Duque García y consignado en la cuenta de este nombre en Davivienda. (Fl. 52 C. O. 3).

- 3162074, de febrero 8 de 1.994, por treinta millones de pesos ($30.000.000) girado a Fabio Duque, y consignado en la cuenta de Davivienda. (Fl. 50 C. O. 3).

- 3162024, de marzo 3 de 1.994, por veinte millones de pesos ($20.000.000), a nombre de Fabio Duque y consignado en la cuenta de Davivienda. (Fl. 368 C. O. 4).

b) Cheques girados de la cuenta No. 8060-024804 0, del Banco de Colombia Oficina Principal de Cali, abierta a nombre de Export-Café Ltda, representada por Eduardo Gutiérrez.

- 3195795, de enero 20 de 1.994, por valor de veinte millones de pesos ($20.000.000), girado a nombre de Pedro Pérez y consignado en la cuenta de Fabio Duque en Davivienda. (Fl. 55 C. O. 3)

3214497, de marzo 30 de 1.994, por diez millones de pesos ($10.000.000), a nombre de Camilo Herrera y consignado en la cuenta de Prefabricados De Colombia En Davivienda. (Fl. 365 C. O. 4)

- 3214532, de abril 22 de 1.994, por seis millones de pesos ($6.000.000), girado a nombre de Camilo Jaramillo y consignado en la cuenta de Fabio Duque en Davivienda. (Fl. 56 C. O. 3).

- 3139949, de junio 10 de 1.994, por veinticinco millones de pesos ($25.000.000), consignado en la cuenta de Fabio Duque en Davivienda.

c) Cheques girados de la cuenta No. 8060-02529 0, del Banco de Colombia oficina principal de Cali, abierta a nombre de Comercializadora de Carnes del Pacífico Ltda., representada por Luis Alberto Amaya Orozco.

- 3331702, de septiembre 16 de 1.994, por valor de diez millones de pesos ($10.000.000), girado a nombre de Carlos Pérez y consignado en la cuenta de Concolombia en Davivienda. (Fl. 176 C. O. 2).

- 3371703, de octubre de 1.994, por diez millones de pesos ($10.000.000), girado a nombre de Carlos Pérez y consignado en la cuenta de Concolombia en Davivienda. (Fl. 182 C. O. 2).

- 3401337, de febrero 28 de 1.995, por ocho millones doscientos mil pesos ($8.200.000), girado a José A. Zapata y consignado en la cuenta del mismo nombre en Davivienda. (Fl. 60 C. O. 2).

d) Cheque girado de la cuenta No.8060-024863-9 del Banco de Colombia Oficina Principal de Cali, abierta a nombre de Distribuidora Agrícola La Loma, representada por Omar Pérez.

- 3213716, de mayo 20 de 1.994, por veinte millones de pesos ($20.000.000), a nombre de Camilo Jaramillo y consignado en la cuenta de Fabio Duque en Davivienda. (Fl. 53. C. O. 3).

e) Cheques girados de la cuenta No. 8023-023175-6 del Banco de Colombia Oficina Principal de Cali, abierta a nombre de Jorge Castillo Correa.

- 2400413, de Julio 18 de 1.991, por diez millones de pesos girado a nombre de Daniel Pineda y consignado en la cuenta de Concolombia Ltda en Granahorrar. (fL. 108 c. o. 4).

- 2815388, de diciembre 21 de 1.992, por valor de cuatro millones de pesos ($4.000.000), girado a nombre de Concolombia Ltda, y consignado en la cuenta de esa empresa en Concasa. (fL. 109 C. O. 4).

f) Cheque girado de la cuenta No. 8023-024594-5 del Banco de Colombia Oficina Principal de Cali, abierta a nombre de Omaira Gómez Galindo.

- 3049561, de agosto 24 de 1.993, por un millón de pesos ($1.000.000), girado a nombre de Juan Pérez y consignado en la cuenta de Prefabricados de Colombia en Davivienda. (fL. 370 C. O. 4).

g) Cheque girado de la cuenta No. 8023-923884-3 del Banco de Colombia Oficina Principal de Cali, abierto a nombre de Jesús Zapata Alvarez.

- 2798537, de noviembre 13 de 1.992, por ocho millones de pesos ($8.000.000), girado a Pedro Galindo y consignado en la cuenta de Concolombia Ltda. en Concasa. (Fl. 373 C. O. 4).

h) Cheques girados de la cuenta No. 8023-024399-3 del Banco de Colombia Oficina de Cali, abierta a nombre de Jaime Diego Pérez Varela.

2924705, de marzo 4 de 1.993, por diez millones de pesos ($10.000.000), girado a nombre de Fabio Parra y consignado en la cuenta de Concolombia Ltda., en la cuenta de Concasa. (Fl. 377 C. O. 4).

- 2924706, de mayo 4 de 1.993, por quince millones de pesos ($15.000.000), girado a nombre de Pedro Galindo y consignado en la cuenta de Concolombia Ltda. en Concasa. (Fl. 378 C. O. 4).

i) Cheque girado de la cuenta No. 8023-024406-0, del Banco de Colombia Oficina Principal de Cali, abierta a nombre de Edgar Castillo.

2889334, de febrero 19 de 1.993, por cinco millones de pesos ($5.000.000), girado a nombre de Fabio Parra y consignado en la cuenta de Concolombia Ltda. en Concasa. (Fl. 379 C. O. 4).

j) Cheque girado de la cuenta No. 8023-024 401-5, del Banco de Colombia Oficina Principal de Cali, abierta a nombre de Jesús Armando Piedrahita Solarte.

- 2894452, de febrero 16 de 1.993, por diez millones de pesos ($10.000.000) girado a Jesús Piedrahita y consignado en la cuenta de Concolombia Ltda. en Concasa. (Fl. 420 C. O. 4)

4o.- La explicación que el acriminado da sobre el motivo por el cual recibió tan considerable cantidad de dinero, se limita a que fue fruto de la venta de dólares, negocios que realizó con los señores Jaime Robledo, Edgar Gallego, Rodrigo Estrada, Alvaro Castaño Gallego, Abraham Chacón Garavito, Jairo Cardona Calvera, Federico Mejía Mejía, Mauricio Londoño Jaramillo y Pedro Nel Gálvez. La operación consistía en recibir los cheques y cuando se hacían efectivos entregaba los dólares.

Oídas en declaración bajo juramento todas las personas mencionadas, si bien aceptan haberle vendido dólares, y algunos de ellos haberle comprado, en forma unánime lo desmienten en cuanto a que dentro de ese negocio se reciban o se entreguen cheques, pues el sistema de compra y venta es simplemente en efectivo. Y concretamente sobre los títulos valores que el implicado dice haber recibido por venta de divisas, sin excepción, de manera enfática, niegan habérselos entregado.

Así las cosas, es muy claro que la afirmación del procesado no tiene ningún respaldo, y que no obstante que se recibió la versión de las perso-

nas que citó como testigos, antes que corroborar su coartada contribuyeron a poner en evidencia que está faltando a la verdad en cuanto al origen de los cheques en cuestión.

Obviamente que sobre la falta de credibilidad de la excusa ya existían importantes elementos de juicio, pues no puede pretender que la Corte caiga en el absurdo de creer que vendió tan elevada suma de dólares que le pagaron con cheque, y simplemente no supo a quién le vendió, tesis que sería más razonable si la operación hubiera sido en efectivo. De otra parte, rompe la más elemental regla de la experiencia, la aseveración de que desconocidos le entregaban cheques por setenta y cinco millones de pesos, cincuenta millones de pesos, treinta millones de pesos etc., para que los consignara en sus cuentas y cuando fueran pagados les diera los dólares, sin ninguna garantía, y solamente, como lo dice en la injurada, con el respaldo de negociar con Rodrigo Garavito cuya honorabilidad es pública.

Se le olvida al procesado que ninguno de esos cheques fue girado a su nombre, y que incluso en algunos de ellos dejaron en blanco el espacio para anotar el beneficiario, tarea que en ocasiones ejecutó el Congresista directamente, y en otras sus empleados, hechos que hacen aún más inverosímil el relato sobre las supuestas negociaciones con desconocidos que se conformaban con tener como única garantía su honorabilidad.

Pero es más, la explicación respecto al cheque de setenta y cinco millones de pesos ($75.000.000) que giró Jairo Ortiz M., a nombre de Fabio de Jesús Duque García, el cual fue consignado el 27 de noviembre de 1.993, consiste en que fue una venta de dólares efectuada en su oficina de la transversal 9 No. 55-67 de Bogotá, a un hombre llamado «Humberto» que le decía «el negro» en donde recibió dicho título. La falsedad de esa afirmación es ostensible no sólo por su contenido sin fundamento, sino porque ocurre que el cheque fue consignado en Davivienda, Oficina Plaza de Caycedo en Cali, tal como lo revela el recibo de consignación obrante en el folio 38 del anexo No. 2, y lo registra el extracto del folio 37, en donde textualmente dice: «Depósito efectuado en otra ciudad Plaza Caycedo».

Ahora, la justificación que ofrece de que en una operación de venta de dólares recibió el cheque, y alguna vez que estuvo en Cali lo consignó, es inaceptable y rompe la naturaleza propia de esas negociaciones. Está fuera de toda lógica aspirar a que se le crea que el comprador no sólo entregaba el dinero a cambio de nada, sino que además esperaba a que en una ocasión que el vendedor fuera a Cali lo consignara.

En síntesis, que el doctor Garavito en algunas oportunidades comprara y vendiera dólares es un hecho que los testigos corroboran, pero así mismo descartan toda posibilidad de que los cheques objeto de la inves-

tigación hayan sido entregados por ese concepto, luego siguen siendo injustificada la razón de ser de esos ingresos.

5o.- Las pruebas recaudas revelan que el doctor Garavito siempre tuvo el cuidado de que los cheques en comento no fueran girados a su nombre ni al de sus empresas, y fue tan intensa su preocupación en ese sentido, que no solamente abusó de la autoridad que ejercía sobre sus empleados, haciéndolos aparecer como beneficiarios, sino que no tuvo ningún reparo en llegar hasta la comisión de un delito para lograr su propósito.

Para demostrar lo primero basta observar los testimonios de los empleados, confirmados con las fotocopias de los numerosos cheques girados a nombre de Pedro Galindo, Director de Tramitación y Ventas de Concolombia Ltda., y de Fabio Parra, conductor del imputado.

En cuanto a lo segundo, la versión de Janeth Barbosa Cruz puso al descubierto que su jefe le ordenó abrir una cuenta corriente en el Banco Real de Colombia, sucursal Avenida Jiménez, a nombre de José Arley Valencia, persona a quien ella no conoce, pero cuya fotocopia de la Cédula de ciudadanía le fue aportada. Para lograr el propósito encomendado la autora elaboró y suscribió la solicitud de apertura y el contrato incorporado, así como la tarjeta de firmas. La apertura fue el 3 de marzo de 1.994, y le correspondió el número 037-50982-5; se saldó el 6 de abril del mismo año.

Además de los testimonios y los documentos que acreditan el hecho, existe el dictamen pericial que confirma la conducta desempeñada por Yaneth.

Posteriormente, en la diligencia de indagatoria el implicado aceptó no sólo lo expuesto por su secretaria, sino que agregó que la cuenta de ahorros No. 0088-0013845-8, abierta a nombre de Fabio de Jesús Duque García en Davivienda Oficina Marly, el 22 de noviembre de 1993, fue asumida por él, de modo que de su puño y letra suscribió la tarjeta de registro de firmas, en donde además se impuso una huella digital, y luego las órdenes de retiro de fondos. La conducta del implicado está confirmada por el dictamen pericial.

Así mismo, a Armando Arias, empleado suyo, que en todos los casos consiguió las fotocopias de las cédulas que fueron utilizadas para esos ilícitos menesteres y efectuó los trámites correspondientes, le ordenó que llenara los documentos para abrir otra cuenta en Davivienda Sucursal Marly, a nombre de José A. Zapata Castillo, lo cual efectivamente se cumplió el 24 de febrero de 1.995, y le correspondió el número 0088-0156773-3. Este hecho también está corroborado por el dictamen pericial.

En el Banco Real oficina Avenida Chile de Bogotá, se abrió por instrucciones del Congresista otra cuenta irregular el 9 de marzo de 1.992,

con el número 05901480-3, a nombre de Fabio de Jesús Duque García, la cual fue saldada el 7 de Julio de 1.993. Como dijo no recordar quién fue la persona encargada de firmar los documentos para su apertura y de girar los cheques, al resolverse su situación jurídica se ordenó compulsar copias para que la autoridad competente investigue ese aspecto. En el anexo 10 obra la solicitud de apertura de la cuenta con el contrato incorporado, así como la tarjeta de firmas.

A juicio de la Sala, la conducta realizada por el implicado en el caso de la cuenta abierta en Davivienda a nombre de Fabio de Jesús Duque, cuya fotocopia de la cédula se anexó, lo convierte en autor de falsedad material en documento privado, pues al llenar la tarjeta con datos que no corresponden a quien realmente va a hacer uso de la cuenta, incluyendo una firma y una huella falsas, hay alteración de la verdad, hay elaboración total de un documento privado falso, con el cual se establece una relación jurídica con la entidad bancaria, dándole así el uso necesario para la tipificación de la conducta.

Como se dijo en la definición de la situación jurídica, la tarjeta de apertura es un documento que sirve de prueba de la relación establecida entre el Banco y el titular de la cuenta, de modo que su falsificación por afectar la seguridad de la prueba documental, afecta la fé pública.

Los efectos fiscales que de la situación planteada se derivan en contra de quien por haber sido usado su nombre e identidad aparece con un movimiento bancario que en realidad no le pertenece, y además, el haberse ejecutado como un medio para lograr el ingreso de dineros de ilícita procedencia ocultando al verdadero beneficiario, descartan la tesis de la falsedad inocua.

Estas mismas razones sirven de fundamento para concluir, que respecto de las cuentas abiertas por Yaneth Barbosa (José Arley Valencia), Armando Arias (José A. Zapata) y la persona cuya identidad no se ha establecido (Fabio de Jesús Duque), las cuales según la propia versión del sindicado se abrieron por orden suya, existe responsabilidad por esas falsedades en documento privado, pero a título de determinador.

El Representante Garavito aduce dos motivos para tratar de justificar la apertura irregular de esas cuentas, ambos igualmente inaceptables. El primero consiste en tratar de hacer aparecer esos hechos como absolutamente normales y como una costumbre generalizada de la empresa privada del país, planteamiento francamente absurdo, porque la violación de la ley penal no puede explicarse con el argumento de la costumbre mercantil, y no tiene ninguna presentación pretender, en el evento de que eso sea cierto, que porque muchos empresarios abren cuentas con documentos falsos, esa infracción colectiva le quita el carácter de reprochable social y jurídicamente.

Dentro de marco similar, el defensor plantea que lo que ocurrió fue el fenómeno de «La Estipulacion para otro», previsto en el artículo 1.506 del Código Civil. Como es obvio, el argumento es un verdadero despropósito frente a los hechos acreditados en el proceso, pues como lo señala la jurisprudencia que cita, en esos casos el estipulante asume la responsabilidad de cara al otro contratante, y se establece que se contrata en favor de un tercero, no como actuó el doctor Garavito, ocultándose detrás de quienes le sirvieron para ejecular el reprobable acto. Además, es insolito que se acuda a una tesis que no respalda el propio implicado, pues según lo ha reiterado en sus exposiciones, y lo demuestran los hechos, las cuentas no las abrió para otro sino para ser manejadas por él y depositar allí dineros girados a su favor, los cuales provinieron exclusivamente de cuentas de fachada.

Y adicionalmente, el defensor incurre en una abierta contradicción al introducir la propuesta de la existencia de una estipulación para otro, olvidando que parrafos antes afirmó lo que a continuación se transcribe: «Fue por ello por lo que el doctor Garavito dispuso la apertura de cuentas corrientes a nombre de otras personas, cuentas que ha calificado como «b» o «de izquierda», manejadas directamente por aquél, las que también podrían ser operadas por su cónyuge en el evento del secuestro». Es muy claro que los contratos no se suscribieron en favor de Fabio de Jesús Duque, José Arley Valencia y José A. Zapata.

El segundo motivo se basa en que por la inseguridad del país y las amenazas de secuestro de que fue objeto, y ante lo prohibición de la ley 40 de 1.993 de que se dispusiera de bienes para cancelar el rescate, optó por abrir esas cuentas que llama de la izquierda o «B», para tener recursos por si le ocurría alguna cosa.

Al respecto son oportunas las siguientes precisiones que ponen al descubierto la inconsistencia de su coartada: la ley 40 de 1.993 fue promulgada el 20 de enero de 1.993, de modo que cuando abrió la primera cuenta a nombre de Fabio de Jesús Duque García en el Banco Real de Colombia, el 9 de marzo de 1.992, no existía ninguna prohibición respecto a la disposición de recursos para pagar rescates, y de otra parte, las cantidades que allí se movieron eran muy pequeñas, factor que no armoniza con la tesis de un posible secuestro.

Al interrogársele en la indagatoria sobre este concreto tema, resultó con otra explicación que descalifica la inicial. Dijo: «Yo he sido reiterativo en el sentido de que significa que todas las empresas que tengan un volúmen de operaciones yo diría superior a los 30, 40, 50 millones de pesos anuales acostumbran a tener cuentas paralelas, de la izquierda o cuentas B, que son de la órbita de la competencia de la compañía principal, pero como no conozco el volúmen me tengo que atener a lo que el señor Magistrado me informa».

La cuenta a nombre de Fabio de Jesús Duque García en Davivienda, Oficina Marly en Bogotá, fue abierta el 22 de noviembre de 1.993, es decir, casi un año después de empezar a regir la ley 40 de 1.993, y un año después de que el segundo inciso del artículo 7o. fue declarado inexequible por la Corte Constitucional. (sentencia abril 28 de 1.994) aún se mantenía abierta.

La simple apreciación de la fechas pone de relieve que no guardan ninguna armonía con la circunstancia que se dice motivó la apertura de la cuenta. Pero no es lo único. Analizados los extractos de los meses en que tuvo movimiento, se observa que una vez entraba una suma alta de dinero casi de inmediato se procedía a su retiro, de manera que los saldos que se mantenían eran muy bajos como para pensar que esa era una reserva para pagar un secuestro.

Y como para que no quede ninguna duda sobre la mendacidad de la explicación, la persona que hacía la firma de Fabio de Jesús Duque para poder hacer los retiros era precisamente Rodrigo Garavito, luego no es cierto que la idea fuera dejar dinero disponible para que su esposa pudiera pagar en caso de que le ocurriera algo.

La cuenta a nombre de José Arley Valencia en el Banco Real de Colombia sólo estuvo vigente un mes, del 3 de marzo al 6 de abril de 1.994, y se utilizó para pasar allí cincuenta millones setecientos mil pesos ($50.700.000) retirados de la cuenta de nombre Fabio Duque, sobre los cuales se giró de inmediato, de manera que a fin de mes el saldo era de sólo ocho millones de pesos, y allí no se volvió a consignar hasta que fue saldada.

Obvio resulta también que esta cuenta no tiene nada que ver con el supuesto plan de tener un dinero disponible para una emergencia en caso de un atentado contra la libertad individual.

El 24 de febrero de 1.995, cuando Armando Arias abrió la cuenta a nombre de José A. Zapata Castillo por orden de su jefe Rodrigo Garavito, ya la parte pertinente de la ley 40 de 1.993 hacía casi un año que había sido declarada inexequible, y allí se consignó únicamente un cheque por valor de ocho millones doscientos mil pesos ($8.200.000), que según documentos incautados a Miguel Rodríguez eran para un viaje a México, el cual el Congresista efectivamente realizó.

Es claro que demostrando, como en efecto se acaba de hacer, que las cuentas no se abrieron previendo la eventualidad de un secuestro y para burlar la Ley 40 de 1993, sino para fines diferentes, el planteamiento que hace el defensor sobre un posible estado de necesidad se cae por su base, pues él parte de un supuesto que para la Sala no existe.

No obstante lo anterior, y que el letrado presenta el tema sin entrar en mayores detalles, es oportuno recordar que entre las características que

debe reunir el peligro constitutivo del estado de necesidad está el que no sea evitable de otra manera, y resultaría absurdo que se aceptara que una persona que asegura haber mantenido siempre mucho dinero en efectivo a su disposición, para guardar una modesta suma (que fue lo que en la práctica se mantuvo como saldo), era inevitable que abriera mediante falsedad en documentos cuatro cuentas bancarias, -dos corrientes y dos de ahorros-.

La tesis que aduce el memorialista, en el sentido de que a partir de una amenaza el destinatario de ella queda facultado para adoptar las medidas necesarias para conjurar el peligro, en principio no parece merecer objeción, pero dentro del contexto en que él la emplea sí, pues no se puede aceptar que esa situación le genere al amenazado un salvoconducto para delinquir en forma preparada y ponderada, pues todo lo contrario, está obligado a acudir a los medios que le permitan proteger su derecho sin violar la ley.

6.- Visto lo anterior, surge la inevitable pregunta, ¿ Cuál era la razón para que el Congresista tratara de ocultar por todos los medios, incluso ilícitos, que había recibido los cheques tantas veces mencionados?

Teniendo en cuenta que las acciones ejecutadas fueron previamente planeadas, y adoptadas de manera deliberada como una estrategia de ocultamiento, surge como respuesta inicial obvia que el doctor Garavito tenía pleno conocimiento de «algo» que lo llevaba a obrar de esa manera, y ese «algo» ha sido establecido por la investigación, como se verá a continuación.

Lo probado con relación a cada una de las personas y sociedades benefactoras del doctor Garavito es lo siguiente:

a) Jairo Omar Ortiz Molineros, cuenta No. 8023-024597-5 del Banco de Colombia oficina principal de Cali. Fue abierta utilizando la cédula de ciudadanía No. 14'970.249 expedida en Cali, documento original que fue encontrado en el allanamiento practicado en el Edificio Santa Rita junto con otros que estaban en poder de Miguel Rodríguez Orejuela. (anexo 15). La firma impuesta en la tarjeta de apertura es totalmente diferente a la que aparece en la cédula, lo que corrobora que fue utilizada por personas distintas a su verdadero titular.

Guillermo Pallomari González desde su primera versión la señaló como una de las cuentas de fachada utilizadas por Miguel Rodríguez, y en la indagatoria precisa que los documentos para la apertura fueron llenados en la oficina de éste, y los cheques firmados por Jorge Castillo cumpliendo órdenes de Rodríguez Orejuela. Textualmente agrega: «Eso es una cuenta corriente que era equivalente a LTD 4. Esa cuenta corriente fue abierta en el Banco de Colombia principal Cali, con cédula falsa o la persona no

tenía idea que lo estaban utilizando para esa actividad, estas cédulas las suministraba el señor Julián Murillo».

Este mismo documento de identidad fue utilizado para constituir la sociedad Representaciones Jaiger Ltda., en donde además de Ortiz Molineros figura como socio Germán Acosta Vilardy, cuya cédula original también fue encontrada en poder de Miguel Rodríguez, junto con la primera copia de la escritura de la sociedad mencionada, y la tarjeta de apertura de la cuenta corriente 81360038-4 del Banco de Ganadero de Cali, sucursal calle 9a.

La cuenta a nombre de Jairo Ortiz Molineros aparece en los cruces de dinero con otras cuentas manejadas por Miguel Rodríguez, recibiendo sumas cuantiosas en cheques girados por Export-Café Ltda, y Distribuidora Agrícola La Loma Ltda, y a su vez girando a favor de Eduardo Mestre, Alberto Giraldo, Julián Murcillo y otras personas investigadas.

Julián Murcillo dice en su indagatoria que los cheques girados a su favor por «Jairo Ortiz M.» los recibió en la oficina de Guillermo Pallomari, y éste manifestó en su testimonio y demás intervenciones, que los cheques que allí entregaba los recibía de manos de Miguel Rodríguez, aspectos que cierran el círculo y no dejan duda sobre el papel cumplido por esta cuenta y lo bien merecido que tiene el calificativo de ser de fachada.

b) Export Café Ltda., representada por Eduardo Gutiérrez.

En la inspección practicada el 17 de abril de 1995 en la Notaría 4a. del Círculo de Cali, se estableció por medio de perito, que quien suscribió la Escritura de Constitución No. 2810 del 8 de septiembre de 1992, es una persona diferente al verdadero titular de la cédula No. 16'642.433 expedida a Eduardo Gutiérrez Ardila, lo que indica que ese documento fue utilizado ilícitamente.

Luego, mediante dictamen de 26 de mayo de 1995, se constató que la persona a quien se le expidió la cédula No. 16'642.433, no fue la misma que plasmó la impresión dactilar en la tarjeta de apertura de la cuenta corriente No. 8060-024804-0 del Banco de Colombia Oficina Principal de Cali, abierta el 15 de diciembre de 1993 y saldada el 9 de agosto de 1994.

Además, en el allanamiento realizado en el edificio Colinas de Santa Rita de Cali, los días 15 y 16 de julio de 1995, se encontró en poder de Miguel Rodríguez la primera copia de la escritura de constitución de Export-Café Ltda., No. 2810, y un buen número de hojas en blanco firmadas por Eduardo Gutiérrez.

Informe del Cuerpo Técnico del 1o. de marzo de 1995, hace saber que en la dirección registrada en el Banco de Colombia para la apertura de la

cuenta, carrera 7a. No. 11-22 of. 403 de Cali, nunca funcionó dicha empresa, y en ese lugar los investigadores encontraron instalada a la firma Inversiones Vallejo Asociados.

En su indagatoria Guillermo Pallomari dijo: «...la constitución de Export-Café Limitada, empresa de fachada, se constituyó con el objetivo de abrir una cuenta corriente en el banco de Colombia Principal, sucursal Cali, para llevar el control por separado de los cheques girados por las elecciones en el Senado y la campaña presidencial del señor Ernesto Samper. Los orígenes de estos dineros son así: aproximadamente el sesenta por ciento lo aportaron los señores Miguel Rodríguez Orejuela, Gilberto Rodríguez Orejuela, José Santacruz Londoño, Elmer Herrera Builrago, conocido como Pacho Herrera; el cuarenta por ciento restante el señor Miguel Rodríguez Orejuela elaboró una lista de personas amigas del departamento del Valle, las cuales en esa lista se les ponía una cuota como posible aporte a las campañas del Senado como la presidencial. Gran parte de esa lista la conformaban personas dedicadas al narcotráfico, los cuales aportaron dinero para esa cuenta corriente».

También dice que la cuenta de Export-café figuraba en la contabilidad como LTD 4 Especial, y que la sociedad fue constituida por Miguel Rodríguez con cédulas de personas que no estaban enteradas.

c) Comercializadora de Carnes del Pacífico Ltda., representada por Luis Alberto Amaya Orozco.

La sociedad fue constituida mediante Escritura Pública No. 3.829 del 8 de junio de 1994, en la Notaría Novena de Cali. En el dictamen del Cuerpo Técnico de la Fiscalía rendido el 25 de mayo de 1995, se concluye que las impresiones dactilares plasmadas en la tarjeta de apertura de la cuenta corriente de esta sociedad, No. 8060-025029-0 del Banco de Colombia Oficina Principal de Cali, y las impuestas en las tarjetas de las cuentas corrientes de las sociedades Asesorías Cosmos y Constructora Tremi corresponden a la misma persona, no obstante que los representantes legales utilizan nombres diferentes. Además, dicha huella no corresponde a la que existe en las tarjetas decadactilares de cada uno de los titulares de las cédulas de ciudadanía utilizadas, luego es claro el procedimiento fraudulento que se empleó.

En el allanamiento en el edificio Santa Rita de Cali, se estableció que en poder de Miguel Rodríguez estaban los sellos utilizados para el giro de cheques por las sociedades Comercializadora de Carnes del Pacífico Ltda., Distribuidora de Productos Agrícolas El Diamante Ltda., Asesorías Garvar Ltda. Constructora Tremi Ltda. y Asesorías Cosmos Ltda.

d) Distribuidora Agrícola La Loma, representada por Omar Pérez.

El cotejo dactiloscópico dio como resultado que la persona que abrió la cuenta no es la titular de la Cédula de Ciudadanía No. 14.993.896, utilizada para ese fin y para la constitución de la sociedad.

Además de Omar Pérez, el otro socio es Luis Fernando Ortega Fernández, persona diferente a la que figura en la cédula de ciudadanía, como quiera que según el estudio del perito las huellas dactilares no coinciden, lo que indica que la sociedad es completamente fantasma, pues a esto se suma que en la dirección registrada nunca funcionó esa empresa.

Pallomari dice que es una cuenta de fachada, clasificada como LTD 4 y manejada por Miguel Rodríguez Orejuela.

d) Omaira Gómez Galindo y Jesús Armando Piedrahíta Solarte.

Respecto a la primera Pallomari dice en la injurada: «Es el nombre de una cuenta corriente que es equivalente a LTD 2, se abrió en el Banco de Colombia sucursal Principal de Cali, con cédula falsa o la persona no estaba enterada de la utilización de su nombre, esta cédula la suministró el señor Julian Murcillo, la firma de Omaira Gómez era realizada por mi persona, para esta actividad las tarjetas de apertura de esta cuenta se llevaron a mi oficina, por medio de un mensajero se llevaron a la oficina nuestra para ser firmadas, todos los talonarios se firmaban con cheques en blanco».

En cuanto a la cuenta de nombre Jesús Armando Piedrahíta, en su versión Pallomari dice que la firma era hecha por él, y reconoce numerosos cheques que fueron elaborados por Miguel Rodríguez, por cuanto los talonarios se firmaban en blanco.

El análisis grafotécnico que obra en el folio 517 del cuaderno original número 5, confirma que efectivamente las firmas de Omaira Gómez y Jesús Armando Piedrahíta que obran en las tarjetas de control de firmas del Banco de Colombia, fueron elaboradas por Guillermo Alejandro Pallomari González.

e) Jorge Castillo Correa, Edgar Castillo y Jaime Diego Pérez Varela.

El primero, identificado con la cédula de ciudadanía No. 16.599.376 expedida en Cali, fue la persona que atendió el allanamiento practicado el 16 de julio de 1995 al apartamento 402 de la avenida 3 oeste No. 13 86 de la ciudad de Cali, con el fin de capturar a Miguel Rodríguez Orejuela, a cuyo servicio se encontraba en calidad de secretario personal.

Con su nombre e identidad se abrió la cuenta No. 8023-023175-6 del Banco de Colombia Oficina Principal de Cali, por orden de su jefe, quien firmaba los cheques, según lo afirma Guillermo Pallomari.

A nombre de Edgar Castillo se abrió la cuenta No. 8023-024406-0, en el mismo banco de la anterior.

Sobre ella dice Pallomari: «Esta es una cuenta corriente que se abrió para LTD 4. la persona que firma los cheques como Edgar Castillo es el señor Miguel Rodríguez, la apertura de esta cuenta fue lo mismo que las anteriores».

Con relación a Jaime Diego Pérez Varela, nombre que se empleó para abrir la cuenta No. 8023-024399-3 del Banco de Colombia, señaló el mismo declarante que es una LTD 2, y que los cheques eran firmados por Miguel Rodríguez.

En el allanamiento efectuado en el Edificio Colinas de Santa Rita de Cali, se encontró en poder de Miguel Rodríguez copia de la escritura No. 3.361 del 8 de julio de 1995, otorgada ante la Notaría Tercera de Cali, por la cual se constituyó la sociedad Constructora Copeva Ltda., cuyos socios son Omaira Gómez Galindo y Jaime Diego Pérez Varela. Se observa que las firmas estampadas en ese documento son muy diferentes con las que aparecen en los cheques girados contra las cuentas abiertas a su nombre.

El Jesús Zapata Alvarez, conocido como Mateo, conductor y empleado de confianza de Miguel Rodríguez con quien fue capturado el 6 de agosto de 1995. Utilizando su nombre se abrió la cuenta corriente No. 8023-923884-3 en la Oficina Principal del Banco de Colombia en Cali, cuyos cheques eran firmados por su patrón.

Se encargó de hacer efectivos numerosos cheques girados de las distintas cuentas manejadas por Miguel Rodríguez, tal como figura en los respectivos endosos. En el testimonio rendido ante esta Corporación, manifestó que la firma que aparece registrada en la tarjeta de la cuenta abierta a su nombre no es la suya, aunque admite que sí lo es el número de cédula que aparece debajo de la misma.

Como queda visto, no hay ninguna duda de que las cuentas de donde le giraron los cheques al doctor Rodrigo Garavito son de fachada, y no es que se les de ese nombre porque Guillermo Pallomari las haya calificado así en sus distintas exposiciones, sino porque al ser analizadas una a una se encontró que efectivamente fueron abiertas por personas distintas de aquéllas a quienes se les expidieron los documentos que se utilizaron para su apertura, y en el caso de las de sociedades giradoras se estableció que éstas también fueron constituidas de manera fraudulenta.

Pallomari afirma que detrás de todas esas sociedades y cuentas de fachada está Miguel Rodríguez Orejuela, pero no es su versión el único elemento de juicio para que ese hecho se tenga por probado, pues en las

actividades realizadas por la policía en su persecución se fueron recaudando importantes elementos de juicio, como las escrituras de constitución de las sociedades, los sellos utilizados para girar los cheques, hojas firmadas en blanco, etc., objetos que efectivamente vinculan a este sujeto con dichas sociedades y cuentas.

Pero lo que no deja ningún margen de discusión, es que es el propio Miguel Rodríguez Orejuela quien en su indagatoria confirma la relación laboral que tenía con Guillermo Pallomari, y la existencia de las sociedades y cuentas de fachada que fueron abiertas en Cali, las que clasifica en LTD1, LTD2 y LTD4, luego la pretensión del defensor de que no se le dé credibilidad a lo dicho por Pallomari por ser un testigo sospechoso por las circunstancias en que se encuentra, carece por completo de fundamento, pues no sólo está demostrado que dijo la verdad, sino que independientemente de esa prueba hay muchas otras que demuestran los hechos por él narrados.

Y en este punto es oportuno reiterar lo dicho en el auto de abril 26 del presente año, ante la insistencia del defensor en tergiversar las palabras de la la Sala, pues lo que se calificó como carente de seriedad no fue la petición de repetir el testimonio de Pallomari, sino que habiendo dejado de participar en él teniendo oportunidad para hacerlo, pues se decretó el 30 de noviembre y se recibió el 6 de diciembre, dijera en el memorial sustentatorio de la reposición que se le estaban desconociendo garantías.

En cuanto a que el testimonio de Pallomari no pueda ser tenido en cuenta en la calificación del proceso por no haber podido ejercer el derecho de controvertirlo, tesis que sostiene la defensa, nuevamente se le responde que esa fue una prueba decretada y practicada legalmente, respecto de la cual ha sido tal el ejercicio de la controversia, que en múltiples oportunidades, incluyendo el alegato de conclusión, ha sido atacada su credibilidad y validez por el mismo sujeto procesal que alega no haber tenido oportunidad de cuestionarla.

Volviendo al tema de Miguel Rodríguez Orejuela y su dominio sobre las cuentas de fachada, hechos éstos que como se vio están suficientemente demostrados, es procedente pasar a analizar el origen de los recursos que se manejaron a través de ese sistema.

Para empezar, es muy importante traer a colación los datos que aporta el defensor en su alegato, los cuales obtiene del análisis de los extractos y consignaciones de las cuentas de fachada que fueron remitidos por la fiscalía, y de otros datos que acompaña a su escrito, muestra que aunque califica de incompleta, es suficiente para los fines probatorios que interesan al proceso. Dice así:

En la cuenta de nombre Jairo Ortiz Molinares, entre julio de 1993 y marzo de 1994, se consignaron nueve mil cuatrocientos millones de pesos ($9.400.000.000) en cheques.

En la cuenta de nombre Omaira Gómez Galindo, entre julio de 1993 y abril de 1994, se efectuaron ciento catorce (114) consignaciones, por un valor de Seis mil novecientos doce millones de pesos ($6.912.000.000), todas en cheques.

En la cuenta de Export Café Ltda, faltando algunos extractos, se efectuaron setenta y seis (76) consignaciones, por un valor aproximado de siete mil novecientos ochenta y cuatro millones (7.984.000.000), de los cuales menos de cien millones fueron en efectivo y el resto en cheques.

En la cuenta de nombre Jorge Castillo se efectuaron doscientas siete (207) consignaciones por valor de dieciseis mil doscientos noventa y nueve millones de pesos ($16.299.000.000), de las cuales sólo doce por menos de cincuenta millones de pesos fueron en efectivo, las demás en cheques.

En la cuenta de Comercializadora de Carnes del Pacífico Ltda., se efectuaron noventa y nueve (99) consignaciones por un valor de nueve mil doscientos veintinueve millones de pesos ($9.229.000.000), todas en cheques.

En la cuenta de Distribuidora Agrícola La Loma Ltda, se realizaron once (11) consignaciones, por valor de ochocientos setenta y seis millones de pesos ($876.000.000).

Se debe destacar que las anteriores no son todas las cuentas de fachada manejadas por Miguel Rodríguez, sino algunas de ellas, e incluso hay muchas otras de donde no se giró dinero al doctor Garavito, y también se manejaron sumas de dinero muy elevadas.

Pues bien, Miguel Rodríguez en la indagatoria confiesa haberse dedicado desde 1982 a la actividad del narcotráfico, inicialmente colaborándole a su hermano Gilberto, y después ya ejecutando sus propios negocios de droga, cuyas ganancias manejaba a través de las cuentas de fachada. También dice que obtenía ingresos ejerciendo la profesión y prestando algunas asesorías, y que el dinero de legítima procedencia se movía en las cuentas numeradas como LTD 1.

Aplicando el más elemental sentido común, y apreciando con objetividad las cantidades de dinero que llegaron a las cuentas de fachada, no queda alternativa distinta a inferir que su origen no fue el ejercicio profesional de Rodríguez, ni sus honorarios por las asesorías, ocupación respecto de la cual no hay ninguna prueba, y que por lo demás en los últimos años es claro que no pudo desempeñar por vivir en la clandestinidad. Entonces, ese dinero no puede ser sino producto de la otra actividad que confiesa, respecto de la cual la regla de experiencia enseña que produce

descomunales utilidades, y que el mismo Rodríguez califica como muy rentable.

El asesor contable de Rodríguez, además de coincidir con él en cuanto a que el dinero consignado en las cuentas de fachada era obtenido en la actividad del narcotráfico, en su injurada explica que a las cuentas LTD 4 ingresaron recursos aportados por Gilberto Rodríguez, también confeso narcotraficante, y otras personas dedicadas a esa actividad y cuya vinculación a procesos judiciales es conocida.

Como puede verse, no es que la Corte desconozca la presunción de la inocencia, ni que suponga infundadamente que los dineros provienen del narcotráfico, como lo afirma el defensor, sino que hay prueba documental, testimonial e indiciaria que conduce a esa conclusión, y no puede la Sala dejarse llevar a la extrema tesis de que para que se configure el punible hay que establecer que los billetes recibidos en negocios de narcotráfico son los mismos que se le entregan al que se enriquece ilícitamente; o la igualmente ilógica, de que lo pagado en sobregiro no es dinero del narcotraficante que maneja la cuenta sino del Banco; o la de que el dinero producto de actividades ilícitas que entra a una cuenta corriente pierde su carácter originario, «y se transforma en un solo fondo con los demás dineros de los clientes y del mismo Banco».

No hay duda de que en los Bancos en donde se abrieron las cuentas corrientes de fachada manejadas por Miguel Rodríguez, así como en donde se abrieron las cuentas también de fachada del doctor Garavito Hernández, se cometieron irregularidades que la fiscalía conoce y al parecer investiga desde el inicio del proceso del cual se derivaron los demás, pero ello no puede dar lugar a que la responsabilidad del acriminado se traslade a esas entidades, pues como es obvio, cada uno tiene que afrontar las consecuencias de su conducta. Qué interesante sería para los delincuentes, que se estableciera que cuando fallan los organismos de control y vigilancia sus delitos quedan impunes.

La excusa de que el Congresista recibió el dinero porque no sabía de quién eran las cuentas corrientes de donde fue girado no tiene ninguna aceptación, pues como está demostrado, tan cierto era su conocimiento del origen de esos recursos, que en todos los casos, sin excepción, se ocultó detrás de un primer beneficiario, que en algunos eventos simplemente no existe, en otros eran sus empleados, y en donde mayor cantidad recibió, - cuenta a nombre de Fabio Duque en Davivienda- fue creada por él con el específico fin de esconder el incremento patrimonial injustificado.

De otra parte, también hay prueba suficiente de que entre el Congresista Garavito y Miguel Rodríguez hay una relación establecida de tiempo atrás, como lo indica Pallomari en su testimonio, lo demuestran las órdenes de alojamiento y la factura del Hotel Inter Continental cancelada por

Rodríguez, y lo acepta el mismo acriminado, aunque se apoya en el hecho de pertener a una Comisión de la Cámara que obligaba a ese acercamiento, lo cual puede ser cierto, pero ello antes que desvirtuar la relación, la confirma.

El defensor se equivoca al afirmar que en el auto de detención se imputó como enriquecimiento ilícito el pago del alojamiento y la comida en el hotel, así como el haber recibido camisetas para la campaña Samper Presidente, pues el punible se circunscribió al recibo de una considerable suma de dinero, que se incrementó con las pruebas recaudadas posteriormente. Y valga aclarar, que no se está diciendo que esos hechos no pueden en determinadas circunstancias constituir enriquecimiento ilícito, sino que en el caso concreto que aquí nos ocupa, no se endilga como tal.

7o.- La Sala estima que la conducta del procesado se adecua a la figura del enriquecimiento ilícito de particulares, prevista en el artículo 10 del Decreto 2266 de 1.991, cuyo texto dice:

«El que de manera directa o por interpuesta persona obtenga para sí o para otro incremento patrimonial no justificado, derivado, en una u otra forma, de actividades delictivas, incurrirá por ese solo hecho en prisión de cinco (5) a diez (10) años y multa equivalente al valor del incremento ilícito logrado».

Como se desprende de su lectura, la norma no restringe el sujeto activo a que sea la misma persona que realiza la actividad ilícita, sino que quien obtiene el incremento patrimonial injustificado (que es la conducta que aquí se sanciona), puede ser alguien ajeno a ella.

El ingrediente normativo que contiene el tipo, según el cual el incremento patrimonial debe ser «derivado de actividades delictivas», entendido según la sentencia de revisión constitucional como de narcotráfico, no puede interpretarse en el sentido de que debe provenir de una persona condenada por ese delito, pues el legislador hizo la distinción refiriéndose únicamente a la «actividad», y dejando en manos del juzgador la valoración sobre si es delictiva o no, independientemente de que por ese comportamiento resulte alguien condenado.

Sería absurdo que se considerara legítimo el incremento patrimonial injustificado de una persona, por haber sido derivado de la actividad del narcotráfico de otra en cuyo favor se declaró la extinción de la acción penal por muerte, o por prescripción, o por el reconocimiento de una causal de inculpabilidad etc., pues eso implicaría que la norma únicamente se podría aplicar a quien recibiera dinero después de la condena ejecutoriada, alternativa que si el legislador hubiera considerado la habría incluido en el tipo con la redacción correspondiente que era muy

sencilla, pero lo que dijo fue una cosa totalmente diferente, la cual guarda armonía con la razón por la que en el Decreto 1895 se introdujo esta prohibición, en cuya motivación se dijo:

«CONSIDERANDO. Que mediante Decreto No. 1038 de 1984, se declaró turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio nacional;

Que dicho decreto señaló como una de las causas de turbación del orden público, la acción persistente de grupos armados y de organizaciones relacionadas con el narcotráfico, orientada a desestabilizar el funcionamiento de las instituciones;

Que la acción de esos grupos y de esas organizaciones vinculadas al narcotráfico ha producido el incremento patrimonial de diferentes personas;

Que en la medida que se combata ese incremento patrimonial injustificado de personas vinculadas directa o indirectamente a dichos grupos, podrá atacarse esta actividad delictiva y lograrse el restablecimiento del orden público, DECRETA...».

Es verdad que en la parte motiva de la sentencia mediante la cual se declaró la exequibilidad del precepto en referencia, se incluyó el comentario de que las actividades delictivas deben estar judicialmente declaradas, confundiendo el concepto de «actividad delictiva» con el de «antecedentes penales», e introduciéndose así en la interpretación de un ingrediente normativo del tipo cuyo alcance y contenido le corresponde precisar al funcionario penal al momento de aplicar la norma.

La Sala sabe perfectamente, que hace tránsito a cosa juzgada constitucional la parte resolutiva de las sentencias de exequibilidad o inexequibilidad de la Corte Constitucional, y aquéllas de la motiva que guardan una relación inescindible con la parte resolutiva, o dicho en palabras de esa Corporación, «aquella parte de la argumentación que se considere absolutamente básica, necesaria e indispensable para servir de soporte directo a la parte resolutiva de las sentencias y que incida directamente en ella», situación en la cual no se encuentra el comentario que el defensor pretende que se tome como interpretación obligatoria.

8.- El Procurador Primero Delegado en lo Penal solicita que se profiera llamamiento a juicio contra el Congresista Procesado, pero según su criterio el punible a imputar es el de cohecho. Ningún comentario hace sobre la falsedad.

La argumentación, no obstante lo breve, es muy confusa y contiene afirmaciones inaceptables, como por ejemplo, que el artículo 1o. del Decreto 1895 de 1989 no contemplaba ninguna de las conductas de las que ahora consagra la Ley 190 de 1995, porque si así hubiera sido la Ley no se

habría ocupado de ellas, como si las normas nuevas tuvieran que ser siempre absolutamente originales.

Tampoco comparte la Sala la interpretación de que el enriquecimiento ilícito, «sólo es para aquellos casos, en que espiritualmente el funcionario judicial tiene la convicción de que el sindicado le está guardando en calidad de testaferro a otro algunos bienes, pero no puede lograr la prueba legal», pues se trata de dos tipos esencialmente diferentes, de manera que la falla probatoria de la conducta descrita en uno no lo convierte automáticamente en el otro. Además, el enriquecimiento ilícito de particulares no está consagrado en la ley como norma subsidiaria sino como principal.

Precisado lo anterior, la tesis de que lo que se tipifica con los hechos demostrados es un cohecho no es cierta, no sólo porque no existen los elementos probatorios sobre los cuales se pueda apoyar la imputación de ese punible, sino porque siendo el artículo 10 del Decreto 2266 de 1991 un tipo principal y especial, si existiera la prueba del cohecho el tema a debatir sería si hay concurso o está comprendido dentro del enriquecimiento, pero no al contrario.

Lo que en el futuro pueda pasar con los procesados por enriquecimiento ilícito de particulares, en cuanto a que se les concedan beneficios especiales que no serían aplicables a los vinculados por cohecho, ninguna incidencia puede tener en la determinación de la adecuación típica de la conducta, pues a esa conclusión no se llega por conveniencia, o como los denomina el Ministerio Público, por consideraciones de seguridad política, sino por razones jurídicas.

9.- Sintetizando lo expuesto, la Sala considera que se reúnen los requisitos exigidos por el artículo 441 del Código de Procedimiento Penal para dictar resolución de acusación en contra del doctor Rodrigo Garavito Hernández, por los delitos de falsedad en documento privado, previsto en el libro Segundo, Título VI, Capítulo III, Artículo 221 del Código Penal, en concurso homogéneo, y enriquecimiento ilícito de particulares, tipificado en el artículo 10 del Decreto 2266 de 1991.

La situación del acusado, en cuanto a la medida de aseguramiento de detención preventiva a la cual se encuentra sometido, no sufre ninguna modificación.

10.- El artículo 37 de la ley 190 de 1995, norma procesal de aplicación inmediata, dice: «Lo dispuesto en el artículo 52 del Código de Procedimiento Penal se aplicará igualmente para garantizar el pago de las multas en los casos en que esta pena se encuentre prevista».

El artículo 52 a que se refiere la norma en cita, es el que regula el embargo y secuestro de bienes dentro del proceso penal, lo cual puede

decretarse en la providencia en la que se imponga medida de aseguramiento, o con posterioridad.

Como el enriquecimiento ilícito que se imputa al Congresista tiene señalada pena de multa equivalente al valor del enriquecimiento, para garantizar su pago, en el evento de que se llegare a imponer, se ordenará el embargo y secuestro preventivo de los siguientes bienes inmuebles de propiedad del sindicado, ubicados en la ciudad de Santa Fé de Bogotá: apartamento 401 de la carrera 7a. No. 93 A-05; y, edificio de la transversal 9a. No. 55-67.

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

RESUELVE:

1o. Proferir resolución acusatoria contra el Representante a la Cámara por el Departamento de Caldas, Rodrigo Garavito Hernández, de condiciones civiles y personales conocidas en autos, por los delitos de falsedad en documento privado, previsto en el Libro Segundo, Título VI, Capítulo III, en concurso homogéneo, y enriquecimiento ilícito de particular, tipificado en el artículo 10 del Decreto 2266 de 1991, según los hechos y circunstancias descritos en la parte motiva.

2o. Decretar el embargo y secuestro de los bienes inmuebles de propiedad del acusado, relacionados en el contenido de este proveído, para garantizar el pago de la pena de multa en el evento de que el proceso termine con sentencia condenatoria. Líbrense los oficios respectivos.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

INMUNIDAD PARLAMENTARIA

Esa inmunidad respecto de las expresiones de los legisladores al interior de sus respectivas cámaras constituye "un desarrollo del principio de la autonomía y el equilibrio de las Ramas del Poder Público".

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D. C., junio diecinueve (19) de mil novecientos noventa y seis (1996).

Magistrado Ponente: Doctor *Juan Manuel Torres Fresneda.*

Referencia: Proceso 11381.

Aprobado Acta número 92.

VISTOS

Decide la Sala si hay lugar a la apertura de instrucción en contra de los Representantes a la Cámara Ingrid Betancourt Pulecio y Guillermo Martínezguerra Zambrano, frente a los cargos que en su contra dirige José Andrés Rojas Villa.

LA DENUNCIA

El 7 de febrero de 1996, a la Secretaría de la Sala hizo llegar el denunciante señor José Andrés Rojas Villa un memorial personalmente presentado, mediante el cual imputa a los Congresistas señores Ingrid Betancourt Pulecio y Guillermo Martínezguerra Zambrano la comisión de un posible delito de violencia contra empleado oficial o perturbación de actos oficiales, al afirmar que los imputados como integrantes de la Cámara de Representantes, habían iniciado una huelga de hambre que desde el 31 de enero se ejecutaba, a su juicio a manera de vía de hecho, encaminada a ejercer presión para que los miembros de la Comisión de Investigación y Acusación de esa célula legislativa renunciaran al cumplimiento de sus funciones, o al cargo, o al menos cambiaran su parecer respecto de la investigación adelantada en contra del Presidente de la República doctor Ernesto Samper Pizano.

INVESTIGACIÓN PREVIA

Inicialmente y como presupuesto de competencia de la Sala, se obtuvieron de la Cámara de Representantes las constancias que acreditan a los imputados como miembros activos de esa célula legislativa, para la cual fueron elegidos y posesionados durante el período 1994-1998, hallándose en efectivo ejercicio de sus funciones.

Por otra parte, y a solicitud del Magistrado instructor, tanto el Presidente de la honorable Cámara de Representantes como el Presidente de la Comisión de Investigación y Acusación ratificaron que los Representantes Bentacourt Pulecio y Martínezguerra Zambrano habían adelantado efectivamente una huelga de hambre, pero paso seguido se precisó que con ella no interfirieron en el cumplimiento de las funciones de la Cámara ni de la antedicha Comisión, como tampoco constituyó ese acto indebida presión o influencia sobre las decisiones adoptadas en las deliberaciones cumplidas para entonces.

Agregado a lo anterior se escuchó en versión libre a la Representante Ingrid Betancourt Pulecio quien aceptó haber llevado a cabo la prolongada vigilia, pero explicó que ella estuvo motivada por el hecho de que la Presidencia de la Cámara se había negado a someter a discusión una proposición presentada por Guillermo Martínezguerra y ella misma, encaminada a que se diera aplicación cabal al reglamento del Congreso, y específicamente al artículo 311 de la Ley 5ª de 1992, según el cual la Comisión de Investigación y Acusación se debe integrar de acuerdo con el cuociente electoral, lo que se había desconocido al conformar dicha Comisión. Según los proponentes, con el precepto se buscaba equilibrar la representación política con el carácter de garantía procesal, dentro del juicio político que se venía adelantando en contra del señor Presidente de la República.

Siendo ello así, en un principio el motivo de su ayuno fue el de lograr ese debate que jamás se dio, aun cuando al fin y al cabo se alcanzó otro objetivo cual fue el de dar a conocer esas irregularidades ante la opinión pública.

Agrega la señora Betancourt Pulecio que con su colega de curul actuaron dentro del marco de sus funciones congresionales y amparados por la inviolabilidad que para sus opiniones consagra el artículo 185 de la Constitución Política, además de que se trató de una protesta legítima ante la violación de la Ley 5ª y el derecho de los colombianos a obtener representación en la célula que monopoliza la investigación al Presidente.

Por último aclara que la intención de su huelga no fue la de perturbar el normal desarrollo de las sesiones, cuando por el contrario tuvieron intervención en ellas, y para prueba hizo la aportación de los ejemplares números 19, 49 y 50 de la *Gaceta del Congreso*, en donde

constan las sesiones realizadas del 31 de enero al 13 de febrero del corriente año, fechas entre las cuales se prolongó su protesta. Igualmente manifiesta que tampoco ejecutaron acto alguno de violencia contra empleados oficiales.

A su turno y en diligencia de igual naturaleza el doctor Guillermo Martínezguerra Zambrano adujo que el propósito de su abstinencia fue el de divulgar eficazmente unos planteamientos que como congresistas habían llevado a la plenaria de la Cámara en una proposición conjunta con la Representante Ingrid Betancourt Pulecio, la que no fuera puesta a consideración de la plenaria, sin que por su protesta se hubiera entorpecido el normal desarrollo de las sesiones.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Las hipótesis delictivas que el denunciante atribuye a los imputados se hallan descritas en los artículos 164 y 165 del Código Penal bajo el siguiente texto:

"VIOLENCIA CONTRA EMPLEADO OFICIAL. El que ejerza violencia contra empleado oficial, para obligarlo a ejecutar u omitir algún acto propio de su cargo o realizar uno contrario a sus deberes oficiales, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años".

"PERTURBACION DE ACTOS OFICIALES. El que por medio de violencia, o simulando autoridad, invocando falsa orden de la misma o valiéndose de cualquier otra maniobra engañosa, trate de impedir o perturbar la reunión o el ejercicio de las funciones de las corporaciones o autoridades legislativas, jurisdiccionales o administrativas, o de cualquier otra autoridad pública, o pretenda influir en sus decisiones o deliberaciones, incurrirá en arresto de seis (6) meses a dos (2) años e interdicción de derechos y funciones públicas de uno (1) a cuatro (4) años".

Y como acto constitutivo de esa acción violenta o perturbadora del ejercicio funcional de las actividades del Congreso propuso el desarrollo por parte de los denunciados de su protesta interna consistente en la realización de un voluntario ayuno público que prolongaron durante varios días, como respuesta a una actitud de la Presidencia de ese cuerpo legislativo que no dio trámite a alguna de sus iniciativas.

Muy a pesar de lo advertido por el denunciante, es lo real que la actitud pasiva de emprender una vigilia para abstenerse de consumir alimentos como acto de protesta o inconformidad, así conlleve como gesto revelador de disentimiento y oposición el de una actitud de resistencia, como que el gesto aquí tiene un valor parejo a la palabra, jamás podrían tomarse como actitudes violentas física o moralmente dañosas o de amenaza siquiera hacia sus compañeros legisladores, o del Presidente de la

Mesa Directiva, constituyendo apenas un elocuente medio de expresión con el que pueda exteriorizar su inconformidad un grupo en minoría.

Y siendo lo anterior así, como lo programaron los dos Representantes denunciados y cabalmente lo interpretaron las directivas de la Cámara y de la Comisión de Investigación y acusación, tal actitud apenas sí constituye el legítimo ejercicio de un derecho de expresión, que es deber cuando se ejerce la representación de la comunidad en órganos representativos como el Congreso, que constituye precisamente el ente más representativo de la democracia, a la que no podrán serle indiferente las opiniones de las minorías ni de los grupos de oposición que por antonomasia deben tener en ese foro la mejor audiencia para la expresión de su pensamiento discrepante.

Justamente por ello y comentando primero el artículo 106 de la anterior Constitución Política y luego el 185 de la hoy vigente que lo sustituye, dijo esta Sala de la Corte en decisiones de septiembre 6 de 1988 y luego en providencia de marzo 8 de 1994 (Magistrados ponentes doctores Rodolfo Mantilla Jácome y Gustavo Gómez Velásquez, respectivamente) que en esa inmunidad respecto de las expresiones de los legisladores en el interior de sus respectivas Cámaras constituía "un desarrollo del principio de la autonomía y el equilibrio de las Ramas del Poder Público" y un "valioso instrumento en la definición de la democracia" cuyo ejercicio,

"... exige la presencia de mecanismos que a manera de balanzas, controlen y regulen el ejercicio del poder para que no se torne absoluto y arbitrario en unos casos o caótico en otros". Añadiendo luego que "En este orden de ideas es que se concibe la actividad parlamentaria como expresión de las luchas políticas; allí tienen su escenario natural los diferentes grupos políticos, los que apoyan un Gobierno determinado y los que lo combaten y controlan; dentro de esa concepción se entiende entre otras cosas la atribución que tienen las Cámaras de citar a los miembros del Gobierno para que expliquen sus actividades, de iniciar debates y cuestionar actuaciones en la más sana crítica purificadora.

La vitalidad de un sistema político está íntimamente relacionada con esas prácticas democráticas que imponen el rigurosos control del ejercicio del poder, la posibilidad de la denuncia oportuna de las malas prácticas y de los comportamientos viciosos. Es por ello propio de los sistemas democráticos la necesaria disponibilidad de los funcionarios que como en una vitrina pública sean examinados por sus actuaciones permanentemente sin tapujos y sin contemplaciones". Concluyendo que es precisamente dentro de ese marco, donde se entiende el artículo 106 de la Constitución Nacional (hoy 185) que les garantiza a los Senadores y Representantes el ejercicio de su actividad con libertad, sin temores al emitir sus votos y opiniones, sujetándose lógicamente al decoro y la decencia por cuya violación deberán responder ante su propia Cámara. Se trata de una

prerrogativa, de un privilegio y de una facultad de los parlamentarios, en el sentido de que no serán responsables por sus votos y opiniones en el ejercicio de su cargo y que podrán decir cosas en ocasiones urticantes y molestas, sin responsabilidad, en el cumplimiento de sus actividades. (cfr. auto de septiembre 6 de 1988).

Así entonces, si la actitud asumida por los Representantes Ingrid Betancourt Pulecio y Martínezguerra Zambrano, jámas estuvo encaminada en el ámbito de las acciones externas, pero ni aún en la intención de sus protagonistas según lo han expresado, a interferir la reunión o el desarrollo de las sesiones ni obligar la toma de determinadas decisiones, tan sólo puede interpretarse como el formal ejercicio de su derecho-deber de expresión dentro del marco formal de las deliberaciones de la célula legislativa de la cual hacían parte, y por lo mismo ningún reproche penal podría alcanzar en cuanto de ninguna manera ha trascendido en actos de abuso o desborde tales que constituyan obstrucción o indebida presión para el ejercicio de la labor parlamentaria o para el cumplimiento de los deberes funcionales del Congreso, al punto que si en cualquier acto de desafino, indisciplina o descompostura pudiera derivar, el único remedio estaba en el ejercicio de las potestades correccionales y disciplinarias que le conciernen a los presidentes de la respectiva Cámara.

La clara atipicidad del comportamiento denunciado tendrá que redundar, como así lo establece el artículo 327 del Código de Procedimiento Penal, en la inhibición de una instrucción penal por parte de la Corte, y como consecuencia en el necesario archivo de la actuación preliminar cumplida.

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

RESUELVE:

Abstenerse de abrir investigación penal en contra de los Representantes a la Cámara señores Ingrid Betancourt Pulecio y Guillermo Martínezguerra Zambaro, respecto de los hechos que les atribuyó el denunciante José Andrés Rojas Villa, disponiendo en su lugar el archivo de las diligencias.

Cópiese, notifíquese y archívase.

Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda,

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CASACION DISCRECIONAL

El hecho de que con posterioridad a la realización de la conducta imputada y antes de que las instancias profirieran los respectivos fallos en el proceso se hubiera expedido la ley 182 de 1995, reglamentaria del tema relacionado con la contratación del servicio de televisión que dio origen a la condena, abre al menos la seria posibilidad para pensar que la nueva normatividad modificó o enervó la tipicidad penal de la conducta

Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Penal. Santafé de Bogotá, D.C., veintiuno (21) de junio de mil novecientos noventa y seis (1996).

Magistrado Ponente: Dr. *Juan Manuel Torres Fresneda*

Aprobado Acta No.92

Proceso No. 11700

Vistos

La Sala decide sobre la admisibilidad del recurso extraordinario de casación que por la vía discrecional propuso el defensor del enjuiciado Julio César Montañez Roa, contra la sentencia de segunda instancia mediante la cual el Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá condenó al implicado como autor del delito de celebración indebida de contratos, en proceso cuya radicación se trasladó de la ciudad de Ibagué a esta capital.

La Impugnación

El defensor del sentenciado Julio César Montañez Roa, interpuso el recurso extraordinario de casación por la vía discrecional contemplada en el inciso 3° del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, explicando que acogió la vía excepcional por cuanto el Tribunal condenó a su representado por la comisión del delito descrito en el artículo 146 del Código Penal con la expresa aclaración de que aquí no se aplicaba la modificación que a esa norma introdujo la Ley 80 de 1993, de donde deduce que la ley "natural" aplicable al doctor Montañez es la disposición del Decreto 100 de 1980 que preveía para ese hecho punible una pena de prisión de seis (6) meses a tres (3) años.

En cuanto a los hechos que fueron objeto del proceso, el recurrente incluye en su memorial la siguiente síntesis:

"El Acuerdo 045 del 5 de julio de 1991, emanado del Concejo Municipal de Ibagué, autorizó al alcalde de la ciudad para que mediante licitación pública o privada y previo el lleno de los demás requisitos legales, celebrara un contrato con el objeto de establecer un sistema de televisión satelital, de 4 canales, lanzados al aire por antena parabólica y mediante sistema VHF. El Concejo Municipal, posteriormente produjo el Acuerdo 073 del 26 de noviembre de 1991, que derogó el anterior, y autorizó al Alcalde para que contratara directamente, sin licitación. El 28 de noviembre de 1991 fue celebrado el convenio, se instaló la parabólica, y el 6 de mayo de 1993 el Ministerio de Comunicaciones expidió la Resolución 1888, que dispuso la suspensión del uso de espectro. Mientras esto sucedía, se debatía jurídicamente un punto: si para hacer lo que se hizo, era imprescindible o no un permiso previo del Ministerio de Comunicaciones. Los debates al parecer fueron largos, reelos y con dualidad de posturas, incluida la de representantes del Ministerio mencionado, entidad que hizo saber con antelación al Alcalde que sí se requería, en nota "circular" que en el mismo sentido también signara el Procurador General de la Nación. Luego de las discusiones, vino la derogación por el Concejo del Acuerdo 045 de 1991 y el otorgamiento de vía libre al Alcalde para que procediera. Por esos días, el doctor Montañez Roa -Profesional del derecho preparado y especializado justamente en temas administrativos- era Asesor Jurídico de la Alcaldía, fue partidario de la tesis según la cual el permiso no era menester y defendió su criterio. Y como intervino en el Concejo, ante los funcionarios del Ministerio de Comunicaciones y en su oficina se preparó la documentación pertinente para efectos del convenio, resultó unido al Alcalde y también procesado a instancias de la denuncia formulada por el ciudadano Salim Antonio Sefair López, representante de la firma SAS Televisión, concesionario de T.V., que por 'cable' emite a través de 4 canales para Ibagué".

El profesional aduce la violación concreta de los derechos y garantías fundamentales y, al efecto, explica que el doctor Montañez fue condenado porque era partidario de la tesis según la cual no se requería "permiso previo" del Ministerio de Comunicaciones para comenzar a operar el sistema; criterio que defendió ante el cabildo municipal y del cual participaron parcialmente, el Ministerio, la Fiscalía y los Jueces del que se apartaron el Alcalde de Ibagué, dos asesores y también parcialmente el Ministerio.

Señala que las discusiones surgieron a partir de dos normas: el Decreto 1900 de 19 de agosto de 1990 y la Ley 14 del 29 de enero de 1991, las cuales, en general, regulan los servicios de televisión y radiodifusión oficial.

Comenta que al entrar en vigencia la nueva Constitución Política la discusión se ahondó aún más, especialmente por el contenido del artículo

77 que defirió la dirección de la política en materia de televisión a lo que determinara la ley, sin menoscabo de las libertades previstas en la propia Carta.

Enseguida, el impugnante puntualiza que el 20 de enero de 1995 se expidió la Ley 182 la cual, en su artículo 25 expresa que la recepción de señales incidentales es libre, con esta advertencia contenida en su parágrafo: "...quienes estén distribuyendo señales incidentales deberán inscribirse ante la Comisión Nacional de Televisión, y obtener la autorización para continuar con dicha distribución, mediante acto administrativo de la Comisión, para lo cual tienen un plazo de seis meses...

La Comisión establecerá también las demás condiciones en que puede efectuarse la distribución de la señal".

De lo anterior, el recurrente concluye que el constituyente delegó en la ley la facultad de regular lo relacionado con el espectro electromagnético; que existían severas dudas sobre el carácter imprescindible del "permiso previo", pues, de lo contrario, el legislador hubiera omitido el parágrafo del artículo 25 de la Ley 182 de 1995; que existían sistemas que operaban sin ese permiso y por ello se dispuso que deberían inscribirse y obtener la autorización.

A continuación menciona como hipótesis la existencia del permiso previo antes de la expedición de la Constitución Política y de la Ley 182 de 1995, pero agrega que después de ellas quedó claro que para operar no se requiere esa autorización, no sólo porque así se infiere de las normas constitucionales, sino porque la ley, por delegación de la Carta, expresamente así lo dijo. De este modo concluye que si el permiso previo era requisito ya no lo es, y en esas condiciones las actuaciones irregulares precedentes fueron legalizadas.

Menciona que las sentencias de primera y segunda instancia fueron producidas el 10 de octubre de 1995 y el 28 de febrero de 1996, respectivamente, esto es, después de haber entrado en vigencia la Ley 182 de 1995, cuando el permiso previo no era uno de los requisitos para contratar y operar el espectro electromagnético, en tanto que la ilegalidad del contrato se radicó en la no obtención de un permiso que ya había desaparecido.

El apoderado complementa su argumentación pregonando que el tipo penal del artículo 146 del Código penal es una norma penal en blanco que logra vida íntegra cuando se acude a disposiciones no penales y en este caso, la conducta que pudo ser ilegal en el pasado, ha dejado de serlo por obra del legislador.

Cita el principio de favorabilidad establecido constitucional y legalmente para resaltar que se trata de un derecho trascendental y esencial que debe ser garantizado en el proceso penal y para afirmar que como la

Constitución y la nueva ley son favorables al procesado, se impone su aplicación retroactiva para que "colocada en el momento de la celebración del contrato, lo cubra de plena legalidad".

El recurrente aduce que al doctor Montañez se le quebrantó el derecho fundamental a que se le aplicara el principio de favorabilidad pues, a pesar de haberlo solicitado, el Tribunal omitió toda referencia a este punto. Por tanto solicita se admita el recurso extraordinario de casación.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para iniciar su pronunciamiento debe la Corte corroborar la pertinencia de la vía discrecional escogida en este caso por el impugnante, pues a pesar del cambio legislativo introducido por la Ley 80 de 1993 que hizo más severa la pena y con ella extendió la posibilidad de que el delito de celebración indebida de contratos acceda al recurso extraordinario de casación por vía regular, de éste se hallaba excluido este tipo penal para la fecha de los hechos por el límite cuantitativo de la pena.

Recuérdese que el delito de celebración indebida de contratos, en la modalidad de incumplimiento de requisitos legales estaba contemplado en el artículo 146 del Código Penal, modificado por el artículo 1° del Decreto 141 de 1980, en los siguientes términos:

"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 contratos sin observancia de los requisitos legales esenciales o los celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos, incurrirá en prisión de seis (6) meses a tres (3) años, multa de un mil a cien mil pesos e interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas de uno (1) a cinco (5) años".

Y como al procesado en este asunto no se le podía aplicar una sanción distinta de la más favorable y vigente para el momento en que se ejecutó la conducta reprochada, de allí resulta que la dosificación consagrada para la conducta atribuida a Julio César Montañez Roa no permitía la casación por la vía general, y ello indica que tal impugnación sólo resultaría viable en la modalidad escogida aquí por la defensa, lo que comporta el que se cumpla el primero de los requisitos que la Sala ha de analizar para definir si otorga el recurso extraordinario.

En este mismo orden de ideas se advierte que el aquí solicitante se encuentra legitimado para impetrar la impugnación, como que por disposición expresa de la ley (artículo 218 del C. de P. P.), el defensor se halla habilitado para proponer a la Corte esta forma excepcional de impugnación, de la cual, por lo demás, se hizo interposición y sustentación en tiempo.

Por último, resulta pertinente establecer si en este asunto concurre alguno de los motivos a tener en cuenta por la Sala para abrirle paso a la

impugnación extraordinaria, cuales son: la necesidad de desarrollar la jurisprudencia nacional o la garantía de los derechos fundamentales.

El defensor a este punto selecciona la última razón, basado en la no observación del principio de favorabilidad, por cuanto a su representado se le condenó por haber considerado innecesario obtener un "permiso previo" a la negociación celebrada por la alcaldía de Ibagué para establecer un sistema satelital de 4 canales de televisión, con fundamento en interpretaciones diversas sobre la legislación que regía los servicios de televisión y radiodifusión, cuando resulta que ese elemento normativo desapareció con la Ley 182 de 1995.

Para el efecto cabe admitir que el hecho punible descrito en el artículo 146 del Código Penal es prototipo de las normas penales en blanco, cuya estructuración está referida a preceptos extrapenales. Así mismo se advierte que el proceso intelectivo que se tradujo en la deducción de responsabilidad contra Julio César Montañez Roa, abarcó las hipótesis legales respecto de la prestación del servicio de televisión en sus diferentes modalidades, incluyendo la innovación constitucional sobre el manejo del espectro electromagnético (arts. 75, 76 y 77) y las leyes que antes y después de la expedición de la Carta Fundamental han delineado los cauces de ese servicio.

El hecho de que con posterioridad a la realización de la conducta imputada y antes de que las instancias profirieran los respectivos fallos en este proceso se hubiera expedido la Ley 182 de 1995, reglamentaria del tema relacionado con la contratación del servicio de televisión, que dio origen a la condena del señor Julio César Montañez Roa, abre al menos la seria posibilidad para pensar que la nueva normatividad modificó o enervó la tipicidad penal a la conducta que se le reprochó al procesado, y de ser ello así, indudablemente que el implicado habría tenido derecho a que su situación se resolviera conforme a la ley más favorable, de donde resulta que la omisión judicial habría implicado la violación de una garantía fundamental del juzgamiento.

Así las cosas, basta la expectativa de que en este caso se pueda haber violado un derecho constitucionalmente garantizado cual es el de la favorabilidad, para que la Sala considere que hay mérito suficiente para conocer de este proceso en sede de casación, conforme a los postulados que el actor formule en la respectiva demanda.

Implica lo anterior la admisión del recurso interpuesto y como consecuencia la devolución del expediente al Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá, con el fin de que allí se surta el traslado de ley tanto al recurrente como a los demás sujetos procesales, trámite que una vez cumplido, y sobre el presupuesto de la presentación oportuna de la demanda, dará lugar para que nuevamente sea remitida la actuación a esta superioridad.

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

RESUELVE:

Primero: Admitir el recurso extraordinario de casación que por la vía discrecional interpuso el defensor del acusado Julio César Montañez Roa contra la sentencia de segunda instancia del 28 de febrero de 1996, por medio de la cual el Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá condenó a este último como autor de delito de celebración indebida de contratos, y

Segundo: Disponer que ante el Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá se surtan los traslados establecidos en el artículo 224 del Código de Procedimiento Penal.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

LIBERTAD PROVISIONAL/ ANTECEDENTES

Debe advertirse que el artículo 72 del C. P. hace referencia a una serie de factores que deben ser tenidos en cuenta para la concesión del subrogado de la libertad condicional de manera que el cumplimiento de alguno de ellos no es suficiente para hacerse acreedor a él.

El buen comportamiento en el centro penitenciario constituye uno de esos presupuestos. Sin embargo, la comprobada existencia del mismo, no puede en manera alguna limitar el estudio de los demás factores que inciden en la consideración acerca de la exigida readaptación social.

Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de junio de mil novecientos noventa y seis (1996).

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

Aprobado Acta No.94

Proceso No.9885

VISTOS

Procede la Sala a resolver el recurso de reposición que presenta el defensor de Gustavo Báez Puentes contra la providencia del pasado 30 de mayo, por medio del cual la Sala negó la libertad provisional demandada.

FUNDAMENTOS DE LA PETICION

El preámbulo de la disertación impugnatoria la centra el recurrente en reprochar la aplicación de criterios, en su parecer, vetustos y añejos, como lo es verificar el cumplimiento de los presupuestos de que trata el artículo 72 del C.P., bajo el diagnóstico-pronóstico acerca de la rehabilitación social del condenado.

Considera el recurrente que el comportamiento del procesado en el término en que ha estado privado de su libertad es muestra ejemplar de su verdadera resocialización y disponibilidad para reinsertarse a la vida social de conformidad con los preceptos contenidos en el artículo 72 del

estatuto penal. Más aun cuando no cuenta con antecedentes de orden contravencional o penal que hiciesen pensar lo contrario.

Afirma igualmente que volver a retrotraer en este momento la gravedad del hecho punible, su modalidad y las circunstancias en que se condena al procesado, no es sino gravar doblemente su situación.

Por último, el censor reprocha que al coprocesado Rodríguez Roa en pasada oportunidad se le hubiese concedido su libertad provisional, lo que estima violatorio del principio de igualdad.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Debe advertirse que el artículo 72 del C.P. hace referencia a una seria de factores que deben ser tenidos en cuenta para la concesión del subrogado de la libertad condicional, ahora analizados de conformidad con el numeral segundo del artículo 415 de la misma obra, de manera que el cumplimiento de algunos de ellos no es suficiente para hacerse acreedor a él.

El buen comportamiento en el centro penitenciario constituye uno de esos presupuestos. Sin embargo, la comprobada existencia del mismo, no puede en manera alguna limitar el estudio de los demás factores que inciden en la consideración acerca de la exigida readaptación social.

De ello ya se ocupó la sala al momento de resolver la solicitud de libertad provisional que demandó el procesado, pues uno de los requisitos para verificar esa anhelada "readaptación social" no se cumplía, pues aparecía claro para la Corte que por razón de su personalidad no se hacía acreedor a la libertad impetrada. En efecto, los actos del hombre, y entre ellos los delictuosos, no son otra cosa que la expresión material de la personalidad, que es uno de los factores que el art.72, citado, dispone se debe tener en cuenta, junto con la buena conducta en el establecimiento carcelario y los antecedentes, para conceder la libertad y, en el caso concreto, la naturaleza misma del punible revela que el procesado tiene una personalidad que no permite suponer su readaptación social.

Así, la participación o realización de acciones que socialmente han sido catalogadas como reprobables, que inducen a colegir una mayor entidad de cara al ámbito en que se desarrollan, como violentar el patrimonio económico de una entidad bancaria en suma superior a seiscientos (600) millones de pesos, con la manifestación de ingenio y creatividad delincuencial, como puede traslucirse del expediente y de las sentencias de instancia, no es sino la muestra de la personalidad negativa que el legislador consideró como excluida en el pronóstico favorable frente a la futura convivencia social.

Por ello, la personalidad del procesado no permite que se logre el cabal cumplimiento de los requisitos que precisa el legislador para conceder el subrogado de la libertad condicional, opacando el comportamiento y la dedicación que el procesado ha tenido en su tiempo de reclusión, lo cual

en ningún momento se está desconociendo ya que para otorgar las rebajas de pena por trabajo o estudio que se realizó en los centros penitenciarios fue tenido en cuenta.

Así pues, al no darse las exigencias que la ley determina para que pueda concederse la libertad provisional demandada por el defensor del procesado, su pretensión impugnatoria será resuelta adversamente, siendo imperioso insistir en la necesidad del cumplimiento total de la pena.

En estas condiciones, debe esta Sala permanecer en la inamovible posición de negar la libertad provisional demandada por el petente.

Por último acótase la curiosidad que causa el reproche efectuado por la concesión de la libertad provisional en pasada oportunidad a otro coprocesado, en la medida que si bien es cierto la ley procesal penal permite la investigación y juzgamiento conjunto, no por ello puede afirmarse que la suerte de uno de los procesados deba ser idéntica a la del otro.

Y, de otra parte, la remembranza histórica que efectúa acerca del término "diagnóstico-pronóstico", pues de una adecuada interpretación gramatical y lingüística, apartada de la disertación del recurrente, puede deducirse su empleo como sinónimo de análisis, valoración y calificación para el primero, es decir de lo ocurrido -en el que se incluye desde el hecho mismo por el que se condena hasta el comportamiento en prisión- y vaticinio o predicción de lo que probablemente acontecerá -o sea una adecuada readaptación social- con el beneficiario de la libertad en el segundo aparte.

Por lo anteriormente expuesto, la *Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal*, NO REPONE la providencia objeto de impugnación.

Notifíquese y cúmplase.

Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CONEXIDAD

"En la conexidad procesal impera más que el concepto de que el elemento común entre los delitos hace necesario unirlos el de que es conveniente hacerlo, o, como expresa un autor (Leone) "un nexo particular previsto por la ley que aconseja la reunión o la acumulación de ellos (los procedimientos)". O como diríamos en referencia a nuestro derecho: los fines de la justicia hacen conveniente que se conozcan en un solo proceso (Corte Suprema de Justicia -Sentencia del 4 de junio de 1982)".

"Se ha dicho por la doctrina que la conexidad procesal tiene su justificación por distintas razones y motivos y entre los argumentos más comunes encontramos los siguientes: a) la unidad de prueba, porque de manera general en los casos de concurso y participación, la misma prueba que sirve para demostrar el cuerpo de uno de los delitos, puede servir de base para los otros y así también, el medio de convicción que sirve para demostrar la autoría o responsabilidad respecto de alguno de los partícipes, puede servir para probar la de los demás copartícipes; b) la economía procesal, porque es evidente que teniendo en cuenta lo expresado con anterioridad, la conexidad procesal evita la duplicación de esfuerzos investigativos, que serían de absoluta necesidad al tener que practicar muchas veces las mismas pruebas en los varios procesos que se adelanten..."(Corte Suprema de Justicia -Sentencia del 16 de marzo de 1994).

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal. - Santafé de Bogotá, D.C., veinticinco (25) de junio de mil novecientos noventa y seis (1996).

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

Aprobado Acta No.95

Proceso No. 11762.

Vistos

Resuelve la Corte la colisión negativa de competencias surgida entre el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Cali y un Juzgado Regional de la misma ciudad, dentro del proceso adelantado contra los hermanos Marín

del Carmen y Carlos Adolfo Núñez Méndez por infracción a la ley 30 de 1986.

ANTECEDENTES

Practicada diligencia de allanamiento por la Fiscalía General de la Nación con apoyo de la Policía Nacional a una residencia de la ciudad de Cali, ubicada en la carrera 30 No. 44-53, el día 3 de marzo de 1995, se encontró en una de sus habitaciones sustancia pulverulenta que posteriormente fue identificada como cocaína, la que arrojó un peso neto de 37 gramos; en otro de los cuartos se hallaron pertrechos militares.

La primera de las piezas de la vivienda allanada era habitada por los hermanos María del Carmen y Carlos Adolfo Núñez Méndez; y la segunda, por Julio Núñez Méndez.

Con base en los resultados del operativo, la Fiscalía 42 Delegada ante los Jueces del Circuito de la ciudad de Cali resolvió la situación jurídica de los capturados e igualmente indagados, mediante decisión del 8 de marzo de 1995, para luego enviar las diligencias a la Unidad de Fiscalías Delegadas ante los Jueces Regionales,al considerar que la competencia para la fase de investigación radicaba en estos despachos judiciales.

Así las cosas, luego de surtida la instrucción por un Fiscal Regional, se procede a dictar resolución de acusación a los sindicados, así: contra María del Carmen y Carlos Adolfo Núñez Méndez, por el delito contemplado en el inciso primero del artículo 33 de la ley 30 de 1986; y contra Julio Núñez Méndez por infracción al artículo segundo del decreto 2266 de 1991 (fabricación y tráfico de armas de fuego y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas).

En firme la resolución de acusación, avoca conocimiento un Juzgado Regional de la ciudad de Cali, para adelantar la fase de juzgamiento.

Abierto el juicio a pruebas, tal despacho decide remitir las diligencias correspondientes a los procesados María del Carmen y Carlos Adolfo a los Juzgados Penales del Circuito de la misma ciudad, en atención a que la sustancia estupefaciente a base de cocaína que justifica la imputación penal por la infracción a la ley 30 *ibidem*, arroja un peso de 37 gramos, es decir, inferior a los dos mil gramos a que se refiere el numeral primero del artículo 71 del C. de P.P., proponiendo de antemano la colisión negativa de competencias en caso de que no sean aceptadas sus argumentaciones.

Por su parte, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de la ciudad de Cali, a quien se repartieron las diligencias, concreta sus argumentos para «no aceptar» la colisión de competencias provocada, así:

«Este Juzgado considera que efectivamente que la comisión de cualquiera de las conductas derivadas de los verbos rectores previstos en el Artículo 33 de la Ley 30 de 1986 cuando no supera los límites impuestos

en el inciso 2o. son de competencia de nosotros; pero esa calificación deben darla nuestros Fiscales Seccionales Delegados ante los Jueces del Circuito y no los Fiscales Regionales Delegados ante los Jueces Regionales: pues cuando ocurre el fenómeno de la conexidad tal «sustitución» está autorizada por la ley.».

«Ello se ofrece lógico porque no es gratuita la distribución de los Fiscales en diversas y bien separadas direcciones, seccionales y unidades. Cabe enfatizar que específicamente en lo que atañe a la justicia regional (que es el caso que aquí interesa), la identidad de los jueces y fiscales no se conoce, y entonces no se puede admitir que un Fiscal Seccional, cuya identidad es conocida, asuma hechos atribuidos a la justicia regional.».

Consideraciones De La Corte

1.- Como la colisión negativa de competencias se suscitó entre un Juez Regional y un Juez Penal del Circuito, de conformidad con el artículo 68.5 del Código de Procedimiento Penal, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es la llamada a dirimirla.

2.- *Previas las anteriores acotaciones, se hace necesario manifestar* prima facie *que la competencia para conocer de este proceso radica en el Juzgado Regional de la ciudad de Cali, o sea, el que inicialmente avocó el conocimiento de la causa, pues el inciso segundo del artículo 89 del Código de Procedimiento Penal le entrega al Juez Especializado el juzgamiento de los hechos punibles diversos a los propios de la Justicia Regional siempre y cuando sean conexos con los de su competencia.*

Dice la norma:

«...

«Cuando se trate de conexidad entre hechos punibles de competencia del juez regional y de cualquier otro funcionario judicial, corresponderá el juzgamiento al juez regional.».

Entonces, el Juzgado Regional desconoció la existencia de la norma antes mencionada, en cuanto simplemente se limitó a establecer que el peso de la sustancia era inferior a los dos mil gramos de cocaína, y en una simplista exégesis del artículo 71 ibidem, pretendiendo el rompimiento fáctico de la unidad procesal que provenía de la instrucción, le entrega el juzgamiento de los procesados María del Carmen y Carlos Adolfo Núñez Méndez a los Jueces Penales del Circuito.

Desconoce con ello el Juez Regional no sólo la existencia de la norma que se cita, sino que igualmente pasa por alto las consideraciones acerca de la existencia del fenómeno jurídico-procesal de la conexidad.

Así pues, la norma que le asigna competencia preferente a los jueces regionales era aplicable a este caso, ya que resulta clara la presencia de la

conexidad procesal entre los delitos imputados a los hermanos Núñez Méndez.

En efecto, si bien es cierto que no puede hablarse de una conexidad sustancial entre los hechos punibles, existen elementos que permiten predicar la presencia de la conexidad procesal, así:

a.- La identidad y comunidad probatoria, ya que sobre los mismos elementos de convicción se edificaron la instrucción y la resolución de acusación para todos los procesados, pues en idéntico operativo se descubrieron e incautaron la sustancia ilícita y las armas, todo lo cual fue consignado en una sola acta, por lo que, además, las testificaciones de quienes intervinieron son prueba en uno y otro caso.

b.- La identidad temporal y espacial en que acontecen los hechos por los que se juzga a los hermanos Núñez Méndez, es decir, la conservación de la sustancia a base de cocaína en una de las habitaciones de la residencia allanada y la tenencia de armas y municiones de uso privativo de las Fuerzas Militares en otra de la misma casa, son razones que abonan la presencia de la conexidad.

Por último, la unidad procesal conlleva, en el caso concreto, una evidente economía, ya que evita la multiplicidad de esfuerzos investigativos y el tener que practicar varias veces la misma prueba.

Al respecto, la Sala Penal de esta Corporación de antaño ha venido reconociendo la presencia de la conexidad procesal como factor de competencia, al otorgarle al instituto su verdadero alcance sistemático. En este sentido se ha dicho:

«En la conexidad procesal impera, más que el concepto de que el elemento común entre los delitos hace necesario unirlos el de que es conveniente hacerlo, o, como expresa un autor (Leone) 'un nexo particular previsto por la ley que aconseja la reunión o la acumulación de ellos (los procedimientos)'. O como diríamos en referencia a nuestro derecho: los fines de la justicia hacen conveniente que se conozcan en un solo proceso (Corte Suprema de Justicia -Sentencia del 4 de junio de 1982).».

En reciente oportunidad igualmente se dijo:

«Se ha dicho por la doctrina que la conexidad procesal tiene su justificación por distintos razones y motivos y entre los argumentos más comunes encontramos los siguientes: a) la unidad de prueba, porque de manera general en los casos de concurso y participación, la misma prueba que sirve para demostrar el cuerpo de uno de los delitos, puede servir de base para los otros y así tambien, el medio de convicción que sirve para demostrar la autoría o responsabilidad respecto a uno de los partícipes, puede servir para probar la de los demás copartícipes; b) la economía procesal, porque es evidente que teniendo en cuenta lo expresado con

anterioridad, la conexidad procesal evita la duplicación de esfuerzos investigativos, que serían de absoluta necesidad al tener que practicar muchas veces las mismas pruebas en los varios procesos que se adelanten ...». (Corte Suprema de Justicia -Sentencia del 16 de marzo de 1994).

De esta manera, la competencia para la fase de juzgamiento debe radicarse en el Juez Regional de la ciudad de Cali, proponente de la colisión de competencias que motiva este pronunciamiento.

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

RESUELVE:

1. DECLARAR que la competencia para conocer de este proceso corresponde al Juzgado Regional de Cali, a donde se remitirá el expediente.

2.- Comuníquese lo decidido al Juez Segundo Penal del Circuito de la misma ciudad.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

PENA/ PERJUICIOS

1.- Con base en el artículo 61 del Código Penal se establecen algunos factores determinantes en la discrecionalidad que se otorga al juez, para efectos de la tasación punitiva, tales como la gravedad y modalidades del hecho, el grado de culpabilidad, la personalidad del procesado y las circunstancias de agravación y atenuación concurrentes.

2.- De conformidad con el artículo 221 del Código de Procedimiento Penal, cuando la impugnación extraordinaria verse exclusivamente sobre la indemnización de perjuicios, el impugnante deberá tener como fundamento para su interposición y consiguiente sustentación, la cuantía y las causales "para recurrir establecidas en las normas para la casación civil".

A su turno, en punto de la procedibilidad de este extraordinario recurso en material civil, dispone el artículo 366 del Código de Procedimiento de esa especialidad (modificado por el art. 182 del Decreto 2282 de 1989), que procede contra las "sentencias dictadas en segunda instancia por los tribunales superiores, cuando el valor actual de la resolución desfavorable al recurrente sea o exceda de diez millones de pesos", cuantía que como lo dispone el art. 3 del Decreto 522 de 1988, debe ser incrementada a partir del primero de enero de 1990, en un 40%, con un ajuste automático cada dos años.

Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá,D.C., veinticinco (25) de junio de mil novecientos noventa y seis (1996).

Magistrado Ponente Dr.: *Carlos Augusto Gálvez Argote*

Aprobado Acta No.95

Proceso No. 10539

Vistos

Mediante sentencia del 12 de febrero de 1993, el Juzgado Trece Penal del Circuito de Cali condenó, entre otros procesados, a Rodrigo Vélez Pardo a la pena principal de 18 meses de prisión y multa de $1.500.oo, a la

accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso y a pagar por concepto de perjuicios materiales el valor equivalente a 4.000 gramos oro, en favor de la sociedad "Proesa", al declararlo autor responsable de los delitos de falsedad en documento privado, estafa, hurto agravado y abuso de confianza.

El Tribunal Superior de la misma ciudad, al momento de desatar la apelación interpuesta por el defensor de Vélez Pardo y el representante de la parte civil, en sentencia del 18 de octubre de 1994, modificó la decisión de primer grado en el sentido de absolverlo por los delitos de estafa y hurto, para en su lugar confirmar el fallo respecto de los demás punibles y concretar la pena principal en 32 meses de prisión y multa de $50.000.oo, incrementando así mismo la condena por concepto de perjuicios, la que fijó en la suma de $185'554.551.70.

Hechos

Mediante escritura pública No. 588 del 5 de marzo de 1970, se constituyó la sociedad denominada "Promociones y Equipos S.A. Proesa" (fl. 30 c.1), hoy fusionada por la sociedad "Equipos Gleason S.A.". En reunión de la junta directiva del 10 de mayo de 1984 se encargó como gerente al ingeniero Rodrigo Vélez Pardo, quien fue ratificado en el cargo en septiembre del mismo año y marzo de 1989, siendo relevado de dicha función el 17 de noviembre siguiente, fecha en la cual, a raíz de algunos anónimos que daban cuenta de hechos irregulares al interior de la empresa, se ordenó realizar una auditoría externa.

El 18 de diciembre de 1989, el señor Aquiles Ostos Melo, Revisor Fiscal de "Proesa", después de estudiar los libros de contabilidad de la sociedad y los documentos soporte de los distintos movimientos efectuados en los últimos años, formuló denuncia penal contra el ex gerente Rodrigo Vélez Pardo, el director administrativo Carlos Alberto Morales, el jefe de planta Ismael Cárdenas Rey y la jefe de ventas Fanny García Orejuela, señalando cómo a través de múltiples operaciones realizadas por éstas personas, se habrían producido perjuicios millonarios para la sociedad "Proesa".

Entre las diversas conductas desarrolladas por los sindicados estarían: la elaboración de facturas por servicios que nunca recibió la empresa y sin embargo fueron por ella pagados; el giro de cheques a nombre de terceros y del propio mensajero Carlos Méndez, que éste cobraba entregando el efectivo a sus jefes inmediatos, con la adulteración de los comprobantes de egreso respectivos; la compra de materiales y elementos presuntamente para beneficio de "Proesa" que nunca ingresaron a sus bodegas; la utilización en provecho particular y con cargo a "Proesa" de equipos, materiales y personal propios; la cancelación de facturas por concepto de suministros, cuentas telefónicas, reparación de vehículos,

etc, no pertenecientes a la sociedad; la facturación de equipos de "Proesa" a terceras personas y la apropiación de dineros provenientes del alquiler de diversos equipos de la empresa.

SINOPSIS PROCESAL

Una vez ratificado en sus cargos el señor Aquiles Benigno Ostos Melo, mediante auto del 11 de enero de 1990, el Juzgado 17 de Instrucción Criminal de la época, decretó formal apertura de la investigación (Fl. 33 c.1).

Por auto del 16 de enero siguiente, se aceptó la demanda de parte civil presentada por el abogado Alfredo Azuero Hermida como apoderado de la sociedad "Proesa". Allí fijó como estimativo de perjuicios materiales la suma de 30 millones de pesos, más los intereses "corrientes bancarios de esa cantidad o la superior que se logre demostrar, calculados desde que se cometieron los delitos, hasta que el pago total se realice" y los morales en 1.000 gramos oro (fl. 52 c.1).

Testimonial y documental fue primordialmente la prueba practicada, procediéndose a la vinculación mediante indagatoria de Fanny García (fl. 476 c.1), Carlos Alberto Morales Villegas (fl. 512 c.1) e Ismael Cárdenas Rey (fl. 560 c.1) y por declaración de persona ausente a Rodrigo Vélez Pardo (fl. 496 c.1).

El dictamen técnico contable realizado por el señor Franco Javier Hermosa Chávez, miembro del Cuerpo Técnico de Policía Judicial, concretó como total correspondiente a irregularidades contables establecidas durante los años de 1987, 1988 y 1989, la suma de $55'976.671.oo (Cdno. de dictamen pericial).

Cerrada la investigación, el proceso se calificó por auto del 11 de febrero de 1991, profiriéndose resolución acusatoria en su calidad de coautores contra Vélez Pardo y Morales Villegas, por los delitos de hurto, estafa, abuso de confianza y falsedad en documento privado. Igual determinación y a similar título, se adoptó contra Fanny García e Ismael Cárdenas Ruiz por los delitos de hurto, estafa y abuso de confianza. Todos fueron afectados con medida de aseguramiento consistente en detención preventiva (fl. 995 c.2).

Interpuestos contra el calificatorio los recursos de reposición y subsidiariamente apelación y negado el primero de ellos por el *a quo*, el Tribunal Superior de Cali al desatar el segundo, mediante auto del 2 de julio del mismo año, confirmó en su integridad la decisión impugnada (fl. 1128).

En enero de 1992 y a petición de la parte civil, se amplió el informe técnico contable, ahora comprendiendo los años de 1984, 1985 y 1986, verificándose por estos períodos irregularidades por un valor de $21'720.026.54 (fl.1368 c.2). Adelantada la etapa del juicio, el Juzgado

Trece Penal del Circuito de Cali celebró la diligencia de audiencia pública. En esta oportunidad, el apoderado de la parte civil presentó un escrito contentivo de sus alegaciones concretando en él la petición a fin de que la condena a los procesados por los perjuicios causados con los delitos objeto de la acusación, no fuera inferior a 120 millones de pesos, aclarando que este mayor valor si bien difería respecto del que fijara el escrito de demanda al momento de ser reconocido como sujeto procesal, no está por fuera de sus pretensiones, pues con base en el dictamen pericial se logró establecer que la suma correspondiente a los perjuicios era aún mayor.

La sentencia de primer grado se profirió el 12 de febrero de 1993, la que una vez apelada por el defensor de Vélez Pardo y el representante de la parte civil, fue confirmada parcialmente por el Tribunal Superior de la misma ciudad, en los términos expuestos en precedencia, fijando los perjuicios en $185'554.551.70.

DEMANDA DEL DEFENSOR DE RODRIGO VÉLEZ PARDO

Con sustento en la causal primera consagrada en el artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, el apoderado del procesado Rodrigo Vélez Pardo, impugna la sentencia del Tribunal formulando dos cargos, ambos por vía directa.

Primer cargo

Acusa el actor la transgresión directa por interpretación errónea del artículo 107 del Código Penal.

Para su demostración, reproduce el fallo de segundo grado en lo relacionado con los criterios expresados por el Tribunal para determinar el monto de los perjuicios materiales.

Recuerda enseguida que el Juez 13 Penal del Circuito aplicó el artículo 107 en cita, al encontrar que no obraba en el proceso base suficiente para concretar los perjuicios y considerar que el dictamen pericial existente era impreciso.

Entiende el recurrente que si para el juez de primer grado, no obstante haber condenado a los acusados por la totalidad de delitos que les fueran imputados -falsedad en documento privado, abuso de confianza, hurto y estafa-, existió tal imposibilidad para lograr la concreción de los perjuicios, ella "se vio más acentuada" para el *ad quem*, al absolverlos por los dos últimos punibles patrimoniales, máxime cuando el dictamen "en parte alguna delimitó cuantías relacionadas con cada una de las imputaciones contenidas en la resolución de Acusación", razón por la cual, agrega, "no podía -el Tribunal- condenar en concreto a suma alguna como lo hizo, sino recurrir a la orientación que el Legislador impone al Juzgador para eventos como el presente".

Con estos argumentos, solicita a la Corte casar parcialmente la sentencia impugnada, en el sentido de dejar sin efecto la condena indemnizatoria del Tribunal, para en su lugar "confirmar" la decisión sobre este aspecto adoptada en primera instancia.

Segundo cargo

Acudiendo a la misma vía y sentido de la violación de la ley sustancial, propone este reproche, mostrándose ahora inconforme con la pena principal de 32 meses de prisión que le fuera impuesta al procesado.

Precisa cómo al momento de la tasación punitiva el juez debe tener en cuenta los diferentes factores y criterios contenidos en los artículos 64, 66 y 67 del Código Penal, así como también "finalmente, lo expresamente determinado en el artículo 61 ibidem (sic), especialmente en lo atinente al grado de participación y concurso de hechos punibles".

En el caso concreto y sobre esta base, encuentra el libelista que si para el Tribunal concurrían las circunstancias genéricas de agravación de los numerales 7 y 11 del artículo 66 del Código Penal, que impedían partir de la pena mínima para el delito de abuso de confianza, ha debido fijar "el mínimo de la sanción de la cual partiría", para luego sí proceder a los respectivos incrementos sobre esta base, de conformidad con el artículo 372-1 *ibidem*, aumentándola por razón del concurso hasta en otro tanto. Como no lo hizo así, sino que en su lugar partió de 16 meses por razón del delito de abuso de confianza agravado en razón de la cuantía, para intensificar la pena en ocho meses más por el delito de falsedad en documento privado, "la pena definitiva ha debido ser fijada en tan sólo veinticuatro (24) meses de prisión".

Solicita a la Corte casar parcialmente la sentencia fijando en definitiva la pena de acuerdo con la tasación propuesta.

DEMANDA DE LA PARTE CIVIL

A manera de introducción, precisa el actor que acude a la causal primera señalada en el artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, teniendo por objeto exclusivo lo referente a la indemnización de perjuicios acorde con la cita que emplea del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, advirtiendo a través de un cotejo de los dos textos legales que no se advierte "antinomia" alguna entre ambos, pues, en su criterio, antes resultan perfectamente complementarios. Previa esta aclaración propone con base en esta causal tres cargos, así:

Primer cargo

Acusa el apoderado de la parte civil la sentencia del Tribunal, de ser violatoria por vía directa del artículo 1.617 del Código Civil, por aplicación indebida.

Aclara el actor que si bien el Tribunal no menciona expresamente dicho precepto "sí lo hace implícitamente" cuando lo tiene en cuenta para efectos de aplicar sobre el lucro cesante establecido, "la tasa civil del 6% anual".

Precisa que el citado artículo 1.617 está previsto para contingencias de naturaleza contractual, mas no así para supuestos en donde se discuten obligaciones nacidas de la responsabilidad extracontractual o aquiliana, como las provenientes de la comisión de delitos.

Insiste en que el precepto en cita, es inaplicable para efectos de la indemnización de perjuicios generados como consecuencia de hechos punibles y propio de aquel menoscabo patrimonial derivado de la mora contractual. Además, aduce que por tratarse de "delitos cometidos por comerciantes en perjuicio de comerciantes", son precisamente las normas del Código de Comercio las llamadas a regular esta materia.

Bajo estos supuestos, cita como textos legales infringidos los artículos 1.494 del Código Civil, 1, 20, 822, 883, 884 y 886 del Código de Comercio, recabando en que tratándose de obligaciones entre comerciantes, como la existente entre "Proesa" y los procesados, han debido hacerse "las suputaciones correspondientes al lucro cesante a partir de cada uno de los hechos delictuales de los sindicados...con base en el doble del interés bancario corriente, más los intereses de los intereses pendientes desde la fecha de la demanda judicial", pues "sólo así se deja indemne a un comerciante", toda vez que la reposición del dinero, en ningún caso se consigue en Colombia al 0.5% mensual.

Segundo cargo

Acusa violación indirecta del artículo 103 del Código Penal "por error de hecho en la apreciación de la prueba 'Dictamen Pericial'".

Para el actor, el Tribunal desfiguró en sus dimensiones objetivas esta prueba -error manifiesto de hecho por falso juicio de identidad-, "porque tergiversa el contenido fáctico, ya que existiendo la prueba de que el monto del daño emergente es muchísimo mayor que la cantidad a que como daño emergente fueron condenados los sindicados ($55'976.671.00), pues en realidad asciende a $77'696.697,54, consideró el Tribunal que el perito no lo expresó, cuando a gritos lo escribió en su dictamen".

Tercer cargo

Lo intitula "Violación directa del artículo 107 del Código Penal por exclusión evidente".

Asegura que pese a ser pertinente el Tribunal omitió aplicar dicha norma, pues si para el juzgador no tenía absoluta claridad el dictamen pericial en la suma establecida de $55'976.671.00, "en manera alguna

debió contentarse con reducir la indemnización a esa cantidad"; ha debido, en su criterio, acudir al artículo 107 y tomar otros factores tales como la naturaleza de los hechos y la ocupación del ofendido, para tasar el daño.

"Advierto -agrega-, sin irrespetar a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, que no estamos frente a la comisión de un solo delito, cuyos daños se evaluaron por medio de dictamen pericial hasta una cantidad cierta, lo que traería como consecuencia que, si no se probó más, el ofendido corre con las consecuencias de su insuficiencia; no, la entidad de los reiterados delitos cometidos por los sindicados, permite al juzgador tomarlos individualmente, no como un todo, y, aunque el perito no hubiera podido precisar el cómo de la actividad delictual, la evidencia del daño está señalada, así no se haya cuantificado, y en consecuencia, la situación está subsumida por el artículo 107 del Código penal, y que yo he pedido, reiteradamente, que no sea inferior al equivalente en pesos colombianos a 4.000 gramos oro."

A continuación, el censor reproduce "distintas frases del dictamen pericial", con base en las cuales, afirma, se evidencia que existieron otro tipo de daños, que el perito "deja a la majestad de la justicia que califique su magnitud".

Concepto Del Procurador Delegado

Demanda presentada por el defensor de Rodrigo Vélez Pardo

Para el Procurador Primero Delegado en lo Penal, la demanda presentada a nombre del procesado VELEZ PARDO no es apta para quebrar la sentencia.

Primer cargo

Afirma el Delegado que la censura evidencia yerros de carácter técnico. En este caso el sentenciador no podía haber otorgado al artículo 107 del Código Penal un sentido jurídico que no le correspondía -defecto propio de la interpretación errónea-, pues dicho precepto sustancial no fue aplicado, razón suficiente para desestimar este reproche.

Segundo cargo

Para el Procurador el actor no precisa en qué radica concretamente el error interpretativo que atribuye a la sentencia en punto a la dosificación punitiva.

Pese a lo anterior, entiende que la pena fue correctamente tasada y al efecto recuerda que se trató de un delito de abuso de confianza agravado por el artículo 372 del Código Penal y respecto del cual concurrían las circunstancias genéricas de agravación de naturaleza objetiva del artícu-

lo 66.7 y 11 ibidem, que ameritaron, en criterio del juzgador, un incremento de 8 meses más y otro tanto a consecuencia de concursar con el delito de falsedad en documento privado (artículo 26), lo que arroja un total de 32 meses de prisión, guarismo acorde con los artículos 61 y 67 del mismo estatuto.

DEMANDA DEL REPRESENTANTE DE LA PARTE CIVIL

Primer cargo

La violación directa de la ley sustancial por indebida aplicación se presenta cuando se yerra en la adecuación de la norma al caso concreto. En tal medida y estimando el Delegado que el artículo 1.617 del Código Civil sí era aplicable en este proceso para efectos de establecer el monto indemnizatorio por concepto de perjuicios, "sin interesar la calidad que tengan tanto la parte obligada (procesados) como el ofendido (persona a favor de quien debe establecerse la obligación)" considera, que el cargo debe desestimarse.

Segundo cargo

Los yerros de técnica en que se incurre, hacen que el cargo no prospere. No se identifican de manera clara y precisa los fundamentos de la causal escogida, ni la manera cómo fue transgredida la norma sustancial, ni su incidencia en el fallo.

Además, el error de hecho por falso juicio de identidad que se acusa es infundado, toda vez que el sentenciador partió en forma correcta, de la suma de 855'976.671.oo, señalada por el perito, para establecer el monto total de los perjuicios ocasionados, luego ningún reparo admitiría este aspecto del fallo.

Para el Ministerio Público se trata de oponer los criterios del casacionista en la valoración de dicha prueba, al estimativo que de acuerdo con la sana crítica hiciera el sentenciador de ella.

Tercer cargo

Alega el actor la violación directa del artículo 107 del Código Penal, por exclusión evidente.

Al respecto estima el Procurador Delegado que no le asiste razón al demandante, debido a que el juzgador tomó como referencia el dictamen pericial obrante en el proceso (el cual no fue objetado), para efectos de establecer los daños y perjuicios ocasionados con el delito, siendo de este modo claro que, en consecuencia, no concurre en este caso ninguna de las hipótesis en que se presenta la exclusión evidente de la ley, razón suficiente para estimar que esta censura también debe rechazarse.

CONSIDERACIONES

Demanda del defensor de Rodrigo Vélez Pardo

Primer cargo

Para el actor, incurrió el sentenciador en violación directa de la Ley sustancial al interpretar erróneamente el artículo 107 del Código Penal.

Esta propuesta de ataque supone teóricamente que si bien el Tribunal escogió en forma acertada dicha norma para efectos de establecer la indemnización de los daños materiales no valorables pecuniariamente, erró en cuanto al sentido jurídico de ella al momento de fijar su contenido y alcance para aplicarla al caso particular.

Siendo ello así, desde ya debe afirmarse que el reproche carece por completo de fundamento, en razón a que contrariamente a lo sostenido por el libelista, en el caso *sub judice* el Tribunal en ningún momento podría haber fallado en la hermenéutica de la citada norma, asignándole una consecuencia extraña a su verdadero sentido, toda vez que ella no fue tenida en cuenta para establecer la suma equivalente a los perjuicios.

En efecto, si bien es cierto que el Juzgado 13 Penal del Circuito de Cali desechó el dictamen de perjuicios obrante en el proceso, considerando que el mismo no fijaba claramente las bases que le servían de soporte para lograr su concreción, a consecuencia de lo cual procedió a establecerlos con base en el artículo 107 del Código Penal, es evidente que para los efectos propios del recurso extraordinario impetrado, el principio de la unidad de sentencia sólo se afirma cuando los pronunciamientos de primer y segundo grado guardan armonía, pues de lo contrario, es exclusivamente contra el fallo del Tribunal Superior que se deben orientar los reproches.

En el caso presente basta con recordar que sobre el tema de los perjuicios, el *ad quem* encontró sólido fundamento en el dictamen que desechara con esta finalidad el *a quo*, para derivar de allí la suma indemnizatoria.

De este modo, resulta evidente, en consecuencia, que el Tribunal Superior en ningún momento aplicó el precepto que el casacionista cita como erradamente interpretado y ni siquiera tuvo en cuenta el mismo, toda vez que la fuente para el estimativo de los perjuicios fue el dictamen pericial aportado al proceso.

Esto pone de presente con toda nitidez, que lo pretendido por el actor es simplemente controvertir los criterios tenidos en cuenta por el Tribunal para establecer la suma indemnizatoria, sobre la base de que, desde su punto de vista, la razón estaba de parte del juzgador de primera instancia, argumentos que se distancian por completo de la vía casacional propuesta y que consecuencialmente conducen a la Sala a rechazar el cargo.

Segundo cargo

También por la vía directa y por interpretación errónea de la ley sustancial, acusa el actor la sentencia en lo relacionado con la pena de 32 meses de prisión que le fuera impuesta a Rodrigo Vélez Pardo.

Lo primero que cabe advertir es que el libelista omite señalar concretamente cuál es el precepto o preceptos sustanciales cuyo sentido legal equivocó el fallador en su aplicación. Así, de manera genérica e imprecisa, recuerda que para efectos de la tasación punitiva corresponde al juez atender a los derroteros que en esta materia han fijado los artículos 61, 64, 66 y 67 del Código Penal, pero sin identificar exactamente cuál de ellos fue erradamente interpretado.

Pese a esta falencia, resulta evidente que la discrepancia con el fallo apunta concretamente a la pena que el Tribunal Superior dedujera en contra de Vélez Pardo, como responsable de los delitos de falsedad en documento privado en concurso homogéneo y sucesivo y abuso de confianza, también en concurso, agravado en razón de la cuantía.

En estas condiciones, impera recordar que con base en el artículo 61 del Código Penal se establecen algunos factores determinantes en la discrecionalidad que se otorga al juez, para efectos de la tasación punitiva, tales como la gravedad y modalidades del hecho, el grado de culpabilidad, la personalidad del procesado y las circunstancias de agravación y atenuación concurrentes.

Precisamente con el fin de establecer la sanción privativa de la libertad para Rodrigo Vélez Pardo, con un método y criterios que se ajustan en un todo a los extremos punitivos que autorizan los artículos 61 y 67 del Código Penal, el Tribunal Superior partió de la pena mínima que el artículo 358 del Código Penal señala para el delito de abuso de confianza, esto es de un (1) año, que agravó por razón de la cuantía de acuerdo con el artículo 372.1 *ibidem*, en la tercera parte, es decir, en cuatro (4) meses; esta cifra, a su turno fue incrementada en ocho (8) meses, por estimar concurrentes las genéricas circunstancias de agravación del artículo 66.7 y 11 del mismo Estatuto, para finalmente, intensificar por razón del concurso delictivo con falsedad en documento privado la pena en ocho (8) meses más, para un total de 32.

Contra esta dosificación, el recurrente propone un inusitado cómputo de la pena excluyendo las circunstancias genéricas de agravación, pues en su criterio el fallador ha debido, únicamente establecer "el mínimo de la sanción de la cual partiría" y luego fijar los incrementos por razón de la cuantía y el concurso de hechos punibles, como no lo hizo así, la pena definitiva no podía superar veinticuatro (24) meses de prisión.

Es evidente entonces, que el actor ensaya contra el criterio del Tribunal y abandonando de esta manera por completo la vía casacional aduci-

da. un personal sistema para dosificar la pena, el cual arroja una sanción necesariamente más benigna para su representado, pero sin poder establecer en concreto las razones por las cuales el fallador equivocó excediendo su alcance, los derroteros legales para su determinación, circunstancia que conduce necesariamente al rechazo del cargo, máxime cuando, por lo demás, ningún reparo amerita la pena que se impusiera al procesado como responsable de los delitos por los cuales fue juzgado.

Demanda de la Parte Civil

La Sala no se ocupará del estudio de la demanda sustentatoria del recurso de casación interpuesto por el representante de los intereses privados, por cuanto advierte que el mismo fue irregularmente concedido al carecer de interés jurídico económico para ejercitar esta clase de impugnación. En efecto:

1. De conformidad con el artículo 221 del Código de Procedimiento Penal, cuando la impugnación extraordinaria verse exclusivamente sobre la indemnización de perjuicios, el impugnante deberá tener como fundamento para su interposición y consiguiente sustentación, la cuantía y las causales "para recurrir establecidas en las normas para la casación civil".

2. A su turno, en punto de la procedibilidad de este extraordinario recurso en materia civil, dispone el artículo 366 del Código de Procedimiento de esa especialidad (modificado por el art. 182 del Decreto 2282 de 1989), que procede contra las "sentencias dictadas en segunda instancia por los tribunales superiores, cuando el valor actual de la resolución desfavorable al recurrente sea o exceda de diez millones de pesos", cuantía que como lo dispone el art. 3 del Decreto 522 de 1988, debe ser incrementada a partir del primero de enero de 1990, en un 40%, con un ajuste automático cada dos años.

3. En este caso, no obstante que el apoderado de la parte civil no manifestó en forma expresa y clara que el objeto central del recurso extraordinario interpuesto, estaba dirigido en contra de la condena indemnizatoria, no cabe duda de que éste es el exclusivo objeto de la censura al decir de los cargos formulados en la demanda.

4. Cuando la impugnación extraordinaria tiene estas características, surge para el impugnante la obligación de así especificarlo al momento de interponer el recurso, para que el Tribunal pueda establecer la procedencia del mismo y por ende decidir sobre su concesión, habida cuenta de que sólo así puede determinar la cuantía de la pretensión desfavorable cuya inconformidad alega el recurrente.

Así lo viene sosteniendo la Sala desde 1990, cuando en decisión de 26 de septiembre de ese año, con ponencia del Magistrado Gustavo Gómez Velásquez, reiterada mediante autos del 25 de julio de 1995 y 7 de mayo

de 1996, con ponencia de los Magistrados Ricardo Calvete Rangel y Nilson Pinilla Pinilla, respectivamente, sostuvo:

"Cuando el recurrente es el Ministerio Público (o en su caso el procesado o la parte civil) y el fallo es condenatorio, en su escrito de interposición debe consignar inequívocamente que su discrepancia con él lo es por motivos de la indemnización de perjuicios, para que el Tribunal con conocimiento pleno pueda tomar determinaciones sobre la cuantía. Porque si el motivo es diverso, no es necesario mencionarlo, pero tampoco podrá ante la Corte presentar acusación alguna por la vía de las causales de casación civil, es decir, por indemnización de perjuicios, so pena de ser rechazada in limine su demanda".

5. Aquí, la sentencia del Tribunal Superior de Cali está fechada el 18 de octubre de 1994 (fl. 468 c.o.3), habiéndose interpuesto el recurso de casación por la parte civil, el 23 de noviembre siguiente (fl. 573 *ibidem*), razón por la cual el valor del interés económico para recurrir sería de $27'400.000,oo.

Como ya se advirtió, el recurrente no manifestó al momento de interponer el recurso de casación, que el mismo estaba orientado únicamente a procurar una mayor satisfacción de sus pretensiones patrimoniales, de ahí que el Tribunal no se ocupara en el auto por medio del cual lo concedió, de estudiar si el mismo era viable.

Sin embargo, y ahora cuando ya no existe duda al respecto, clara resulta la improcedencia del recurso interpuesto por el representante de la parte civil, si se tiene en cuenta que cuando presentó la correspondiente demanda, la pretensión económica la fijó en la suma de $30'000.000.00, aumentada a $120'000.000.00 en la audiencia pública y que en la sentencia que es objeto de impugnación, se condenó a los procesados al pago de $185'554.551.70, como indemnización por los daños y perjuicios causados con los delitos por los cuales se les dedujo responsabilidad penal, pues es evidente la ausencia de resolución desfavorable al recurrente respecto del interés económico perseguido, ya que superó con creces la aspiración patrimonial de la parte civil.

6. Si lo que pretende el impugnante es que oficiosamente el Tribunal, o ahora la Corte, haga la contabilización correspondiente a los intereses comerciales que alega en la demanda para determinar la procedencia del recurso, una tal aspiración resulta realmente desenfocada, pues con semejante proceder se estaría aspirando a que de una parte, y en forma apriorística, se hagan triunfar los cargos antes de ser estudiados, y de otra, desconocer que el recurso va contra la sentencia, esto es, contra lo decidido en ella y es con relación a la misma que se determina la procedencia de la impugnación. A ello es que se contrae la expresión "actual" que emplea el Código de Procedimiento Civil y no a los intereses que surgirían como mera pretensión a la que aspira el recurrente.

7. Concluyese, en consecuencia, que el recurso extraordinario interpuesto por el apoderado de la parte civil, no procedía, por no cumplirse con el requisito de la cuantía correspondiente al interés económico necesario para impugnar la sentencia del Tribunal.

Las consideraciones precedentes implican respuesta a la petición de prescripción.

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

RESUELVE

DESESTIMAR las demandas y en consecuencia NO CASAR el fallo impugnado.

Cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

COLISION DE COMPETENCIA/ TERRORISMO

"El interés jurídico que se pretende proteger con el tipo penal de terrorismo y los demás relacionados con él, es la seguridad pública, de modo que no se trata de un delito político, o que deba perseguir fines de esa clase, pues bien puede darse por razones religiosas o raciales, o como enfrentamiento entre la delincuencia común, o simplemente por crear anarquía o desorden. Así las cosas es posible que con un acto terrorista se persiga atacar a una determinada persona, familia o entidad, sin que por eso el hecho pierda esa especial connotación; o dicho de otra manera, una acción realizada con un fin particular, puede llevar implícito el carácter terrorista..."(Rad.9897) .

Si en el proceso de adecuación típica un juzgador incurrió en equivocación al escoger el tipo penal violado, ello no obliga a la inaplicabilidad de la ley pertinente que al caso corresponda por parte del otro juzgador.

Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Penal.-Santa Fe de Bogotá, D.C., veinticinco (25) de junio de mil novecientos noventa y seis (1996).

Magistrado Ponente Dr. *Didimo Páez Velandia*

Aprobado Acta No. 95

Proceso No. 11818

Resuelve la Corte lo que fuere pertinente en relación con la colisión negativa de competencia suscitada entre un Juzgado Regional de Medellín y el Juzgado 12 Penal del Circuito de esa ciudad.

ANTECEDENTES

1. Este proceso tuvo su origen en la comisión del triple delito de homicidio y atentados contra el patrimonio económico de las víctimas, ocurridos en la noche del 17 de junio del año 1989, en la carrera 20B con calle 56 sitio Los Mangos, parte alta del barrio Enciso de Medellín.

En el adelantamiento de la averiguación se estableció que los autores de los punibles pertenecían a la banda de "Los Rockeros", bien

conocida por su capacidad delictual para generar pánico en el medio circundante.

2. En principio la investigación estuvo a cargo de un Juzgado de Instrucción Criminal, el cual calificó el mérito probatorio por auto del 18 de diciembre de 1989 con resolución de acusación contra los vinculados al proceso por los delitos de homicidio agravado, concierto para delinquir definido en el artículo 186 del C. P. y hurto calificado (fl. 152 Cdno. 1). Ejecutoriado este proveído, el proceso llegó a conocimiento del Juzgado 14 Superior de Medellín donde, tras el estudio de la actuación, se arribó a la conclusión de que el concierto para delinquir que se estructuraba era el consagrado en el artículo 7° del Decreto 180 de 1988 de competencia de los por entonces Juzgados de Orden Público a cuyo destino dispuso la remisión del proceso proponiéndole colisión de competencia negativa para el caso de que no aceptara sus razones (fl. 171 Cdno. 1). El Juzgado Tercero de Orden Público, al cual correspondió en reparto, asumió la competencia y, entre otras decisiones, decretó la nulidad de lo actuado a partir del auto mediante el cual se clausuró la investigación (fl. 176 Cdno. 1).

Posteriormente, dicho Despacho, con distinto titular, luego de algunas incidencias, se declaró incompetente para seguir conociendo del proceso (fls. 284 y 308 Cdno. 2) y dispuso la remisión del mismo al Juzgado de Instrucción Criminal que había conocido inicialmente del asunto proponiéndole colisión de competencia. Con la puesta en marcha de la Fiscalía General de la Nación, el proceso llegó a la Fiscalía Tercera Delegada, de la Unidad Especializada de Vida, la que con fecha 2 de marzo de 1993 (fl. 344 Cdno. 2), insistió en que una de las conductas aquí acriminadas era la de concierto para delinquir tipificado en el artículo 7° del Decreto 180 de 1988, acogido como norma permanente por el Decreto 2266 de 1991, cuya instrucción y juzgamiento se hallaba atribuida a la llamada jurisdicción de orden público, razón para declararse incompetente para asumir el conocimiento de las diligencias. El impasse fue resuelto por la Unidad de Fiscalías Delegadas ante la Corte Suprema de Justicia el 23 de marzo de 1993 asignando la competencia para conocer del proceso en la Unidad de Fiscalías Delegadas ante los Jueces Regionales de Medellín, discurriendo así:

> "... El proceso da cuenta de un triple homicidio cometido por integrantes de una organización terrorista y con esa finalidad. Lo anterior, porque a pesar que algunos de los testigos insinúan la posibilidad de exclusivo ánimo de lucro, todas las pruebas conducen a demostrar que las muertes de las víctimas deben ser atribuidas a los procesados en cuanto integrantes de la organización delictiva, dedicada a mantener en estado de zozobra a la población, a través de acciones violentas, una de las cuales es el triple homicidio que se investiga..." (fl. 4 Cdno. Unidad Fiscalías ante la Corte).

3. Tras la práctica de algunas pruebas, la Fiscalía Regional de Medellín cerró la investigación (fl. 605 Cdno. 3) y calificó el proceso el 27 de diciembre de 1995 (fl. 694 Cdno. 3), profiriendo resolución de acusación por los delitos de concierto para delinquir (art. 7° Dcto. 180 de 1988), homicidios, hurto calificado y agravado, porte ilegal de armas de defensa personal contra algunos de los imputados, en tanto que otros dos fueron favorecidos con preclusión en vista de que por el delito de concierto para delinquir habían sido juzgados y condenados en procesos acumulados por el Juzgado 7° Superior de Medellín por homicidios agravados, acceso carnal violento, daño en bien ajeno, y hurto calificado (ver sentencias fls. 208 y 317 Cdno. 2).

Ejecutoriada esta resolución, el proceso fue remitido al Juzgado Regional de Medellín, el cual avocó el conocimiento dando iniciación a la etapa de juzgamiento (fl. 730 Cdno. 3). Empero el 22 de abril del año en curso (fl. 757), sobre la base de que el concierto para delinquir imputado no tenía fines terroristas, puesto que la banda de "Los Rockeros" "... no se trató de una organización creada para desestabilizar y enfrentar propiamente al Estado, ni a sus instituciones, ni obran con el objetivo directo e inmediato de afectarlas..." no se podía sostener que se estaba de cara al punible tipificado por el artículo 7° del Decreto 180 de 1988, sino de concierto para delinquir previsto en el artículo 186 del C.P. de competencia de los Juzgados Penales del Circuito. Agrega, por otra parte, que dos de los procesados, los beneficiados con preclusión, fueron condenados por el Juzgado 7° Superior precisamente por la última de las infracciones, de lo cual infiere que si en este caso se admitiera con respecto a los otros imputados que se está ante el concierto para delinquir con fines terroristas, dado el mayor incremento punitivo que este punible apareja, habría violación al derecho de igualdad. Fundado en lo anterior, concluye:

> "... Entonces, como el concierto para delinquir fue adecuado por la Fiscalía dentro del tipo descrito en el artículo 7° del Decreto 180 de 1988, y es el hecho punible por el cual la justicia regional adquiere la competencia de este caso, será necesario corregir ese error, obviamente anulando la actuación desde el cierre de investigación ordenado por el Fiscal Regional, para que su homólogo seccional asuma las funciones que le asigna la ley procesal penal, especialmente en los artículos 72 y 79...".

El Juzgado Penal del Circuito, al cual fue enviado el proceso proponiendo colisión de competencia, adujo que los hechos de que se ocupaba el proceso no eran de su conocimiento en virtud a que "... el concierto deducido a algunos de los sindicados materia de esta investigación, antes de tipificar la conducta del artículo 186 del Código Penal, estructura con diafanidad la descrita en el canon 7° del Decreto 180 de 1988, por estar acreditado dentro de este proceso, que la finalidad de la asociación de esta banda compuesta por unas cincuenta personas, no solamente ha

sido para afrontar la comisión de cualquier tipo de delitos, como delincuentes comunes, sino también la de crear en el ejercicio de sus acciones criminales, un innegable estado de zozobra e intranquilidad en la comunidad circundante, que es precisamente la finalidad del terrorismo, porque no solamente con bombas de gran poder destructivo se atemoriza o amedranta a una población, también con un actuar demencial como el de los aquí procesados..." (fl. 772).

El proceso llega a la Corte, en consecuencia, para que dirima el conflicto planteado.

Consideraciones De La Corte

Se cumplen siete años desde la comisión de los luctuosos hechos punibles aquí tratados sin que se haya dictado sentencia que ponga fin a la relación jurídico-procesal, merced a la marcada pereza y tozudés de algunos titulares de despachos de la llamada justicia regional, quienes, de una manera u otra, se han inventado razones de incompetencia, para abstenerse de asumir las funciones que les corresponde como administradores de justicia.

Uno de ellos, del Juzgado Tercero de Orden Público de Medellín, quien sin rubor paralizó el trámite del proceso mediante auto de sustanciación (fl. 291 Cdno.) para luego poder pretextar que no era competente porque el delito que le daba competencia había sido fallado, lo cual ameritó que se ordenara expedir copias en su contra por parte de la Unidad de Fiscalías ante la Corte cuando, al resolver la colisión, fijó en este Despacho la competencia para conocer del proceso (ver fl. 4 Cdno. Fiscalía ante la Corte). Y el otro, del Juzgado Regional de Medellín, quien sin que sobreviniera circunstancia nueva, para hacer esguinces a la decisión que fijó la competencia en la Justicia Regional, sostuvo que el conocimiento radicaba en la Fiscalía Seccional a donde insólitamente ordenó remitir el proceso por intermedio del Juzgado Penal del Circuito, quien previamente debía declarar la nulidad de la actuación a partir del cierre de la investigación.

El argumento total de su criterio, reside en que, en este caso, "... estos jóvenes se dedicaron a hurtar, violar y producir algunos homicidios de ciudadanos inermes y sencillos, con armas de defensa personal y rudimentarias, con lo cual causaron lógico desconcierto, temor y pánico en sus víctimas y parte de la comunidad donde residían, de todas formas no alcanzan dichas conductas a ser comprendidas por la legislación especial o de orden público, ya que no se trató de una organización creada para desestabilizar y enfrentar propiamente al Estado, ni a sus instituciones, ni obraban con el objetivo directo e inmediato de afectarlas..." (fl. 765 Cdno. 3).

Esta forma de reflexionar y de señalar el Estado y sus instituciones como bien jurídicamente protegido por el artículo 7° del Decreto 180 de

1988, no solamente demuestra desconocimiento del tema, sino despreocupación sobre el tratamiento que la jurisprudencia le ha dado al que se conoce como concierto para delinquir previsto por el artículo 186 del C.P. de cara al concierto de sicarios o terroristas a que se refiere el artículo 7º de dicho decreto.

En efecto, en auto del 14 de diciembre de 1994 dijo esta Corporación en lo pertinente:

> "...Valga la oportunidad para aclarar, que el interés jurídico que se pretende proteger con el tipo penal de terrorismo y los demás relacionados con él, es la seguridad pública, de modo que no se trata de un delito político, o que deba perseguir fines de esa clase, pues bien pueden darse por razones religiosas o raciales, o como enfrentamiento entre la delincuencia común, o simplemente por crear anarquía o desorden. Así las cosas, es posible que con un acto terrorista se persiga atacar a una determinada persona, familia o entidad, sin que por eso el hecho pierda, esa especial connotación: o dicho de otra manera, una acción realizada con un fin particular, puede llevar implícito el carácter terrorista..." (Rad. 9897).

En el caso sometido a consideración de la colegiatura, resulta evidente que las conductas punibles que deben ser tratadas en este proceso no se contraen tan sólo al triple homicidio y al apoderamiento de los bienes de las víctimas, que fue el objeto inicial de averiguación y que no se agotaron con el resultado inmediato. Tal examen debe abarcar, también como conducta autónoma, pero vinculada a los otros comportamientos por las consecuencias que ella misma proyecta, el hecho de que los maleantes hubieran conformado una completa organización, conocida como "Los Rockeros", comandada por un tenebroso delincuente, como lo describen los autos, que al lado de la comisión de delitos indeterminados, los alentaba el designio de engendrar terror en el medio social en el que se desenvolvían, aspecto éste que califica el tipo penal del concierto para delinquir tipificado en el artículo 7º del ya señalado decreto, reprimido con mayor pena al del artículo 186 en cita, debido a que los daños inmediato y mediato que en la sociedad causan, resultan ser más intensos.

Tal convicción resulta no solamente de que al término de la perpetración de sus actos criminales lanzaran amenazas contra los testigos, cuya presencia no los inhibía en la ejecución de sus fechorías y antes bien, ante ellos llamaban a las autoridades, en señal de prepotencia, para que acudieran a levantar los cadáveres, acto que incluso presenciaban en la seguridad de que nadie los delataría, sino porque bastaba que a la banda no se les informara el paradero de alguna persona que había osado delatarlos para que fatalmente sufrieran las consecuencias, como ocurrió con Virgelina Osorio de Castaño y sus tres hijas a quienes se les dio muerte (una de ellas fue dada por muerta, pero milagrosamente se salvó), como

se describe patéticamente en el auto de detención obrante al folio 78 del cuaderno número 1, donde también se relieva que una de esas infortunadas mujeres primero sufrió agravio sexual.

Lo anterior, unido a que igualmente se les amenazaba y daba muerte a quienes se negaban a ingresar a la banda (fl. 144 Vto. Cdno. 1), a que se quemaban viviendas de quienes colaboraban con las autoridades (fl. 226 Cdno. 2), a que como formas de intimidación se amenazaba con bombas, que hubo familias que se vieron obligadas a abandonar el barrio donde vivían ante el hecho de que alguno de sus miembros ya había sido ultimado y sobre los restantes pendía sentencia de muerte y, en fin, a que testigos que con valor civil desfilaron por este proceso también fueron eliminados (fls. 71, 115 Vto. y 143 Vto.) hace que resulte incuestionable el aspecto subjetivo de la delincuencia, vale decir, que los actos criminosos estaban dirigidos a sembrar el terror en un sector de la sociedad, a representar peligro continuado y latente.

El argumento final del Juzgado Regional conforme al cual se viola el principio de igualdad si a una parte de la organización se le condena por el artículo 186 del C.P. y a otra conforme al artículo 7° del decreto en mención, es igualmente infortunado, porque si en el proceso de adecuación típica un juzgador incurrió en equivocación al escoger el tipo penal violado, ello no obliga a la inaplicabilidad de la ley pertinente que al caso corresponda por parte del otro juzgador, como en forma inaudita lo sugiere el Juzgado Regional, porque esa forma de proceder iría en contravía a lo que es la recta administración de justicia.

Lo anterior significa que el diferendo debe ser dirimido declarando competente para conocer de este proceso al Juzgado Regional de Medellín.

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

RESUELVE

Declarar competente para conocer de este proceso al Juzgado Regional de Medellín. Por lo tanto, remítasele el informativo y con copia de este proveído infórmese al Juzgado 12 Penal del Circuito trabado en el conflicto, que así queda definido.

Cópiese y cúmplase.

Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Carlos A. Gálvez Argote, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan M. Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar. Secretaria.

NULIDAD/ UNIDAD PROCESAL/ DICTAMEN MEDICO

La nulidad no puede convertirse en el máximo remedio procesal como un fin en sí misma, sino que debe ser utilizada como una garantía que asegure el apego a la ley, por lo tanto, no toda irregularidad debe significar necesariamente su declaratoria, porque para ello es indispensable verificar la existencia de los presupuestos arriba enunciados.

La falta de vinculación de uno o varios imputados, apenas constituye una irregularidad, susceptible de ser subsanada mediante la orden de copias, ya que aun cuando sea imposible cumplir a cabalidad con el mandato del artículo 88 del C.de P.P., en punto a que por cada delito se habrá de adelantar una sola averiguación penal no importando el número de partícipes, de todas formas la responsabilidad penal es individual y por lo tanto, tal omisión no es suficiente para invalidar la actuación.

Resulta pues, no menos que inoficioso retrotraer la actuación a causa de irregularidades que no tienen la virtualidad de invalidar el acto procesal subsiguiente y que por lo tanto no riñen con la estructura lógica del proceso; en cambio sí conduciría a la interminable cadena de trámites puramente formales en detrimento de las partes que intervienen activamente en su desarrollo.

2.-Para que la omisión de un examen siquiátrico genere nulidad, se ha dicho, es necesario establecer, inicialmente la existencia de elementos probatorios que lleven a pensar en la posibilidad de que al momento de realizar el hecho punible, el acusado presentaba algún trastorno mental que le impedía conocer la ilicitud de sus actos o determinarse de acuerdo con esa comprensión y que por esa omisión se pudo haber dado el tratamiento de imputable a quien no lo era.

Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Penal.-Santa Fe de Bogotá, D.C., veinticinco (25) de junio de mil novecientos noventa y seis (1996).

Magistrado Ponente Dr. *Carlos E. Mejía Escobar*

Aprobado Acta No. 95

Proceso No. 9779

VISTOS

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto contra el fallo pronunciado por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo (Boyacá), el veinte de mayo de mil novecientos noventa y cuatro, mediante el cual se confirmó, con alguna modificación, la sentencia proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Paz de Ariporo el quince de octubre de mil novecientos noventa y tres y que impuso a José Ever Tovar Guzmán la pena principal de ciento veinte (120) meses de prisión como autor responsable del delito de homicidio.

HECHOS Y ANTECEDENTES PROCESALES

Aquellos ocurrieron el día cuatro de noviembre de mil novecientos ochenta y cinco, en el municipio de Paz de Ariporo, cuando hacia las cuatro de la tarde Juan Bautista Mazzo Carvajal se encontró con su amigo Alfonso Pastrana Ascanio a quien invitó a tomarse una cerveza en una cantina del lugar denominada "Polo Chato", a la cual, momentos más tarde, llegaron los agentes del DAS José Ever Tovar Guzmán y Fernando Cábulo Martínez donde permanecieron hasta las ocho de la noche; de ahí se trasladaron a la cantina "Los Alpes" y luego a la "Pirinola" lugar de donde se retiró Alfonso Pastrana Ascanio y se unió al grupo otro agente del DAS llamado Amador Valderrama. Antes de retirarse de este último establecimiento, el hoy occiso Juan Bautista Mazzo Carvajal, le dio a guardar a su dueño, la suma de cuarenta mil pesos e invitó a sus contertulios a la zona de tolerancia, los cuales no aceptaron la invitación debido al peligro que les representaba el sitio. Por tal motivo se dirigió a la casa de la señora Myriam Fuentes donde pretendía hospedarse, pero en ese instante se escucharon unos disparos; como no había luz no se vio a nadie transitar por ahí. Los vecinos del lugar, manifestaron haber escuchado unos disparos, pero según los agentes del DAS, ninguno los escuchó.

Lo anterior motivó que el juez instructor que tenía a su cargo las presentes diligencias, solicitara al Jefe de los Rurales la remisión de todos los revólveres de dotación oficial que la noche del suceso portaban los citados agentes del DAS para ser enviados a la sección de Balística del Instituto de Medicina Legal de Bogotá; con el estudio allí efectuado se determinó que con el revólver identificado con el No D8262252, número interno 12658 se dispararon dos proyectiles, y luego se constató que esa arma oficial había sido asignada al agente del DAS Rural José Ever Tovar a quien de inmediato se vinculó mediante indagatoria.

En cuanto a la actuación procesal se tiene que cumplidas las diligencias preliminares, entre ellas la del levantamiento del cadáver de Juan Bautista Mazzo Carvajal, fue declarada abierta la investigación el cinco de noviembre de mil novecientos ochenta y cinco por el Juzgado Dieciocho de Instrucción Criminal de Paz de Ariporo y escuchado en diligencia

de indagatoria José Ever Tovar Guzmán se le resolvió su situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva, el quince de marzo de mil novecientos ochenta y seis.

Cerrada la investigación por el Juzgado Noveno de Instrucción Criminal de esá localidad, el trece de mayo de mil novecientos ochenta y ocho se calificó el mérito del sumario con resolución de acusación contra TOVAR GUZMAN, como presunto autor del delito de homicidio.

La actuación pasó al conocimiento del Juzgado Primero Superior de Sogamoso que mediante auto del diez de agosto de ese año, revocó el auto de control de legalidad y decretó la nulidad de lo actuado desde el calificatorio, inclusive.

Como consecuencia, el Juzgado Noveno de Instrucción Criminal calificó nuevamente el mérito del sumario con resolución acusatoria en contra de José Ever Tovar Guzmán el treinta y uno de agosto de mil novecientos ochenta y ocho, decisión contra la cual se interpuso recurso de apelación y el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo confirmó en su totalidad, en providencia del veinticinco de enero de mil novecientos ochenta y nueve.

Avocado el conocimiento de la causa por el Juzgado Noveno Promiscuo del Circuito de Paz de Ariporo, abrió el juicio a pruebas, señaló fecha para la celebración de la correspondiente audiencia pública y luego de realizada dictó sentencia condenatoria el quince de octubre de mil novecientos noventa y tres, en la que impuso a José Ever Tovar Guzmán la pena principal de ciento veinte (120) meses de prisón, como autor responsable del delito de homicidio que voluntariamente consumara en la persona de Juan Bautista Mazzo Carvajal y, como accesoria la interdicción de derechos y funciones públicas por lapso igual al de la pena principal y al pago de daños y perjuicios materiales y morales en un monto equivalente a Un Mil Cien Gramos oro.

Impugnada la decisión, el Tribunal la confirmó, con la modificación de que el pago de los perjuicios debía hacerse a la esposa del occiso y no a los familiares como se había dispuesto en la sentencia del *a quo*. Contra esta determinación se interpuso el recurso extraordinario de casación, objeto de este pronunciamiento.

La Demanda De Casación

Con fundamento en la causal tercera de casación, dos cargos formula el censor contra la sentencia del Tribunal Superior, los cuales sustenta así:

Primer Cargo

Sostiene el libelista que conforme a las aseveraciones realizadas por el mismo fallador, varias personas intervinieron en la riña en la que resultó

muerto Juan Bautista Mazzo. Así el señor Fernando Cábulo Martínez resultó lesionado en la frente, y al respecto hay tres versiones sobre la forma como se lesionó; en la providencia se dice que al parecer en la disputa, mientras uno reñía el otro disparaba.

Si los hechos fueron así, agrega, podría inferirse la participación activa del señor Cábulo en el desarrollo de los acontecimientos, siendo lo pertinente que se le recibiera indagatoria para que así se realizara una investigación integral, pues conforme a la postura del Tribunal, había prueba suficiente para que la investigación no se adelantara sólo en contra de su representado.

Para el recurrente, si el señor Cábulo intervino, resultó lesionado y existió contienda, "ello lleva a la ineludible conclusión de que pudo haber existido por parte del occiso, a este sujeto, y que la reacción posible o probable del el (sic) señor José Ever Tovar, fuera por ejemplo de LEGÍTIMA DEFENSA DE TERCERO" (mayúscula, subraya y negrilla del texto).

Considera además que si se hubiera investigado a fondo la participación de Cámbulo, se hubiera podido llegar a conclusiones totalmente diferentes por razones de tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad o circunstanciales con influencia punitiva muy diversa a la que se llegó.

Estima como normas infringidas, las siguientes del Código de Procedimiento Penal: 333 por haberse dirigido la investigación únicamente hacia José Ever Tovar 18, por no haber una real participación de este ya que era necesario cumplir con los principios de igualdad y lealtad; 246, porque se produjo un fallo sin existir la prueba legal, regular y oportuna, 304 numerales 2 y 4 y 29 de la Carta Política por violación al debido proceso.

Solicita se decrete la nulidad desde el momento en que se produjo el cierre de la investigación.

Segundo Cargo

En forma "complementaria" acusa el fallo por haberse dictado en un juicio viciado de nulidad.

Según el recurrente, se demostró en el expediente que el occiso estaba ingiriendo bebidas embriagantes con el sindicado y que según su hoja de vida, ha disparado sin orden ni causa justificada; que ha llegado en estado de embriaguez a las dependencias del DAS, presentándose un enfrentamiento con el supervisor de guardianes: no existe prueba en el proceso de que existiera motivo o causa para la agresión y "quien disparó, se dice, sería",(sic).

Bajo tales circunstancias manifiesta el censor ,José Ever pudo haber disparado un numero exagerado de veces, riéndose, sin motivo alguno que justificara su proceder, y si tenía problemas con el licor hasta el punto de haber disparado algunas veces sin causa justificada, "estamos en

presencia de un individuo desquiciado, existiendo razones para que se le hubiera hecho obligatoriamente, la prueba de Medicina Legal sobre su estado mental"

Lo anterior, agrega más adelante, porque pudo ocurrir que su poderdante, en caso de haber intervenido en los hechos, lo hubiese hecho en estado de inimputabilidad y se habría incurrido en grave error al habérsele tramitado el juzgamiento como imputable.

Considera que al omitirse la prueba médica, se quebrantaron los artículos 1o., 304 numerales 3 y 4 del C de P.P., y 29 de la Carta Política, por lo que considera viable la causal de casación prevista en el artículo 220 *ibidem*, numerales 2 y 3.

Finalmente solicita decretar la nulidad desde el momento en que se haga viable la práctica de la diligencia.

Concepto del Señor Procurador Delegado en lo Penal

Para el Procurador Segundo Delegado en lo Penal, la demanda que se estudia no debe prosperar y para demostrarlo realiza las siguientes acotaciones:

Respecto del primer cargo, recuerda que conforme a la reiterada jurisprudencia de esta Corporación, aun cuando la causal tercera de casación sea objeto de decreto oficioso, no es de libre formulación y el libelista debe motivar y fundamentar su petición, demostrando la configuración del vicio y su incidencia en la sentencia, aspectos que el censor estuvo lejos de demostrar.

De otra parte lo que deja entrever el libelista es su propósito de que se reconozca una causal de justificación a favor de su representado, cuya demostración ha debido hacer al amparo de la causal primera de casación.

Recuerda que de todas formas la simple omisión en la vinculación de una persona al proceso no genera nulidad, porque si existe mérito para ello, podría adelantarse una investigación separada, mediante la compulsación de las respectivas copias.

En cuanto a la alusión que el casacionista hace respecto de la omisión de algunas pruebas, recuerda que no es suficiente con aducirlo simplemente, sino que es necesario identificar los medios probatorios a los que se refiere y la forma en que su aducción hubiese modificado las conclusiones adoptadas en la sentencia.

En cuanto al segundo cargo, considera el Representante del Ministerio Público, que los falladores en ningún momento incurrieron en omisión al no decretar dicho experticia siquiátrica, porque el *cuantum* probatorio demostró a cabalidad que el sentenciado actuó en su condición de imputable sin que se afectaran sus esferas volitiva y cognocitiva en el desarrollo del suceso.

Hace la delegada un juicioso análisis de la propia indagatoria rendida por el procesado Tovar Guzmán, así como del relato de otros deponentes en el proceso, de todo lo cual deduce que se trata de una persona capaz de comprender la licitud de su comportamiento, con posibilidad de autodeterminarse, mas no de un enajenado mental.

Bajo las anteriores consideraciones solicita que no se case el fallo.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La primera inconformidad que al amparo de la causal tercera de casación formula el defensor del procesado José Ever Tovar Guzmán, radica en no haberse vinculado al proceso a las personas contra la cuales hubiese surgido mérito para ello, más concretamente a Fernando Cábulo Martínez, motivo que considera suficiente para que se decrete la nulidad del proceso.

Pese al anterior enunciado, el impugnante no se preocupa por demostrar en qué forma dicha irregularidad procesal afecta los derechos de su representado o la estructura del proceso, exigencia que se hace necesario acreditar, pues pese a que se ha aceptado la declaratoria de nulidad oficiosamente, dicha causal no es de libre formulación en esta sede extraordinaria.

La nulidad no puede convertirse en el máximo remedio procesal como un fin en sí misma, sino que debe ser utilizada como una garantía que asegure el apego a la ley; por lo tanto, no toda irregularidad debe significar necesariamente su declaratoria, porque para ello es indispensable verificar la existencia de los presupuestos arriba enunciados.

Por ello, conforme a la reiterada jurisprudencia de esta Sala, la falta de vinculación de uno o varios imputados, apenas constituye una irregularidad, susceptible de ser subsanada mediante la orden de copias, ya que aun cuando sea imposible cumplir a cabalidad con el mandato del artículo 88 del C. de P.P., en punto a que por cada delito se habrá de adelantar una sola averiguación penal no importando el número de partícipes, de todas formas la responsabilidad penal es individual y por lo tanto, tal omisión no es suficiente para invalidar la actuación.

Resulta pues, no menos que inoficioso retrotraer la actuación a causa de irregularidades que no tienen la virtualidad de invalidar el acto procesal subsiguiente y que por lo tanto no riñen con la estructura lógica del proceso; en cambio sí conduciría a la interminable cadena de trámites puramente formales en detrimento de las partes que intervienen activamente en su desarrollo.

Otra inconsistencia que presenta el cargo que se analiza, reside en pretender el reconocimiento de la causal aducida sobre la base de planteamientos meramente hipotéticos de la ocurrencia de una justificante, lo

cual le resta lógica a la censura y deja de lado la comprobación del error mismo y su incidencia en el fallo atacado.

La impugnación así propuesta se convierte entonces, en la simple apreciación personal del impugnante de la forma como debieron analizarse los hechos y las pruebas, planteamientos que resultan totalmente extraños al reproche formulado.

Consecuencia lógica de la indemostración del yerro, es que las normas aducidas como conculcadas queden también sin ningún fundamento de su vulneración.

El Cargo por lo tanto, no prospera.

En la segunda censura, pretende el libelista se invalide la actuación, porque del expediente surgía la obligación de practicar un examen sobre el estado mental del procesado.

Para que la omisión de un examen siquiatrico genere nulidad, se ha dicho, es necesario establecer, inicialmente la existencia de elementos probatorios que lleven a pensar en la posibilidad de que al momento de realizar el hecho punible, el acusado presentaba algún trastorno mental que le impedía conocer la ilicitud de sus actos o determinarse de acuerdo con esa comprensión y que por esa omisión se pudo haber dado el tratamiento de imputable a quien no lo era.

En el caso del procesado José Ever Tovar Guzmán, como bien lo analizó la Delegada, es necesario tener en cuenta que conforme al análisis de los hechos y las pruebas arrimadas al plenario, en ningún momento surgió la necesidad de la experticia, porque desde un primer momento, esto es en la diligencia de versión libre y aun al momento de rendir indagatoria, el imputado hizo un relato de lo ocurrido en forma tal que incluyó algunos detalles como el haberse dado cuenta del momento en que la víctima, Juan Bautista Mazzo, le daba a guardar una suma de dinero al cantinero de uno de los sitios donde ingirieron cerveza, la invitación que éste les hizo a la zona de tolerancia y su negativa a ir por cuanto el sitio representaba peligro, el instante en que uno de sus compañeros retuvo a una persona que no tenía papeles y la referencia de su compañero Cámbulo de tener que madrugar al otro día para ir a revisar un ganado. Es más, es el mismo Tovar Guzmán quien aseguró que estaba tomado pero no borracho.

Tales circunstancias no develan en ningún momento la posibilidad de que el acusado se encontrara en un estado de embriaguez tan avanzado, que pudiera causarle confusión mental con alteración de su voluntad o de su conciencia al punto que hubiera actuado en estado de inimputabilidad; al contrario, la situación puesta de presente por el encartado, guarda cierta coherencia con lo ocurrido la noche del suceso, y sus compañeros Fernando Cámbulo y Armando Valderrama Copete reafirmaron las circunstancias aquí resaltadas.

Pretende el censor reforzar el argumento con la alusión a situaciones de las cuales se podría desprender que nos encontramos frente a un individuo "desquiciado", por el hecho de aparecerle en su hoja de vida sanciones por disparar arma de fuego sin causa justificada o llegar a las dependencias del DAS en estado de embriaguez.

Dicho planteamiento carece de virtualidad para suponer, frente a los demás elementos de juicio, la posible situación de inimputabilidad en relación causal con el hecho punible; su capacidad indicativa es ninguna en cuanto a que sea determinante o influyente en una probable obnubilación de la conciencia en grado tal que avasallara las facultades superiores del imputado.

De otro lado, las demás declaraciones obrantes en el plenario, de personas que de una forma u otra tuvieron conocimiento de los hechos, en ningún momento hicieron referencia a comportamientos extraños por parte del procesado; inclusive, por el hecho de que algunas de ellas afirmaran haber escuchado risas esa noche de los disparos, no se puede tener como elemento contundente del cual se pueda inferir que Tovar Guzmán estaba en ese momento con perturbaciones mentales.

Así las cosas, el planteamiento aducido por el casacionista resulta absolutamente irreconciliable con la realidad que revela el proceso, en el cual pretende destacar una serie de circunstancias genéricas y carentes de demostración, algunas relativas al estado de embriaguez y otras alusivas a posibles trastornos mentales del procesado para justificar la necesidad del examen psiquiátrico, eventos que aun cuando no resulta afinado entre mezclarlos para los mismo fines del cargo (demostrar la necesidad de la prueba pericial) tampoco se vislumbran en ninguna parte del proceso.

Bajo las anteriores circunstancias, el cargo no prospera.

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

RESUELVE

NO CASAR la sentencia impugnada, ya señalada en su origen, fecha y naturaleza.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DERECHO DE DEFENSA/ DEFENSA TECNICA

El inciso primero del artículo 148 del Código de Procedimiento Penal, norma que en ese momento estaba vigente, pues su inexequibilidad fue declarada mediante sentencia C-049 de febrero 8 de 1996, preceptuaba en el inciso primero: "Personas habilitadas para la defensa del imputado. De conformidad con lo dispuesto en el Decreto 196 de 1991, el cargo de defensor para la indagatoria del imputado, cuando no hubiere abogado inscrito que lo asista en ella, podrá ser confiado a cualquier ciudadano honorable, siempre que no sea servidor público".

La designación de la señorita... ciudadana honorable, en ese momento no sólo no constituía irregularidad alguna, sino que el funcionario obró así en cumplimiento de la ley, de manera que su posterior declaración de inconstitucionalidad produce efectos hacia el futuro, y no puede pretenderse, so pretexto de esa circunstancia sobreviniente, la nulidad de un proceso ajustado a la legislación vigente.

Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Penal. Santa Fe de Bogotá, D.C., veintiséis (26) de junio de mil novecientos noventa y seis (1996).

Magistrado Ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel*

Aprobado Acta No.96

Proceso No. 9280

Vistos

Procede la Sala a pronunciarse sobre la demanda de casación presentada por el defensor del procesado Jaime Mahecha Olarte contra la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, confirmatoria de la dictada por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Honda, que condenó al aquí recurrente por el delito de homicidio a la pena principal de diez (10) años de prisión, a las accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas y suspensión de la patria potestad «si la tuviera», por el mismo término.

I. Hechos

Fueron resumidos por el Procurador Delegado así:

«Los que dieron origen a este proceso tuvieron ocurrencia el cuatro de septiembre de mil novecientos noventa y dos en el municipio de Honda en las cercanías de la plaza de mercado «Paloquemao» en un establecimiento de juego de Bingo. En las horas de la tarde se presentó un altercado entre Jaime Mahecha Olarte y Orlando Ramos Triana quien verbalmente lanzó burlas contra el primero de los nombrados quien reaccionó en forma violenta lesionando a Ramos con el pico de una botella que instantes antes había roto, herida ocasionada a la altura de la clavícula que culminó con la muerte momentos después en el Hospital San Juan de Dios de dicha ciudad.»

II. Actuación Procesal

La Fiscalía Treinta y Ocho de Honda (Tolima) abrió la correspondiente investigación penal teniendo como base el informe de la Policía de dicha ciudad, en el que se pone a disposición al retenido Jaime Mahecha Olarte quien se presentó voluntariamente a las autoridades.

Oído en indagatoria el sindicado, se le resolvió su situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva, providencia contra la cual el defensor interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación, los cuales fueron resueltos confirmando la decisión.

Luego de celebrada una audiencia de terminación anticipada del proceso en la que el implicado no aceptó los cargos, la investigación fue asignada al Fiscal Cuarenta y Ocho de Honda, quien calificó el mérito del sumario el 7 de enero de 1993 con resolución de acusación contra el procesado Mahecha Olarte por el delito de homicidio.

Contra esta providencia se interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación; el primero fue negado, y del segundo conoció la Fiscal Cuarta Delegada ante el Tribunal Superior de Ibagué, quien confirmó en todas sus partes el auto calificatorio.

Le correspondió tramitar la etapa del juicio al Juzgado primero Penal del Circuito de Honda, despacho que luego de celebrar la audiencia pública dictó sentencia de primer grado con los resultados conocidos.

Apelado el fallo anterior, fue confirmado por el Tribunal Superior de Ibagué.

III. La Demanda

Primer Cargo

Al amparo de la causal primera el actor ataca la sentencia de segunda instancia, al considerar que es violatoria de una norma sustancial porque no está demostrado que la muerte de Orlando Ramos Triana fue causada por la lesión que le propinó Jaime Mahecha.

Cita como violado el artículo 21 del Código Penal, pues estima que la causa de la muerte de Ramos fue la no oportuna atención médica, la demora en el traslado del herido, la falta de sangre en la clínica, etc., pero no la herida causada por el procesado que no es mortal. Transcribe algunos apartes de la sentencia impugnada.

Bajo el título «Primer error», el censor afirma que constituyó yerro del Tribunal concluir que resulta muy común que los conductores de automotores se nieguen a trasladar a un herido al centro hospitalario, cuando en su opinión lo extraordinario es que las personas se nieguen a tal ayuda humanitaria y trae a colación un ejemplo de un caso similar en cuanto a la lesión en el que la ayuda y atención médica fueron fructíferas, tramitado en el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Honda -cuyas fotocopias fueron traídas a la audiencia pública de este proceso- el cual concluyó en tentativa de homicidio.

Como «Segundo error» plantea el libelista que no es ordinario o de común ocurrencia que con el pico de una botella se ocasione una lesión letal, y que la estadística sobre hechos similares indica que sólo una mínima parte termina en muerte.

En el que llama «Tercer error» cuestiona al Tribunal porque «en forma subjetiva atribuye al procesado un designio criminal desde el momento en que hirió a Ramos Triana», equivocación a la que llegó «por hacer caso omiso de la confesión del procesado», quien claramente manifestó que nunca pensó en matar al lesionado.

Cita a continuación el artículo 254 del Código de Procedimiento Penal, norma que en su opinión fue violada por el *ad-quem* al no señalar el mérito que le asignó a dicho medio de convicción.

A juicio del censor, si se hubiese analizado la confesión, la conclusión habría sido que el procesado no sabía que la lesión «era la adecuada, eficaz, oportuna para causar la muerte a Ramos Triana y así mismo no actuó con intensión (sic) de causar la muerte».

Agrega que la ausencia de intención homicida se corrobora con la condición de obrero, sin educación e inválido (le falta una mano), por lo que en opinión del censor el procesado «no sabe distinguir entre una arteria y una vena, mucho menos en donde está ubicada la vena subclavia y qué importancia tiene ésta para la vida de una persona».

Por otra parte estima que debe tenerse en cuenta que el procesado se presentó voluntariamente a dar informe de lo ocurrido y sin hablar con ningún abogado, pidiendo que le fuera nombrado uno de oficio, y se le asignó una muchacha que barría el piso, lo que indica que no fue asesorado y que por tanto su versión «merece credibilidad» especialmente en su afirmación de que nunca pensó en matar a su víctima.

Estima el casacionista que se encuentra plenamente demostrado que Mahecha nunca quiso matar a Ramos, tal como lo declaró en la confesión ignorada por el Tribunal, la cual concuerda con el lugar de la lesión, pues a su juicio nadie que quiera matar escoge dicha área sino aquélla donde el común de la gente entiende que se halla ubicado el corazón u otro centro vital, y además el arma utilizada no es necesariamente letal, por cuanto «a diario en todos los municipios del país se presentan casos de lesiones con botella, pero que en escasísimo [sic] porcentaje éstas terminan en muerte», todo ello aunado a la omisión «del cumplimiento de los deberes de los conductores en llevar al herido al hospital», no existía suficiente provisión de sangre en dicho centro y no se presentaron donantes voluntarios, de lo cual en su sentir debe concluirse que la lesión que ocasionó Mahecha no fue la causa de la muerte y ésta se produjo por causas no dependientes de su voluntad sino ajenas.

Concluye la censura solicitando la revocatoria del fallo «de acuerdo al art. 21 del C.P. en concordancia con los Arts.446 y 447 del C.P.P. y demás normas pertinentes».

Segundo Cargo

Bajo el título de "Causal segunda" solicita el censor que se revoque la sentencia condenatoria de segunda instancia por ser ésta violatoria de una norma de carácter sustancial, art.220 numeral 1o. del C.P.P., y cita a continuación los arts. 247 *ibidem*, 35 y 323 del C.P.

Plantea el libelista que la resolución acusatoria por homicidio simplemente intencional señala que el sindicado obró en forma dolosa, y en la sentencia de primer grado se le condenó por dolo de ímpetu, en tanto que en la sentencia impugnada se califica este dolo como eventual. A continuación transcribe algunos apartes del fallo del Tribunal sobre este aspecto, para concluir que en su opinión «en el expediente no existe prueba que nos lleve a la certeza de la existencia del dolo eventual en la actuación de Mahecha», y añade que no se tuvo en cuenta la confesión del procesado cuando afirma que nunca pensó en matar.

Advirtiendo que repetirá lo expresado por la defensa en la diligencia de audiencia pública y en el memorial sustentatorio del recurso de apelación, manifiesta su inconformidad con la decisión en cuanto a la ubicación de la lesión y cercanía con órganos vitales como el corazón, arterias y venas, pues dice que al leer la diligencia de autopsia claramente se observa que la lesión lo fue en el hombro, en la clavícula «distante de pulmones y corazón».

Repite muchos de los argumentos expuestos en precedencia para intentar desvirtuar la imputación a título de dolo eventual, pues en su opinión el procesado no podía prever la consecuencia de su actuar por ca

rencia de conocimientos de anatomía y fisiología «que le permitieran saber con precisión en dónde están ubicadas las venas y las arterias».

Insiste en que pese a los muchos heridos que se presentan diariamente por golpes con botellas, la proporción de muertes es ínfima y corresponde a lo diferente de lo normal, lo que le permite afirmar que la persona que hiere a otro con una botella presume que ocurrirá lo ordinario y no lo extraordinario.

Cuestiona la conclusión del Tribunal respecto a la falta de relevancia de la no repetición de la lesión por parte de Maliecha, pues este hecho en su opinión es indicativo de la ausencia de dolo, por cuanto el homicida siempre llega hasta cumplir con su designio, más aún teniendo la oportunidad de hacerlo, lo cual constituye una abstención de la que debe deducirse la ausencia de propósito de cometer el delito de homicidio.

Estima el libelista que constituye un error del Tribunal restarle importancia al hecho de no haber huido el sindicado del lugar hasta que se dio cuenta que le prestaron auxilio al herido, por cuanto esto es una muestra más de «tranquilidad de conciencia», así como haberse presentado voluntariamente a confesar el suceso a lo que también le restó importancia el fallador, siendo como es un indicio a su favor que respalda la confesión en la parte ignorada en cuanto dice que nunca pensó en matarlo.

Alega que «ninguna de las pruebas aportadas en el expediente infirma la confesión y por el contrario le dan plenitud probatoria», y habla nuevamente de la ubicación de la lesión, el hecho de haber tenido oportunidad de repetir la agresión y no hacerlo, permanecer en el lugar de los hechos y presentarse voluntariamente a las autoridades, así como que el instrumento empleado en su opinión no es apto para causar la muerte.

Concluye el casacionista que no está probado el dolo, luego debió ser absuelto el procesado y para corregir el error debe ser revocada la sentencia impugnada.

Tercer cargo: Es por la causal tercera, y el impugnante solicita que se revoque la sentencia impugnada por haber sido dictada en un juicio viciado de nulidad. Cita el artículo 220-3 del C. de P.P.

La irregularidad que denuncia «consiste en el hecho de haberse desatendido la solicitud que hizo el señor Jaime Maliecha Olarte el día 4 de septiembre de 1992, para que se le designara un defensor de oficio y por el contrario, se ordenó desde esa fecha recibirle indagatoria el día 7 de septiembre de 1992, designándole en lugar de un abogado a una joven muy honesta, quien tiene por oficio barrer el piso y hacer lo propio al aseo de las oficinas.

El no nombrarle para la indagatoria a un abogado existiendo en Honda por lo menos diez residentes, se presenta una nulidad legal y constitucional, por violación del artículo 29 de la Carta.

Estima que con tal irregularidad se violó el derecho a la defensa de Mahecha, pues desde la indagatoria alegó la legítima defensa que siempre le fue negada en las instancias, y en esa diligencia manifestó haber sido golpeado por el occiso en la espalda. Si hubiera estado asistido por un abogado de acuerdo al ordenamiento legal, este profesional había podido solicitar que se dejara la anotación pertinente en la indagatoria sobre la señal de violencia, y que el médico legista determinara la incapacidad, el arma o instrumento empleado para causar la lesión. Una joven que sabe barrer, pero que no conoce las leyes, no sabe qué podía hacer en un momento como el indicado.

Afirma el censor que la base para el no reconocimiento de la causal de justificación alegada, tanto en la resolución de acusación como en las sentencias de primera y segunda instancia, fue que «no está demostrada la violencia actual e injusta contra la vida y la integridad personal del sindicado por parte de Ramos Triana», lo que se traduce en violación del derecho a la defensa en la medida en que no se practicó la prueba para determinar la lesión, la incapacidad y el instrumento con que fuera ocasionada, todo lo anterior por no estar asistido en el momento de la indagatoria por un profesional del derecho.

Sostiene que este tipo de nulidades no es subsanable aunque se hubiese nombrado un abogado al día siguiente de dicha diligencia, pues estima que «lo ocurrido antes de esto persiste defectuoso, nulo inexistente». Cita el artículo 308 del C. de P.P., pues tal irregularidad «afecta las garantías de los sujetos procesales y desconoce las bases fundamentales de la instrucción y el juzgamiento».

A continuación analiza el artículo 148 del C. de P.P., que prevé la designación de una persona honorable que no sea servidora pública, en el evento en que no hubiese abogado inscrito, y afirma que el término no «hubiere» se refiere a los sitios, lugares o localidades en los cuales el instructor se encuentre en la impostergable obligación de recibir indagatoria y no exista un abogado radicado o que ejerza allí, por ejemplo se presenta este caso en varios municipios del Vaupés, Vichada, Putumayo, y asegura no ser este el caso de Honda, donde reitera «hay más de 10 abogados titulados residentes y ejerciendo la profesión».

Agrega que en el edificio donde se encuentra la Fiscalía funcionan once Juzgados, lo que hace muy fácil encontrar un abogado, luego no existía «ninguna causa justificada para no designar como defensor a un abogado».

Aduce que tampoco había inminencia de tiempo para que se justificara tal medida, por cuanto Mahecha se presentó voluntariamente el día cuatro de septiembre entre 4 y 5 de la tarde, y el término de las 72 horas se vencía las 5 p.m. y no a las 9 a.m.. Cita el artículo 356 del C. de P.P.

Finalmente solicita que «se revoque la sentencia impugnada por la nulidad legal y constitucional indicada».

III. Concepto Del Ministerio Público

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal sugiere a la Corte no casar la sentencia impugnada por las siguientes razones:

Tercer Cargo

Respecto a lo ocurrido en la diligencia de indagatoria, la Delegada observa que en verdad le fue designada al procesado como apoderada la señorita Luz Dary Zárate -no se dice en la diligencia su profesión- y certifica el Fiscal Treinta y Ocho que la recibió: «y respecto al derecho que tiene de nombrar un defensor para que lo asista procesalmente, manifestó: que me nombren por el momento uno de oficio».- A lo manifestado por el indagar (sic), el Despacho le nombra únicamente para esta diligencia, *en ausencia de abogado titulado* a Luz Dary Zárate V. ...» (destacó la Delegada).

Estima que por tratarse de documento público suscrito por quien tiene el deber de certificar sobre los hechos reales, como lo es el Fiscal, se presume auténtico mientras no sea tachado de falso, y la simple tacha no es suficiente, es necesario que se demuestre que lo consignado en él no es real. En efecto, el censor sólo manifestó que existen más de diez abogados inscritos en el municipio de Honda; no probó esta afirmación. No obstante, de ser cierto ello, tampoco demuestra la supuesta falsedad por cuanto es de común ocurrencia que al momento de la diligencia no es posible localizar a ningún profesional del derecho, con lo cual el Fiscal está facultado legalmente para nombrar a un ciudadano honorable.

Por otra parte, en este caso concreto se hizo la salvedad de que la designación sólo lo era para la diligencia de indagatoria. No existió entonces irregularidad alguna.

En cuanto a la consecuencia de que habla el libelista -omisión de la práctica de reconocimiento médico-legal-, dice la Delegada: «En verdad en la indagatoria el indagado manifestó haber sido agredido por su opositor y señaló su espalda como sitio en el que recibió el supuesto golpe, también es cierto que no se dejó constancia alguna de la descripción de la supuesta lesión. Pero igualmente es cierto que al día siguiente de la mencionada diligencia, el propio procesado designó como abogado de confianza al doctor Carlos Ignacio Monsalve Plata y en esa fecha (septiembre 8/92) tomó posesión de dicho cargo ante el Fiscal Treinta y Ocho de Honda y desde dicho momento estaba en libertad de solicitar dicho experticio médico y no lo hizo».

Lo anterior indica que no se violó el derecho a la defensa alegado, por cuanto no existió irregularidad alguna, y el hecho de no haber estado el procesado asistido por un abogado, «si bien pudo dificultar que se dejara la constancia pertinente sobre la lesión, porque no fue solicitada por la apoderada», ello no indica la existencia de una irregularidad y aún si lo fuera, ella no tiene la magnitud como para que deba acudirse a medida extrema de la nulidad del acto, por cuanto, se repite, tal oportunidad la tuvo también el apoderado de confianza y por alguna razón no lo hizo y puede perfectamente pensarse que se trata de una táctica defensiva por que a lo mejor ninguna huella de lesión se detectaría, máxime cuando existen testimonios que desvirtúan su dicho.

Agrega que el censor no señaló la consecuencia que para el proceso traía la nulidad deprecada, por cuanto sólo pide que se revoque la sentencia, como tampoco expresa la incidencia en el fallo de la prueba omitida, si con ella sola se hubiera tenido que reconocer la causal de justificación alegada por la defensa.

Luego de transcribir algunos apartes de la sentencia impugnada, el Delegado observa, que fueron las declaraciones de los testigos presenciales las que otorgaron al sentenciador las bases para desvirtuar la agresión física esgrimida por el procesado, pues de ellas se desprende que se trató exclusivamente de burlas y ofensas verbales y que quien no alcanzó a defenderse fue precisamente Orlando Ramos Triana, que fue en realidad el agredido gravemente.

La prueba echada de menos por el censor nunca se practicó, la defensa no la solicitó, y ni la Fiscalía ni el Juzgado ordenaron de oficio su práctica como era su deber de investigar tanto lo favorable como lo desfavorable. Empero, imaginando que se hubiese practicado y que el dictamen arroje alguna lesión e incapacidad por la misma, difícil resulta con ella desvirtuar las pruebas de cargo como las declaraciones de los testigos presenciales que en ningún momento observaron agresión alguna de parte de Ramos, quien por el contrario, trato de defenderse y no lo logró por la rapidez con que el procesado rompió la botella e inmediatamente procedió a lesionarlo en forma letal.

Añade que no basta la demostración de la omisión en la práctica de una prueba, sino que se requiere indefectiblemente de la verificación de la incidencia y trascendencia en el fallo, que debe ser de tal magnitud que con ella (la prueba omitida) se logre derrumbar la sentencia y se torne, en este caso, en absolutoria por la necesidad de reconocimiento de la causal de justificación alegada, que como se desprende de los demás medios de convicción recaudados en forma legal y oportuna, y que para los falladores han merecido credibilidad, no debe ser reconocida.

El cargo no debe prosperar.

Primer Cargo

Señala el Procurador, que el censor menciona como norma violada el artículo 21 del C.P., sin mencionar el sentido de la violación, lo que no solo constituye una falla técnica en la elaboración de la censura, sino que dificulta su interpretación por cuanto repercute en falta de claridad y precisión, requisitos estos que son indispensables en esta sede extraordinaria, en la que en virtud del principio de limitación le está vedado a la Corte corregir los errores de la demanda o examinar causales no presentadas.

Por lo anterior, la Delegada sugiere la desestimación del cargo, no sin antes hacer algunas consideraciones sobre la técnica y sobre el aspecto conceptual planteado en el cargo.

Dice que el censor enuncia la indagatoria para afirmar que esta prueba fue ignorada por el Tribunal en cuanto a la afirmación que contiene de que el sindicado nunca pensó en matar al occiso, con lo que pudiera pensarse que denuncia un error de hecho por falso juicio de existencia y en el mismo contexto agrega que tal versión «merece credibilidad», de lo que puede fácilmente deducirse que mezcla -sobre un mismo medio- errores de hecho y derecho, actitud ésta totalmente contradictoria por cuanto si el fallador omitió apreciar esa parte de la injurada, no puede al mismo tiempo restarle credibilidad.

Lo anterior también se deduce del cuestionamiento que hace de las afirmaciones del Tribunal que denomina «errores», como son haber aceptado que es común que las personas se nieguen a prestar ayuda para el traslado de un herido, aunque en opinión del censor ocurre lo contrario; el que el Tribunal debió concluir que debido al bajo grado de instrucción del procesado, éste no podía saber cuándo una lesión es mortal o no porque no conoce los órganos del cuerpo y no puede distinguir entre una vena y una arteria ni la ubicación de las mismas. Esto evidencia que el censor quiere que su tesis prime sobre la del fallador, sin otro argumento que su invocación, lo cual resulta imposible en virtud de la doble presunción de acierto y legalidad de que vienen precedidas las sentencias.

Luego de transcribir algunos apartes de la sentencia de primera instancia, que forma una unidad inescindible con la de segundo grado, considera que puede observarse que «en verdad no fue creída la versión del imputado, con lo cual no podrá decirse que fue «ignorada» por los falladores, por cuanto el Tribunal refuerza los argumentos y aclara respecto del denominado «dolo de ímpetu» con el que, acorde con el fallo de primer grado, actuó el procesado».

Por otra parte, expresa que el primero de los argumentos del libelista en cuanto a la pretendida violación al art.21 del C.P., «fue ampliamente respondido en el fallo de segunda instancia en el primer acápite del mis-

mo denominado por el Tribunal: «Conducta objetiva y Nexo causal», con análisis que no es dable en este momento discutir por cuanto el censor no presentó el ataque por la vía de la violación directa y el error que enuncia, propio de la violación indirecta, por haber omitido el Tribunal el análisis o apreciación de la confesión -ya fue respondido- y no haber tenido en cuenta que la lesión no fue de carácter mortal y por lo tanto la muerte se produjo por causas diferentes a la conducta del procesado (demora en el traslado del herido a la clínica, inoportuna asistencia médica, falta de sangre etc.), para lo cual estima el libelista debe analizarse en forma diferente a como lo hizo el fallador el dictamen médico de la diligencia de necropsia y su ampliación en audiencia pública, por el mismo médico que atendió a Ramos el día de los insucesos, todo lo cual se quedó sin el adecuado desarrollo».

Asevera que «El anterior error, que no aclara el libelista si es de hecho o de derecho, constituye en sentir de esta oficina uno de derecho por falso juicio de convicción por cuanto lo que no comparte el censor son las conclusiones del Tribunal, pues el dictamen en sí es susceptible de valoración por parte del juzgador conforme a las reglas de la sana crítica, así como el testimonio rendido por el legista en la vista pública.

Concluye que en todo caso, «sin un análisis profundo sobre el tema al que no se encuentra obligada la Corte por el principio de limitación, ha de decirse que si hubiese tenido oportuna y eficetiva atención médica el mortalmente herido Ramos, la única conclusión que puede elaborarse es que si la vida le hubiese sido salvada, constituye ello «circunstancias ajenas a la voluntad del autor» que llevarían a una imputación por tentativa de homicidio como ocurrió en el ejemplo traído a colación por el propio impugnante».

Estima que el cargo falto de técnica no puede prosperar.

Segundo Cargo

Considera el Ministerio Público que, «Como los argumentos de esta censura son los mismos ya expuestos en el primer cargo, aunado al hecho ya evidenciado de la falta de técnica en la presentación (aquí tampoco enuncia la vía de violación de la ley sustancial, la clase de error que le endilga al fallador) que le resta claridad y precisión a su ataque, no entrará la Delegada en mayor argumentación por cuanto el mismo yerro de falso juicio de existencia por omisión del análisis de la confesión ya que fue respondido con anterioridad, en cuanto a que no se ignoró el dicho del procesado en cuanto a la ausencia de intención homicida sino que los falladores le restaron credibilidad en el examen conjunto con los demás medios de convicción». El cargo no puede prosperar.

V. Consideraciones De La Corte

1.- Teniendo en cuenta el principio de prioridad, se examinará en primer término el reproche referente a la nulidad, presentado como último por el recurrente.

Tercer Cargo

El demandante acusa la sentencia por haber sido dictada en un juicio viciado de nulidad por violación del derecho a la defensa.

Como fundamento del reproche plantea lo siguiente: a) no haberle sido asignado al procesado al momento de su indagatoria un abogado titulado, sino una muchacha que ejerce el oficio de barrendera, sin que exista justificación alguna para tal irregularidad; b) como consecuencia de lo anterior se omitió la práctica de la prueba de reconocimiento médico legal, respecto de la lesión que en dicha diligencia afirmó haber sufrido el incriminado de manos del occiso, lo que a su juicio hubiere permitido el reconocimiento de la legítima defensa alegada por el mismo.

En cuanto a lo primero, resulta importante hacer las siguientes observaciones:

El día viernes 4 de septiembre de 1992 a las 5:50 p.m. fue puesto a disposición de la Fiscalía Jaime Mahecha quien enterado de sus derechos manifestó: «Sobre el abogado por el momento el Despacho me designe uno de oficio, si es necesario, posteriormente designo uno».

En la misma fecha se abrió la instrucción y se ordenó oír en indagatoria al acusado el día lunes 7 del mismo mes y año a las 9:00 a.m.

No obstante haber manifestado días antes que designaría un abogado, llegado el momento de rendir indagatoria el sindicado expresó «que me nombren por el momento uno de oficio», ante lo cual se le respondió: «A lo manifestado por el indagar, el despacho le nombra únicamente para esta diligencia, en ausencia de abogado titulado a Luz Dary Zárate V. ...» (Subraya fuera del texto).

El inciso primero del artículo 148 del Código de Procedimiento Penal, norma que en ese momento estaba vigente, pues su inexequibilidad fue declarada mediante sentencia C-049 de febrero 8 de 1996, preceptuaba en el inciso primero: «Personas habilitadas para la defensa del imputado. De conformidad con lo dispuesto en el Decreto 196 de 1991, el cargo de defensor para la indagatoria del imputado, cuando no hubiere abogado inscrito que lo asista en ella, podrá ser confiado a cualquier ciudadano honorable, siempre que no sea servidor público».

El libelista plantea que en Honda hay más de diez abogados titulados residentes y ejerciendo la profesión, afirmación que no está acreditada en el proceso, y en cambio sí obra la constancia del Fiscal respecto a la au

sencia de abogado titulado para asistir al acusado en la diligencia, razón por la cual hizo uso de la facultad que le confería la norma en comento, sin que sea posible inferir que tuviera la real posibilidad de nombrar un abogado titulado, y que pese a ello se haya abstenido.

Así las cosas, la designación de la señorita Luz Dary Zárate V., ciudadana honorable cuya profesión no se precisa en el acta de la diligencia, en ese momento no sólo no constituía irregularidad alguna, sino que el funcionario obró así en cumplimiento de la ley, de manera que su posterior declaración de inconstitucionalidad produce efectos hacia el futuro, y no puede pretenderse, so pretexto de esa circunstancia sobreviniente, la nulidad de un proceso ajustado a la legislación vigente.

Se debe destacar, que desde el día siguiente a la injurada el acriminado nombró un defensor de confianza que lo asistió durante todo el sumario y el juicio, de modo que no hay duda de que su garantía de defensa fue ejercida a plenitud.

b) En lo que atañe al segundo aspecto -omisión en la práctica del reconocimiento de medicina legal-, razón le asiste a la Delegada cuando destaca que no es violatorio del derecho a la defensa, previas las siguientes precisiones:

Es verdad que el indagado en su injurada manifestó haber sido agredido por su opositor y señaló su espalda como sitio en que recibió el supuesto golpe; también lo es que no se dejó constancia alguna de la descripción de la referida lesión. Sin embargo, es igualmente cierto que al día siguiente de la mencionada diligencia el procesado designó al ahora recurrente como su abogado de confianza, quien en esa fecha (septiembre 8/92), tomó posesión del cargo ante el Fiscal Treinta y Ocho de Honda, luego desde dicho momento no solamente estaba en libertad de solicitar la experticia médica, sino que además se encontraba en oportunidad de hacerlo, pues las huellas de la presunta lesión, en el evento de haber existido, aún no habían podido desaparecer por el transcurso del tiempo. El hecho de no solicitar la prueba echada de menos, permite pensar que ninguna huella de lesión podía detectarse porque la misma no existió, máxime cuando los testigos presenciales desvirtúan el dicho del procesado.

Sabido es que cuando se alega nulidad por no haberse practicado una prueba, obligado está el actor a demostrar que ese medio de convicción cuya práctica se omitió, de obrar en el proceso habría cambiado el sentido del fallo. Esta exigencia no fue cumplida por el aquí casacionista, pues se limita a decir que no se dejó constancia en la diligencia de indagatoria sobre la señal de violencia, ni se practicó el dictamen médico-legista para determinar la incapacidad y el arma empleada para causar la lesión, por lo que se causó un grave perjuicio al procesado.

Como puede verse, el censor extrae de esas pruebas que echa de menos una apreciación personalísima e insular, desconectada del acervo probatorio que se tuvo en cuenta para no reconocer la causal de justificación alegada.

El Tribunal para no reconocer dicha eximente expresó:

«...si algo quedó bien nítido en la retina y en la conciencia de los testigos, así como en el diligenciamiento, fue la ninguna necesidad que tuvo el procesado de herir de muerte a su contrincante, dado que nada serio ni grave lo obligaba a ello.

Se estableció en efecto, por la totalidad de los declarantes que la agresión se gestó en virtud de las palabras y frases socarronas que le profirió sin tener motivo válido para ello, salvo el de hacerlo objeto de burlas, frente a los concurrentes al juego, el posteriormente occiso Orlando Ramos Triana».

Volviendo sobre este tema en el mismo fallo se dijo:

«Mahecha está pelao '...vaya tómese la sopa...', fueron las palabras y el anímico detonante que enmarcó la tragedia, porque inmediatamente a ellas el procesado emprendió su acción, ya que cogiendo un envase que estaba en una mesa lo «despicó», desafió a su eventual rival y sin mediar nada más se abalanzó sobre él, con tanta rapidez y destreza que su desafiado contendor no tuvo tiempo de defenderse, pues los esfuerzos que hizo para ello, tratando de tomar también alguna botella o su caja de embolar, fueron vanos e inútiles, ante la sorpresiva arremetida de que fue víctima por parte de Mahecha Olarte».

Posteriormente agregó el fallador:

«Ese inicial 'ofensor', si así, por lo dicho habremos de llamarlo, en ningún momento reló; ni esa fue su intención, ni se preparó para el combate, porque el despojo de su camisa lo hizo una vez recibió el llamado a somatén y vio a su enfrentado sin ella, que al tiempo que respondía y vociferaba con un repertorio cargado de improperios alistaba el arma, lo cual hace que la presunta y alegada legítima defensa, decline ostensiblemente por su base, pues ninguno de los elementos normativos y doctrinales, referentes a la existencia de una agresión actual e injusta contra la vida, proporcionada la repulsa a ella, no se dan ni se reúnen en este caso».

Definitivamente no fue la falta de prueba lo que llevó a los falladores a negar la presunta agresión física esgrimida por el procesado, sino el hecho de que ésta fue desvirtuada con las declaraciones de los testigos presenciales, de las cuales se desprende que se trató exclusivamente de burlas y ofensas verbales, y que quien realmente fue agredido gravemente fue Orlando Ramos Triana sin poder defenderse por la rapidez con que el procesado rompió la botella y procedió a lesionarlo.

Razón le asiste a la Delegada cuando dice que en el evento de que se hubiera practicado el examen, así el resultado acreditara alguna lesión, difícil resultaría desvirtuar las declaraciones de los testigos presenciales que en ningún momento observaron agresión alguna por parte de Ramos, quien por el contrario trató de evitar el ataque de que fue víctima sin lograrlo.

En tales condiciones el cargo no puede prosperar.

Primer Cargo

a) La simple lectura de la sustentación pone en evidencia que dentro de este reproche el censor mezcla dos temas totalmente ajenos, pues para tratar de demostrar que no existió relación de causalidad entre la lesión y la muerte, alega que su cliente no actuó con la intención de matar, desconociendo que el nexo causal es un aspecto objetivo, mientras que el dolo es subjetivo.

Siendo el propósito controvertir la relación de causalidad, lo correcto era centrarse en la demostración de un error trascendente en la apreciación de las pruebas que sirvieron de sustento a la conclusión de que la conducta observada por su defendido fue la generadora de la muerte de Ramos Triana, sin introducir argumentos que no solo no ayudan a ese fin, sino que generan confusión sobre la verdadera inconformidad del impugnante.

b) Otra falla en que incurre el demandante es creer que la sustentación del recurso de casación consiste en repetir los alegatos presentados en las instancias, cuestionando las consideraciones del Tribunal con la simple afirmación de que incurrió en «ERROR», sin demostración alguna, y limitándose a oponer sus tesis a las del fallador con apreciaciones subjetivas, pasando por alto que la sentencia de segunda instancia está amparada por la doble presunción de acierto y legalidad.

El recurso de casación solo puede prosperar si se demuestran errores in iudicando o in procedendo trascendentes, esto es, que quiebren la legalidad del fallo, de modo que no tiene sentido que en el libelo se incluyan especulaciones disfrazadas con el nombre de errores, tales como decir que no es común que las personas se nieguen a prestar ayuda a un herido, o que no es de frecuente ocurrencia que con el pico de una botella se ocasione la muerte, o que el homicida no conocía que la lesión proferida con un pico de botella era eficaz para matar, o que debido a su bajo grado de instrucción no sabe distinguir entre una arteria y una vena y mucho menos en dónde está ubicada la vena subclavia y qué importancia tiene para la vida de una persona.

Lo probado en el proceso es que el acusado le causó a la víctima una herida de carácter mortal, la experticia médica es muy clara al decir que la muerte se produjo por anemia aguda, shock hipovolémico que se tornó

irreversible por sección completa de la vena subclavia, de manera que es absurdo pretender desconocer esa prueba con aseveraciones tan poco serias, como aspirar a que alguien le crea que su cliente es de tal modo ignorante que no sabe que pasarle con fuerza un pico de botella por el cuello a una persona le puede causar la muerte, o que para ser responsable de homicidio se necesita que el sujeto activo sea experto en anatomía.

De otro lado, es indicado puntualizar -como lo observa la Delegada- que en la hipótesis de que el mortalmente herido hubiese tenido oportuna y efectiva atención médica y la vida le hubiese sido salvada, ello habría constituido «circunstancias ajenas a la voluntad del autor», que llevarían a una imputación por tentativa de homicidio como ocurrió en el ejemplo traído a colación por el impugnante.

c) Un yerro de apreciación probatoria que el recurrente atribuye al Tribunal, y en el cual centra buena parte de su alegación, lo radica en que la indagatoria de su defendido fue ignorada en cuanto a la afirmación de que nunca pensó en matar al occiso, con lo que parece ser que lo que denuncia es un error de hecho por falso juicio de existencia.

Sin embargo, no es cierto que los sentenciadores ignoraron la indagatoria de Mahecha Olarte, pues en la sentencia de primera instancia que en el caso que nos ocupa forma una unidad inescindible con la de segundo grado, se hace alusión expresa a la injurada y su contenido, y se refutan los argumentos allí esbozados por el indagado para negarles credibilidad frente al análisis de los demás medios de convicción.

Lo que realmente ocurrió fue que la versión del imputado no fue creída, y razón le asiste al Procurador cuando destaca que no podrá decirse que fue ignorada por los falladores, máxime cuando el Tribunal refuerza y aclara los argumentos respecto del denominado «dolo de ímpetu», con que acorde con el fallo de primer grado, actuó el procesado.

El desconocimiento de la técnica casacional, reduciendo la sustentación a un simple alegato de instancia, en el que pretende la prevalencia de su criterio sobre lo expuesto por el Tribunal, conduce a la desestimación de la censura.

Segundo Cargo

Consiste en la afirmación de que en el expediente no obra prueba que lleve a la certeza del dolo en la actuación del procesado, sin precisar ninguna vía para desarrollar su reparo, ni tampoco qué clase de error es el que le imputa al sentenciador.

Así las cosas, salvo insistir nuevamente en que la confesión no fue apreciada, aseveración que como se vio en el punto anterior no es cierta, lo demás es una simple manifestación de inconformidad porque el juzga-

dor no dio a algunas pruebas el alcance y valor que en su concepto ha debido dárseles. La repetición de los desaciertos del primer cargo es de tal forma idéntica, que el Procurador en su concepto expresa que no es necesario agregar nada más a lo dicho.

Para ilustrar lo expuesto se trae como ejemplo lo que sigue:

El censor aduce que la ubicación de la lesión, «no es como lo dicen los Honorables Magistrados la del sitio vulnerable donde se encuentra corazón, arterias y venas porque nos basta leer la diligencia de autopsia, en la que se comprueba que se causó en un hombro en la clavícula, distante de pulmones y corazón, luego no se puede tener esta situación como indicadora que el sindicado preveía la consecuencia letal y mucho menos que hubiese obrado queriendo que se cumpliera esta posibilidad».

En la diligencia de necropsia, respecto de la ubicación de la lesión se lee:

«Herida infraclavicular sección completa de la vena subclavia a 3 cms. de bifurcación con vena yugular interna ...No compromiso de lóbulos pulmonares... Corazón: sin alteración»..

El Tribunal consideró que no puede demeritarse la intención del agresor «máxime cuando este dirige el golpe no a un sitio cualquiera de poca vulnerabilidad, sino aquel donde se alojan arterias, venas, pulmones y corazón».

Sin entrar en profundas reflexiones, es evidente que vana resulta la pretensión del recurrente al intentar refutar la consideración del sentenciador, pues lo cierto es que la acción del procesado si fue dirigida a un centro vital donde se encuentran alojadas venas y arterias conforme se desprende del dictamen del legista, tanto es así, que su trayectoria alcanzó la «sección completa de la vena subclavia» lo cual originó el resultado conocido.

Según el censor, el instrumento utilizado en la contienda por el autor del delito no tiene la capacidad de producir la muerte, porque la mayoría de los casos en que se causa una lesión con una botella no terminan en muerte, y con este argumento pretende imponer su criterio al del fallador, ignorando las razones lógicas atendibles y ceñidas al caso concreto que fueron tenidas en cuenta para decir que tal instrumento no es de poca monta, cuando «las afiladas aristas de distinto tamaño, bordes y puntividad que caprichosamente pueden conformar la violenta ruptura de una botella, para ser utilizada en una riña en la que de contera el contrincante se despoja hasta de su propia camisa, quedando así al descubierto y más expuesto su cuerpo a las desgarradoras y penetrantes heridas que esas irregulares formas pueden ocasionar».

Es cierto que el procesado no repitió el golpe, no abandonó el lugar de los hechos y se entregó a la justicia, pero esos hechos fueron analizados

en forma lógica por el Tribunal y acertadamente no le dieron el alcance pretendido por el defensor, luego ningún error cometió en su apreciación.

Como tantas veces se ha dicho, si la conclusión del fallador no coincide con el pensamiento del defensor, no por ello existe un error demandable en casación, de manera que cuando no se atiende esta regla la sustentación del recurso termina siendo una repitición de lo ya alegado en las instancias, como es justamente lo que se ve en este caso.

El cargo no prospera.

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

RESUELVE

NO CASAR la sentencia recurrida.

Cópiese, devuélvase al Tribunal de origen y cúmplase.

Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria

DEMANDA DE CASACION

La doctrina y la jurisprudencia han clasificado tradicionalmente los errores judiciales en errores de derecho procesal y errores de derecho sustancial. Los primeros, conocidos también como errores in procedendo, están referidos a irregularidades en la formación del proceso. Los segundos, igualmente llamados errores in judicando *o de juicio, aluden a equivocaciones en la aplicación del derecho material.*

Las causales de casación no son ajenas a esta categorización. En materia penal, cuando menos, mientras la causal primera se ocupa de errores in judicando, *las causales segunda y tercera lo hacen de los errores de actividad procesal o* in procedendo. *De allí que la correcta formulación de la censura, dependa, en primer término, de la acertada selección del motivo de casación, lo cual, a su vez, obedecerá a la adecuada comprensión del tipo de error.*

Si el demandante, al plantear el cargo, equivoca la vía correcta del ataque, habrá echado a perder la impugnación, pues es claro que los motivos de casación descansan sobre fundamentos de naturaleza distinta, tienen consecuencias jurídicas diversas y están regulados por precisas reglas técnicas de sustentación, que no permiten que a través de uno pueda llegarse a la demostración de otro.

Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Penal. Santafé de Bogotá, D.C., junio veintiséis (26) de mil novecientos noventa y seis (1996)

Magistrado Ponente: Dr. *Fernando Arboleda Ripoll*

Aprobado Acta No. 96

Proceso No. 8477

Conoce la Sala del recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de 16 de diciembre de 1992, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá condenó a Luis Hernando Linares Riaño a la pena principal de 42 meses de prisión, al declararlo responsable de los delitos de homicidio, atenuado por la circunstancia prevista en el artículo 60 del Código Penal, y porte ilegal de armas.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Aproximadamente a las 8 de la mañana del día 28 de septiembre de 1989, en la carrera 56 No. 41-17 sur de esta ciudad, Luis Hernando Linares Riaño dio muerte con arma de fuego a John Freddy Sierra Echeverry, después de que éste, y dos personas más, sostuvieron un enfrentamiento con la señora María Teresa Riaño de Linares, madre del homicida.

En la ejecución del hecho se utilizó un revolver Smith & Wesson, calibre 38 largo, para cuyo porte Linares Riaño no tenía salvoconducto (fls. 394).

Al proceso fueron vinculados mediante indagatoria Gersaín Mera Martínes, agente de la Policía que acompañaba al occiso, y Luis Hernando Linares Riaño, cabo primero del Ejército Nacional, orgánico del Batallón de Infantería No 40, consede en San Vicente de Chucurí, quien se encontraba en vacaciones (fls. 61,69 y 301). Contra ambos, el Juzgado 34 de Instrucción Criminal de Bogotá dictó medida de aseguramiento de detención preventiva, por el delito de homicidio (fls. 128 a 133).

Cerrada la investigación, se le calificó con resolución de acusación respecto de Linares Riaño, por los delitos de homicidio en estado de ira y porte ilegal de armas, en relación con Mera Martínes, el juzgado cesó procedimiento (fls.. 270-1 y 5 del cuaderno No 2).

Mediante sentencia de 5 de noviembre de 1992, el Juzgado 49 Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá condenó al procesado a la pena principal de 42 meses de prisión, al hallarlo responsable de los delitos por los cuales se le llamó a responder en juicio (fls. 398-1). Impugnada esta decisión, el Tribunal, mediante la suya de 16 de diciembre del mismo año, la confirmó con modificaciones en cuanto al monto de los perjuicios materiales. (fls. 23-2)

LA DEMANDA

Al amparo de la causal tercera de casación, el demandante plantea nulidad constitucional, por violación del principio de legalidad de los delitos y las penas, contenido en el artículo 29 de la Carta Política.

Explica que Linares Riaño, siendo Suboficial activo del Ejército, estaba habilitado para portar armas de fuego de defensa personal, puesto que el parágrafo segundo, artículo 1° del Decreto 363 de 1967, vigente para cuando ocurrieron los hechos investigados, disponía que la Cédula de Identidad Militar para Oficiales y Suboficiales, en servicio activo, reemplazaba el salvoconducto para el porte de armas de este tipo.

De allí concluye quer la conducta del procesado en relación con el porte del arma de fuego es atípica, y que el tribunal, al condenarlo por esa conducta, violó el principio preceptuado constitucional.

Pide, por tanto, que se case parcialmente la sentencia impugnada, y se invalide la condena por el referido ilícito.

Concepto del Ministerio Público

El Procurador Segundo Delegado en lo penal, sostiene que el argumento impugnado de desestimarse por cuanto el procesado el momento de los hechos estaba en vacaciones, siendo claro, entonces, que no se encontraba en servicio activo, y que por esta razón, no le es aplicable el parágrafo segundo del artículo 1° del Decreto 363 de 1967. Dice que lógica interpretación, la Cédula de identificación militar no presume la autorización para portar arma alguna en casos distintos de los que se pueden catalogar como de servicio activo, entre ellos precisamente el de encontrarse en vacaciones.

Considera que estas argumentaciones pierden de todas maneras importancia frente a la labor interpretativa del actor, en cuanto que desborda el verdadero sentido de las normas cuya aplicación reclama.

Explica que el decreto 893 de 1966 definió y clasificó las armas de fuego en de defensa personal, deporte y, residualmente, de uso privativo de las Fuerzas Armadas. Pero como solamente reglamentó el porte de las primeras, hubo de dictarse el Decreto 363 de 1967, que llenó el vacío, pues, "entendiendo que las armas de tal tipo solamente pueden ser portadas por personal militar, le asignó entonces, a la Cédula de Identidad Militar la entidad de salvoconducto, pero exclusivamente para el arma entregada a cada miembro, y no como lo entiende el actor, cuando amplía tal evento para las armas cualquiera que fuese su procedencia y destinación ". (fls. 89 cuad., Corte).

Consecuente con sus planteamientos, sugiere a la Corte no casar el fallo impugnado.

Se Considera

La doctrina y la jurisprudencia han clasificado tradicionalmente los errores judiciales en errores de derecho penal y errores de derecho procesal sustancial. Los primeros, conocidos también como errores *in procendo*, están referidos a irregularidades en la formación del proceso. Los segundo, igualmente llamados errores *in procedendo* o de juicio, aluden a equivocaciones en la aplicación del derecho material.

Las Causales de Casación, no son ajenas a esta categorización. En materia Penal, cuando menos, mientras la causal primera se ocupa de los errores de actividad procesal o *in procedendo*. De allí, que la correcta formulación de la censura, dependa, en primer término, de la acertada selección del motivo de casación, lo cual, a su vez, obedecerá a la adecuada comprensión del tipo de error.

Si el demandante, al plantear el cargo, equivoca la vía correcta de ataque, habrá echado a perder la impugnación, pues es claro que los motivos de casación descansan sobre fundamentos de naturaleza distinta, tienen consecuencias jurídicas diversas y están regulados por precisas reglas técnicas de sustentación, que no permiten que a través de uno pueda llegarse a la demostración de otro.

En este desacierto incurre el demandante, cuyo planteamiento como se recuerda, se funda en la atipicidad de la conducta reacionada con el porte del arma, es decir, en un error de juicio o *in iudicando*, atacable, según se dejó anotado, por la vía de la causal primera, ya que está referido a errores en la aplicación de normas de derecho sustancial, no a yerros de actividad procesal, como equivocadamente lo entendió el casacionista, quien, además, comete un desacierto adicional al invocar una nulidad constitucional, olvidándose de la existencia del artículo 304 del Código de Procedimiento Penal, que regula en su integridad las nulidades procesales, en desarrollo de los principios orientadores de la invalidez e ineficacia de la actuación procesal, adoptados por el derecho colombiano desde la reforma de 1987 (Decreto 050).

De suyo, esta inconsistencia de orden técnico impide el examen del cargo, pues la Corte, en virtud del principio de limitación que rige el recurso, no puede entrar a corregir las falencias argumentativas del libelo, ni menos, a sustituir por otra la causal de impugnación seleccionada por el demandante.

Con el propósito, sin embargo, de hacer claridad sobre el punto objeto de controversia, debe decirse que el censor malinterpreta el alcance del parágrafo segundo, artículo 1° del Decreto 363 de 1967, vigente para cuando ocurrieron los hechos investigados, al considerar que la cédula de identidad militar autoriza al personal de oficiales y suboficiales en servicio activo para portar armas de fuego de defensa personal, sin importar su procedencia.

No se discute que los oficiales y suboficiales en servicio activo pueden portar armas de fuego distintas de las de dotación oficial, ni que la cédula militar cumple en tales casos las funciones de salvoconducto en relación con las mismas, pero para que esta conducta sea legítima, se requiere que el oficial o suboficial haya adquirido el arma por el conducto regular, es decir, a través de las mismas fuerzas militares, como se desprende del contenido de las normas que regulaban la materia para cuando sucedieron los hechos (arts. 17 y 23 del Decreto 1663 de 1979), y como lo reitera el Ministerio de Defensa Nacional, Departamento de Control de Armas, en su oficio No. 011058 de 19 de octubre de 1992 (fls. 396-1).

No es, entonces como lo sostiene el Ministerio Público para desestimar los argumentos de la censura, que el procesado no estuviera en servicio

activo, pues es evidente que lo estaba, ya que pertenecía a las Fuerzas Militares –cosa distinta es que no se hallara en ejercicio de sus funciones, por estar disfrutando de vacaciones–. Tampoco, que la cédula militar solamente ampare el porte de armas de dotación oficial, sino que el arma decomisada no fue adquirida legítimamente por el acusado, razón por la cual, su conducta, se tornaba ilícita.

El cargo no 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 su autoridad de la ley,

RESUELVE

No casar la sentencia impugnada.

Devuélvase al Tribunal de origen, cúmplase.

Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

ERROR EN LA DENOMINACION JURIDICA DE LA INFRACCION/ FAVORECIMIENTO A NARCOTRAFICANTES

No queda subsumido en el prevaricato por acción y constituye una infracción diferente, que envuelve y supera por especialidad y mayor riqueza descriptiva los elementos constitutivos de aquél, radica en que el doctor ...hubiese incurrido, al facilitar la evasión de los indagados y devolver la lancha, en una conducta compleja prevista en el Estatuto Nacional de Estupefacientes, que involucra además el quebrantamiento del régimen institucional, el orden económico social y la seguridad pública, con su múltiple potencialidad atentatoria contra los intereses jurídicos de la salud pública, la tranquilidad y la indemnidad ciudadana, que el legislador quiso tutelar especial e independientemente y con mayor severidad, con la consagración de un hecho punible específico en el citado artículo 39 de la Ley 30 de 1986.

Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., junio veintisiete (27) de mil novecientos noventa y seis (1996).

Magistrado Ponente: Dr. *Nilson Pinilla Pinilla*

Aprobado Acta No.101 (Jul.19/95)

Proceso No. 9524

VISTOS

Por apelación oportunamente interpuesta por el procesado y sustentada por su defensor, se ocupa la Sala de la sentencia condenatoria del 27 de abril de 1994, que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán dictó contra el doctor Carlos Julio Idrobo Medina, ex-Juez 30 de Instrucción Criminal de Guapi (Cauca), al hallarlo penalmente responsable como autor del delito de prevaricato por acción, a consecuencia de lo cual le impuso la pena principal privativa de la libertad de 18 meses de prisión y la accesoria de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

Al sentenciado se le negó el subrogado penal de la condena de ejecución condicional.

Hechos

Se acusa al doctor Calos Julio Idobro Medina, ex-Juez 30 de Instrucción Criminal de Guapi (Cauca), de que el 25 de noviembre de 1991, contra toda realidad probatoria, ordenó la devolución de una canoa con motor fuera de borda que había sido decomisada como elemento de delito y puso en libertad, al momento de resolver la situación jurídica y a sabiendas de que carecía de competencia para ello, a los sindicados de violación al Estatuto Nacional de Estupefacientes (Ley 30 de 1986) y porte ilegal de armas de uso privativo de las Fuerzas Militares (Decreto 3664 de 1986), Diego Rodríguez Vásquez, Diego Javier Ramírez Alarcón, Orlando de Jesús Suárez Muñoz, Omar Ruiz Sánchez, Hugo Fernando Arenas Ruiz, y Santos Benítez Gutiérrez, quienes habían sido capturados en situación de flagrancia, junto con el menor de edad Dairo Cuervo Rodríguez, puesto a disposición del Juzgado Promiscuo de Familia (f. 111).

En efecto, a los imputados se les había sorprendido por unidades militares que adelantaban un operativo, dentro de modernas instalaciones ubicadas en inhóspito paraje conocido como «Vivanco», municipio de López de Micay, perteneciente al Circuito Judicial de Guapi, donde se descubrió que funcionaban dos laboratorios clandestinos para el procesamiento de sustancias estupefacientes y se hallaron, aparte de numerosos elementos precursores, sofisticadas armas de fuego de largo y corto alcance (Fusil R-15 calibre 223, sub-ametralladora Lugger 9 mm., una escopeta de repetición, dos carabinas Ruger calibre 223, una carabina micro Grove calibre 9 mm., dos revólveres «Llama» y «Rugger»; 430 cartuchos 5.56; 3 cartuchos 38 special; dos proveedores 9 mm. y seis proveedores 5.56).

Actuación Procesal

Los anteriores hechos motivaron la apertura de instrucción decretada por el Tribunal Superior de Popayán, con fundamento en la denuncia que formuló el Director Seccional de Instrucción Criminal de la misma ciudad, en oficio Nro. 1202 del 28 de abril de 1992 y sus anexos (Fls. 1-31), donde advirtió que el denunciado había puesto en libertad a los sindicados de violación a la Ley 30 de 1986, en el acto procesal de resolverles su situación jurídica, sin tener competencia para ello, conforme a lo reglado en el artículo 6o. de los Decretos 1676 y 2271 de 1991.

Vinculado legalmente el imputado al proceso (Fls. 173-181), su situación jurídica fue resuelta el 31 de agosto de 1992 por la Fiscalía Segunda Delegada ante el Tribunal de Popayán, con medida de aseguramiento de la especie detención preventiva, como autor presuntamente culpable del delito de prevaricato por acción (Artículo 149 C.P.). Pero en el mismo proveído se le concedió la libertad provisional mediante caución prendaria (Fls. 202-217).

La instrucción se clausuró el 24 de marzo de 1993 (f. 390), habiendo sido calificada el 9 de junio siguiente con resolución de acusación de la Fiscalía Segunda Delegada ante el Tribunal de Popayán contra el ex-Juez 30 de Instrucción Criminal de Guapi (Cauca), doctor Calos Julio Idobro Medina, como autor, en los términos del artículo 441 del C.P.P., del delito de prevaricato por acción previsto en el artículo 149 del C.P.

En la misma providencia se le reconoció el derecho a la libertad provisional inherente al subrogado penal de la condena de ejecución condicional.

Al quedar en firme la anterior decisión, el trámite del juicio corrió a cargo del Tribunal Superior -Sala de Decisión Penal- de Popayán, sin ningún tropiezo, fuera de algunos aplazamientos. Así, el 19 de enero de 1994 se celebró la audiencia pública con la asistencia de todos los sujetos procesales llamados a intervenir (fs. 499 y ss.) y el 27 de abril del mismo año el Juez colegiado dictó sentencia condenatoria en contra del procesado, en consonancia con el cargo deducido en la resolución de acusación (fs. 534 y ss.).

FUNDAMENTOS DEL FALLO DE PRIMER GRADO

Después de advertir que en el proceso no se vislumbra ninguna irregularidad sustancial, el *a quo* encuentra el acervo probatorio idóneo y suficiente para precisar la conducta del procesado, por razón de su naturaleza objetiva: Documentos públicos, preponderantemente; testimonios fidedignos; descargos del procesado e indicios.

A juicio del Tribunal, las evidencias con que contó el ex-funcionario ahora sentenciado tenían la virtud de proyectar con suma claridad unos hechos subsumibles en dos tipos penales (Ley 30 de 1986 y Decreto-Ley 3664 de 1986), que por su naturaleza y gravedad le limitaban la competencia ordinaria para adoptar determinaciones de fondo, puesto que ellos estaban asignados de manera especial a la jurisdicción de Orden Público, y sólo excepcionalmente, por haber ocurrido los hechos en sede donde no existía Juez de esta especialidad, el Juez de instrucción estuba facultado para abrir investigación y recepcionar las indagatorias a los retenidos.

Luego pasa el *a quo* a cuestionar la motivación habilidosa del ex-funcionario judicial en la decisión excarcelatoria, al haber otorgado previamente credibilidad a las exculpaciones mendaces de los incriminados, lo que implicaba de suyo desconocer totalmente la evidencia resultante de la situación de flagrancia en que ellos fueron sorprendidos y capturados; lo cual, frente a cualquier profano, indudablemente traducía indicio grave de la participación (autoría o complicidad) de aquéllos en los dos hechos punibles que el procesado encontró configurados.

Para el Tribunal, entonces, el haz probatorio existente en el proceso traduce innegable certeza de la responsabilidad penal del acusado, en

torno del delito de prevaricato por acción previsto en el artículo 149 del Código Penal. El procesado, como sujeto cualificado (empleado oficial), en ejercicio de sus funciones, profirió resolución manifiestamente contraria a la ley, cuando sin competencia funcional resolvió favorablemente la situación jurídica de los incriminados, absteniéndose de decretarles medida de aseguramiento de detención preventiva, soslayando así la realidad probatoria que predicaba objetivamente su participación en los reatos en que se les sorprendió y capturó.

Y esa contrariedad, según el Tribunal, deviene no sólo del desconocimiento de los límites de la competencia, resultantes del Decreto 2271 del 4 de octubre de 1991 que adoptó como legislación permanente los Decretos legislativos 2790 de 1990 y 1678 de 1991, sino también de la realidad probatoria que indicaba, en los términos del artículo 414 del Decreto 050 de 1987, entonces vigente, que en ese caso específico debía definirse la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva, por aparecer al menos un indicio grave de responsabilidad, lo cual no se hizo.

Para contradecir el derecho en esa forma, el procesado tuvo que acudir a la usurpación de competencia, atribuyéndosela arbitrariamente para resolver la situación jurídica, lo cual realizó además con total desconocimiento del caudal probatorio, y complementariamente, con algunos pretextos, retuvo el proceso como forma de ocultamiento de su incorrecto proceder, todo lo cual fue entendido por el Tribunal como constitutivo de una misma conducta.

Con tal fundamento desechó cualquier posibilidad de error o ignorancia concurrente en el comportamiento del ex-Juez de Instrucción, para dar cabida, en cambio, al dolo conque procedió, puesto que consciente y voluntariamente realizó el injusto penal que se le dedujo en la resolución de acusación.

La Impugnación

El señor defensor del procesado no está de acuerdo con la sentencia condenatoria por las siguientes razones:

1. En su opinión, el procesado obró determinado por error sobre la comprensión de la extensión de sus facultades jurídicas y por lo mismo, creyéndose competente, resolvió la situación jurídica favorablemente a los intereses de los retenidos y continuó tramitando el proceso en la forma ordinaria. Al error convergieron muchos factores que dificultaban el conocimiento de las nuevas normas.

2. Para restarle significación a la contradicción que encierra la decisión excarcelatoria del procesado frente a la prueba militante en el proceso y al derecho, refuta la situación de flagrancia en que fueron sorprendidos los capturados.

Anota que éstos no se hallaban instalados dentro de las casetas donde se encontraron los dos laboratorios clandestinos, los implementos precursores para el procesamiento de sustancias estupefacientes y las armas de fuego de largo y corto alcance, sino en otras sedes, mientras que su aprehensión ocurrió fue a bordo de una lancha en la cual se acercaban a ese lugar.

En estas condiciones no resultaba manifiestamente contrario a la ley el auto por medio del cual se liberó a los capturados, así como la orden de devolución del bien incautado, pues existía incertidumbre acerca de la flagrancia y de la autoría.

Finalmente, el recurrente ataca la sentencia por violación del debido proceso y del derecho a la defensa, por falta de consonancia de la acusación (prevaricato por acción, Artículo 149 C.P.) con la sentencia. En aquélla se formula el cargo por haber proferido resolución manifiestamente contraria a la ley, es decir, por haber actuado en determinada forma; en ésta por haber dejado de actuar.

Para demostrar este aserto reproduce parte de la sentencia, donde el Tribunal refiere que la conducta imputada resulta «además comprendida en el tipo del art. 150 que contiene una mayor riqueza descriptiva» (pág. 45 de la sentencia).

Solicita entonces la revocatoria del fallo impugnado -no la declaratoria de nulidad , absolviéndose al procesado, pues dice que no es ésta la oportunidad procesal para invocar la nulidad.

Acciona igualmente el libelista contra la negación del subrogado penal de la condena de ejecución condicional, que en su sentir no cuenta con respaldo fáctico ni jurídico. La finalidad de «ejemplarizar» a los demás ciudadanos con una sentencia severa, resulta inconstitucional en los términos del artículo 29 de la Carta Política por ser transgresora de los principios del debido proceso.

Consideraciones de la Corte

1. No resulta posible dirimir esta segunda instancia arribando a la terminación del proceso, como debería ser, por cuanto el análisis del material probatorio acopiado y de la actuación procesal conduce a la detección de una nulidad por quebrantamiento del debido proceso, al apreciarse que se incurrió en irregularidad sustancial por haberse efectuado una calificación jurídica incorrecta sobre la conducta investigada.

2. Como quedó puntualizado, la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán profirió el 9 de junio de 1993, resolución de acusación contra el doctor Calos Julio Idobro Medina, ex-Juez 30 de Instrucción Criminal de Guapi, por el delito de prevaricato por acción, calificación que, *prima facie*, parece acertada dentro del normal

proceso de subsunción de hechos como los investigados ante la normatividad que tutela el interés jurídico de la administración pública, frente a las actuaciones manifiestamente contrarias a la ley que se reprochan al entonces funcionario judicial, por haber ordenado la devolución de una canoa y un motor fuera de borda, elementos utilizados en empresa criminosa, y poner en libertad a unos indagados cuando carecía de competencia para resolverles situación jurídica, dentro de una acción penal frente a hechos punibles establecidos en la Ley 30 de 1986 (Estatuto Nacional de Estupefacientes) y en el Decreto 3664 del mismo año (porte ilegal de armas), reteniendo luego el proceso que él mismo había ordenado remitir al competente.

Sin embargo, tal calificación como prevaricato no es la adecuada, por cuanto en la compilación estatutaria específica sobre estupefacientes, de vigencia previa a los acontecimientos que motivan el proceso, instituida precisamente para tratar de luchar desde todos los frentes contra los gravísimos efectos pluriofensivos de este terrible azote de la humanidad, entre ellos su agigantada potencialidad de enriquecimiento y la consiguiente aptitud para destruir, intimidar y corromper, incluyendo la seducción de servidores públicos, aun de los investidos de jurisdicción, en cuyo apercibimiento el legislador ha dispuesto con especialidad:

«El funcionario, empleado público o trabajador oficial encargado de investigar, juzgar o custodiar a personas comprometidas en delitos o contravenciones de que trata el presente estatuto, que procure la impunidad del delito, o la ocultación, alteración o sustracción de los elementos o sustancias decomisadas o facilite la evasión de persona capturada, detenida o condenada, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años, pérdida del empleo o interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término.

... ...» (Artículo 39 Ley 30/86).

Revisando la situación fáctica y jurídica, se reitera que el doctor Calos Julio Idobro Medina, en esa época servidor público, tenía provisionalmente a su cargo, por razón de sus funciones como Juez de Instrucción Criminal, la investigación sobre quienes aparecían comprometidos en un concurso de delitos que incluía una complejidad de conductas relacionadas en su finalidad con la elaboración de estupefacientes.

Encontrándose aprehendidos, el entonces juez Idrobo les ofrendó la libertad, sin tener competencia para concederla, según se desprende de la normatividad que a continuación se reseña:

3. El Decreto 2790 del 20 de noviembre de 1990, por medio del cual se dictó el Estatuto de la Defensa de la Justicia, integrando los jueces de orden público y los especializados, era la norma que entonces venía aplicándose en materia de narcotráfico (Ley 30 de 1986) y de porte de armas

de uso privativo de las Fuerzas Militares (Decreto 3664 de 1986), junto con el Decreto 099 del 14 de enero de 1991 que la modificó.

El artículo 9° del Decreto 2790 del 20 de noviembre de 1990 (modificado por el artículo 1° del D.L. 99/91), asignaba a los jueces de orden público el conocimiento en primera instancia «De los procesos por los delitos tipificados en los artículos 1° y 2° del Decreto 3664 de 1986, con excepción del simple porte de armas de fuego de defensa personal», de acuerdo con el numeral 5°, y «De los procesos por los delitos descritos en el artículo 34 de la Ley 30 de 1986, cuando se trate de laboratorios,...» para el procesamiento de sustancias estupefacientes, conforme al numeral 12, *ibidem*.

Después fue expedido el Decreto-Ley 1676 del 3 de Julio de 1991, el cual en su artículo 6o. modificaba en parte el citado Decreto 2790 de 1990, concretamente el artículo 32, inciso 3°, en los siguientes términos:

«Cuando un hecho punible de competencia de la jurisdicción de orden público se suceda en lugar distinto de las sedes de las direcciones seccionales de orden público, el juez de instrucción criminal, promiscuo o penal del lugar al cual la unidad de investigación de orden público le entregue las diligencias, deberá avocar el conocimiento e indagar a los sindicados, enviándolos inmediatamente a la dirección seccional de orden público correspondiente» (el resaltado es de la Corte).

Y por último fue expedido el Decreto 2271 del 4 de octubre de 1991 que adoptó como legislación permanente los anteriores Decretos, repitiendo en su artículo 6o. el texto ya transcrito del artículo 32 del Decreto 2790 de 1990, según el cual, una vez indagados los sindicados de esta clase de conductas típicas, debían ser puestos de manera inmediata a disposición de la respectiva Dirección Seccional de Orden Público, por radicar en esa jurisdicción la competencia privativa.

Significa lo expuesto que, fuese con arreglo a la legislación anterior o a la última, estaba de antemano al conocimiento del procesado que en aquellos casos de narcotráfico y de tenencia de armas de uso privativo de las Fuerzas Militares, le estaba vedada la competencia para resolver situación jurídica.

4. Además, no obstante sus reiteradas decisiones de remitir el expediente al despacho al cual le correspondía la competencia por expreso mandato legal, el proceso fue indebidamente retenido por el doctor Idrobo y sólo la actuación de quien lo reemplazaba durante vacaciones vino a poner fin a esa anómala situación, el 7 de abril de 1992 (f. 166).

El 26 de noviembre de 1991, los indagados, excluido el menor de edad que había sido puesto a disposición del Juzgado Promiscuo de Familia, suscribieron un «acta de compromiso» (f. 141), imponiéndoseles «la obligación de presentarse a este Despacho, o al que esté conociendo del proce-

so, cuando sean requeridos para alguna diligencia, por lo cual manifestaron que se comprometen a cumplir lo acordado», sin que en tal acta quedase constancia del domicilio y lugar de trabajo de los liberados, a fin de poderlos citar o ubicar.

De la misma manera, en el transcurso de la indebida retención del expediente y después de practicadas algunas diligencias en extensión de una competencia que reconocía no tener, el entonces Juez 30 de Instrucción Criminal profirió un auto de sustanciación de fecha marzo 6 de 1992 (f.158 v.), mediante el cual dispuso: «... dése cumplimiento al punto cuarto de la parte resolutiva de la providencia que resolvió la situación jurídica de Santos Benítez Gutiérrez y otros...», punto cuarto que es del siguiente tenor (f.139):

«Ordenar que una vez, Santos Gutiérrez Benítez (Benítez Gutiérrez), acredite la propiedad debidamente, de la canoa y motor que le fueron decomisados el día de su captura, le sean entregados».

El mismo 6 de marzo de 1992 se hace constar que compareció al Juzgado «el señor Santos Benítez Gutiérrez con el fin de suscribir acta de entrega y compromiso que ha sido ordenada en auto de la fecha», recibiendo y comprometiéndose a presentar «cada que sea solicitado, al Despacho o al que esté conociendo de la investigación», «el motor Yamaha 40 H.P., serie No. JMGS.45004284, que está en buen estado y la canoa de madera, color azul, de borda en color rojo... Los anteriores elementos se encontraban a órdenes del Juzgado por haber sido puestas a disposición del Juzgado (sic) por la Infantería de Marina, dentro de las diligencias seguidas por 'Violación a la ley 30 y Decreto 3664 de 1986'...» (f.159).

O sea que, con reconocimiento y cita normativa, se quebrantó lo dispuesto en el artículo 47 de la mencionada ley 30 de 1986 según el cual, entre otros aspectos, «los vehículos y demás medios de transporte, utilizados para la comisión de los delitos descritos en este capítulo... serán decomisados y puestos a disposición inmediata del Consejo Nacional de Estupefacientes...»

5. La actitud del doctor Idrobo Medina no solamente satisface los presupuestos del prevaricato sino que los desborda, pues no vulneró solamente el interés jurídico de la administración que se le había confiado, dentro del cual resultarían adecuables otros varios tipos penales, en apariencia de concurso, como el prevaricato por omisión y el abuso de función pública, enunciados y acertadamente entendidos por el Tribunal como subsumidos en el prevaricato por acción, por encuadrarse frente al mismo interés jurídico y, en el segundo caso, porque la realización de la función pública diversa de lo que legalmente le correspondía, al resolver la situación jurídica sin competencia para ello, forma parte del quebrantamiento manifiesto de la ley.

Lo que no queda subsumido en el prevaricato por acción y constituye una infracción diferente, que envuelve y supera por especialidad y mayor riqueza descriptiva los elementos constitutivos de aquél, radica en que el doctor Idrobo Medina hubiese incurrido, al facilitar la evasión de los indagados y devolver la lancha, en una conducta compleja prevista en el Estatuto Nacional de Estupefacientes, que involucra además el quebrantamiento del régimen institucional, el orden económico social y la seguridad pública, con su múltiple potencialidad atentatoria contra los intereses jurídicos de la salud pública, la tranquilidad y la indemnidad ciudadana, que el legislador quiso tutelar especial e independientemente y con mayor severidad, con la consagración de un hecho punible específico en el citado artículo 39 de la ley 30 de 1986.

El entonces Juez 30 de Instrucción Criminal no sólo mantuvo la competencia que no le correspondía, sino continuó absteniéndose de enviar el expediente a la Dirección de Orden Público de Cali, con lo cual evitó que el funcionario competente corrigiera su actuación y profiriese oportunamente la medida de aseguramiento que legalmente correspondía, detención preventiva que habría posibilitado la recaptura de los ilícitamente liberados, en el evento de que la impunidad pudiese superarse reubicando a unas personas de quienes no se tomaron datos sobre domicilio o lugar de trabajo.

6. Frente a situación equiparable y también ante errada calificación, esta corporación expuso:

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

Siendo ello así, la conducta imputada al Dr. ... encuadra en la normatividad del art. 39 de la ley 30 de 1986 y no en la del art. 149 del C.P., consagratorio del prevaricato por acción...

Ahora bien, ya expresó la Corte cómo dicho error se traduce en un vicio de actividad que infringe las reglas del debido proceso y que únicamente puede subsanarse a través del remedio anulatorio, pues que otra solución supondría el quebrantamiento del principio procesal de la congruencia, con sus secuelas respecto de la severa limitación de las facultades defensivas, puesto que el procesado no estaría en capacidad de ejercer el contradictorio en función de dicho delito sino del de prevaricato como en efecto lo hizo.

La ley consagra, como mandato a la actividad procesal del acusador, que el cargo se delimite en su doble dimensión, fáctica y normativa. El art. 442 del C.P.P. exige que la resolución acusatoria contenga la calificación jurídica provisional, con señalamiento del capítulo dentro del título correspondiente del Código Penal. Esa provisionalidad, es bien sabido, no resulta constituyendo una autorización implícita al acusador o al fallador para durante el juicio cambiar la imputación, sino que es un rezago de las disposiciones que en el proyecto original permitían dicha variación estableciendo, obviamente, cómo y cuándo podía realizarse, y de qué manera se facilitaba al procesado la contradicción respecto del cambio de calificación jurídica. Y aunque la previsión sigue siendo deseable, no pasa de ser un ideal para posteriores reformas, puesto que la estructura actual del procedimiento carece de algún mecanismo idóneo para variar la calificación y suficiente para garantizar la plena y cabal defensa del acusado. La ley, en este punto, regresó a etapas que ya habían sido superadas por ella misma y se devolvió muchos años, pero a no dudarlo es la ley vigente reguladora del juicio y a ella hay que atenerse.» (segunda instancia, rad. 10.253, octubre 23/95, M.P. *Carlos E. Mejía Escobar*).

Este claro planteamiento fue reiterado mediante decisión de febrero 7 de 1996, segunda instancia, radicación 10.218, M.P. doctor Juan Manuel Torres Fresneda, en la cual se concluye:

«... la única solución posible apunta a la invalidación de la actuación a partir, inclusive de la resolución calificatoria, toda vez que el error en la adecuación jurídica de la infracción constituye un quebrantamiento vertebral del trámite y por lo mismo una violación del debido proceso que no resulta en este estadio subsanable, pues proferir sentencia de segundo grado sin atender la calificación debida de los hechos entrañaría una violación al principio de legalidad, mientras que entrar a modificar la adecuación que trae la resolución de acusación conllevaría al proferimiento de un fallo que por inconsonante, vendría además a desconocer la garantía de defensa.

La equivocada adecuación del hecho al tipo penal dentro del auto calificatorio ha sido reconocida en efecto y de modo reiterado por la Corte, aún en vigencia de la actual Codificación Procesal Penal, como vicio que rompe la estructura formal de la actuación, y por lo mismo viola el debido

proceso, en la medida en que con él se afecta el principio de legalidad, repercutiendo en afectación del derecho de defensa, e impidiendo de tal modo la emisión de un fallo de condena, que su desconocimiento integra la causal segunda de casación prevista en el artículo 220 del Código de Procedimiento Penal.

Ello equivale a que detectado el error de subsunción en el curso de una revisión de instancia, ninguna otra alternativa queda al juez *ad-quem*, distinta a la de su reconocimiento, seguido de la declaratoria de invalidación a partir de la decisión calificatoria, inclusive, como de la orden para que de allí en adelante sea repuesta la actuación con arreglo a derecho y a la adecuación jurídica de la conducta que en el caso preciso corresponde, pues ese es el mandato de la ley en el artículo 305 del Código de Procedimiento Penal».

7. Frente a lo anterior, debe esta Sala decretar la nulidad de lo actuado dentro del presente proceso, a partir de la resolución de acusación inclusive. Para que la actuación sea repuesta conforme a derecho, debe regresar el expediente a la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Popayán, por conducto de éste.

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

RESUELVE:

DECRETAR LA NULIDAD de lo actuado en este proceso, a partir de la resolución de acusación inclusive, por error en la calificación jurídica del hecho punible imputado al doctor Calos Julio Idobro Medina, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Vuelva el expediente a la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Popayán, en la forma y para los efectos anteriormente puntualizados.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

INDICES

RELATORIA SALA DE CASACION PENAL

GACETA JUDICIAL PRIMER SEMESTRE DE 1996

INDICE ALFABETICO

A

ACCESO CARNAL VIOLENTO 233
ACCION DE REVISION 562
ACCION DE TUTELA 84
ACUMULACION JURIDICA DE CAUSAS 67
ACUMULACION JURIDICA DE PENAS 67, 521
ADMINISTRACION DE JUSTICIA 436
ALCALDE 39
AMNISTIA 258
ANONIMO 334, 405
ANTECEDENTES 399, 530, 632
APELACION 15, 313, 341, 508, 513
AUDIENCIA 537
AUDIENCIA ESPECIAL 31
AUTO DE SUSTANCIACION 356
AUTO INTERLOCUTORIO 356

B

BENEFICIO ADMINISTRATIVO 516

C

CALUMNIA 73, 258, 551
CAMBIO DE RADICACION 460, 554
CASACION 7, 186, 200
CASACION DISCRECIONAL 11, 106, 211, 336, 626
CESACION DE PROCEDIMIENTO 423
COLISION DE COMPETENCIA 112, 205, 370, 392, 480, 558, 653
COMPETENCIA 39, 134, 166, 518, 521, 558
CONCURSO 31
CONCUSION 86
CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL 430

CONDENA 126
CONEXIDAD IDEOLOGICA 242
CONEXIDAD 112, 31, 635
CONFESION 39
CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA 392
CONSULTA 112
CONSUNCION 242
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA 508, 518, 521, 558
CULPA CON REPRESENTACION 264
CULPABILIDAD 52

D

DEBIDO PROCESO 62
DEFENSA TECNICA 118, 217, 421, 667
DELITO COMPLEJO 242
DELITO POLITICO 229
DEMANDA DE CASACION 191, 288, 389, 395, 402, 463, 684
DENUNCIA 334
DERECHO DE DEFENSA 217, 667
DESARROLLO JURISPRUDENCIAL 106
DESISTIMIENTO 536
DICTAMEN MEDICO 659
DOLO 191
DOLO EVENTUAL 264

E

ENRIQUECIMIENTO ILICITO DE PARTICULAR 567
ERROR DE PROHIBICION 126
ERROR EN LA DENOMINACION JURIDICA DE LA INFRACCION . 689
ESTAFA 143, 302
ESTATUTO ANTICORRUPCION 105
EXCARCELACION 446
EXTORSION 415
EXTRADICION 378, 408

F

FALSO JUICIO DE IDENTIDAD 302
FALSEDAD IDEOLOGICA EN DOCUMENTO PUBLICO 242
FAVORECIMIENTO A NARCOTRAFICANTES 689
FAVORECIMIENTO 485
FISCAL 205, 537
FRAUDE PROCESAL 252
FUERO 102

H

HABEAS CORPUS 7
HOMICIDIO CULPOSO 491
HURTO 134, 176

I

IMPEDIMENTO 339, 348, 351, 353, 496, 499
IMPEDIMENTO (Aclaración de Voto) 351
IMPUTABILIDAD 375
INCONGRUENCIA DE LA SENTENCIA 176
INDULTO 258
INIMPUTABILIDAD 313
INJURIA 73, 551
INMUNIDAD PARLAMENTARIA 621
INTERES EN EL PROCESO 348, 351, 353, 496, 499
INTERES EN EL PROCESO (Aclaración de Voto) 351
INVASION DE TIERRAS 126
IRA E INTENSO DOLOR 160
IRREGULARIDAD 62, 402

J

JUEZ DE EJECUCION DE PENAS 102, 370, 480
JUEZ REGIONAL 112
JUEZ 205
JURAMENTO 166

L

LEGALIDAD DE LA PENA 21
LESIONES PERSONALES- Perturbación Psíquica 233
LIBERTAD CONDICIONAL 430, 530
LIBERTAD PROVISIONAL 18, 118, 195, 198, 399, 430, 516, 632

M

MUERTE 423

N

NOTIFICACION POR CONDUCTA CONCLUYENTE 62
NOTIFICACION POR EDICTO 62
NULIDAD 116, 120, 217, 277, 321, 421, 659

P

PARTE CIVIL 186, 436
PENA PRINCIPAL 95
PENA 31, 640
PERJUICIOS 143, 200, 277, 341, 508, 640
PERSONALIDAD 195

POLICIA NACIONAL 18
PORTE ILEGAL DE ARMAS 546
PRESCRIPCION 491
PREVARICATO 242
PRINCIPIO DE LEGALIDAD 95
PRIVACION ILEGAL DE LA LIBERTAD 321
PRUEBA 52, 408
PRUEBA ANTICIPADA 524
PRUEBA NUEVA 562

R

RECONOCIMIENTO EN FILA DE PERSONAS 321
RECURSO DE HECHO 15, 345, 513
RECURSOS 370
RECUSACION 84
REDENCION DE PENA 516
REDENCION DE PENA POR TRABAJO, ESTUDIO O ENSEÑANZA 518
REFORMATIO IN PEJUS 21
REPOSICION 425, 428
RESOLUCION DE ACUSACION 176, 264, 288

S

SANA CRITICA 52, 361, 395
SECUESTRO 485
SECUESTRO EXTORSIVO 86, 415
SENTENCIA 508
SUSPENSION EN EL EJERCICIO DEL ARTE DE CONDUCIR VEHICULOS AUTOMOTORES 95

T

TERRORISMO 653
TIPICIDAD 86, 191

U

UNIDAD PROCESAL 31, 120, 659

V

VIOLACION DIRECTA DE LA LEY 328, 389
VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY 328
VIOLENCIA CONTRA EMPLEADO OFICIAL 502

RELATORIA SALA DE CASACION PENAL

GACETA JUDICIAL PRIMER SEMESTRE DE 1996

INDICE CRONOLOGICO

Página

HABEAS CORPUS/ CASACION. La ley faculta a quien se considere ilegalmente privado de la libertad para acudir ante cualquier juez, por supuesto, distinto de quien adelanta la actuación, a efectos de que se pueda constatar la arbitrariedad o ilegalidad bien de la privación de la libertad de quien estando libre es capturado y encarcelado por autoridades judiciales, o de quien habiéndose inicialmente privado de la libertad, continúa estándolo pese a tener derecho a recuperarla, por haber cesado los motivos para ello, bien por haber cumplido ya la condena o haberse absuelto o concedido cualquiera de los subrogados penales, etc. 2. No puede la Corte admitir la formulación extemporánea de cargos adicionales, pues teniendo en cuenta que una de sus finalidades es la de remediar los agravios inferidos a las partes en la sentencia, es en la demanda de casación donde se deben proponer todos los juicios sobre la legalidad de la misma para que sean resueltos en el fallo que decide el recurso, sin perjuicio de las facultades oficiosas que el artículo 228 del Código de Procedimiento Penal cuando se trate de violaciones a las garantías fundamentales o la presencia de una causal de nulidad. Magistrado Ponente: Dr. Carlos A. Gálvez Argote. Casación -Libertad-. Fecha: 10/04/1996. Decisión: Se abstiene de resolver petición de habeas corpus, por improcedente, se abstiene de resolver petición de nulidad, niega libertad. Recurrente: Flórez Palacio, John Jairo. Delito: Porte de armas de defensa personal, homicidio. Proceso: 10788. Publicada: Sí. Detalle Pub.: Primer Semestre de 1996. 7

CASACION DISCRECIONAL. Resulta imprescindible por parte del impugnante, el deber de fijar el motivo que se aduce para solicitar la casación discrecional, esto es, que debe ilustrarse a la

Página

Corte sobre la base de una temática que debe ser abordada con miras a dilucidar el verdadero alcance de la jurisprudencia respecto a un tema cuyo desarrollo concreto se impetra o la necesidad de su pronunciamiento para salvaguardar las garantías fundamentales quebrantadas. Magistrado Ponente: Dr. Carlos A. Gálvez Argote. Casación Discrecional. Fecha: 12/04/1996. Decisión: Declara inadmisible el recurso extraordinario de casación. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Pereira. Recurrente: Franco Rodríguez, Gildardo Antonio. Delito: Violación a la Ley 30/86. Proceso: 11498. Publicada: Sí. Detalle Pub.: Primer Semestre de 1996. 11

RECURSO DE HECHO/ APELACION. No podía entenderse como la interposición de un recurso de hecho, la expresión "apelo" que el mismo procesado registrara al momento de serle notificado el auto que negaba la reposición de otro por medio del cual, a su vez, negativamente se había respondido a la defensa la solicitud de prórroga de términos para presentar la demanda de casación, como quiera que contra esta última determinación no procedía recurso alguno. Magistrado Ponente: Dr. Carlos A. Gálvez Argote. Recurso de Hecho. Fecha: 12/04/1996. Decisión: Anular lo actuado a partir del auto el cual concedió el recurso de hecho. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Recurrente: Martínez Sandoval, Gustavo. Delito: Lesiones personales, Homicidio. Proceso: 11495. Publicada: Sí. Detalle Pub.: Primer Semestre de 1996. 15

LIBERTAD PROVISIONAL/ POLICIA NACIONAL. Siendo fin primordial de la policía nacional el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, por medio de los cuales se asegure una convivencia pacífica entre los colombianos, no cabe duda de que el desarrollo de actividades al margen de la ley por parte de sus miembros que de manera tan directa y grave hacen nugatoria su propia teleología y fundamento, impiden concluir positivamente sobre las condiciones personales que se tienen para compartir en sociedad los valores que obligados a amparar, fueron negados en procura de beneficios propios. Magistrado Ponente: Dr. Carlos A. Gálvez Argote. Casación -Libertad-. Fecha: 16/04/1996. Decisión: Niega libertad provisional. Recurrente: Contreras Castro Carlos Julio. Proceso: 11030. Publicada: Sí. Detalle Pub.: Primer Semestre de 1996. 18

REFORMATIO IN PEJUS/ LEGALIDAD DE LA PENA.

1. La circunstancia de existir un único apelante de la sentencia de primera instancia, no es lo que constituye la cortapisa consa-

Página

grada en el artículo 31 de la C.N. para que el fallador de la segunda instancia pueda agravar la pena impuesta en la sentencia de primer grado al procesado. La prohibición para que decisión en tal sentido pueda emitirse por el juez de segunda instancia, dimana de que ese único apelante sea el condenado o su representante judicial, o ambos.

2. La legalidad de la pena es un imperativo del debido proceso -que es derecho constitucional fundamental-, que no puede estar al arbitrio del fallador, pues la legislación ha previsto determinada clase de sanciones para cada tipo penal, así como los límites dentro de los cuales cada una de esas clases tienen legal operancia. Magistrado Ponente: Dr. Didimo Páez Velandia. Sentencia Casación. Fecha: 17/04/1996. Decisión: Casa parcialmente y de oficio, revoca pena accesoria, adiciona a pena principal y condena a multa y ordena expedición de copias. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Marta. Acción: Castrillo Castro, Tomás Alberto; Montalvo Valderrama, Alma Rosa. Delito: Estafa. Falsedad en documento privado en concurso material, heterogéneo y sucesivo. Proceso: 9867. Publicada: Sí. Detalle Pub.: Primer Semestre de 1996. 21

AUDIENCIA ESPECIAL/ PENA/ CONCURSO/ CONEXIDAD/ UNIDAD PROCESAL. Si el primer intento para la celebración de audiencia especial fracasó como consecuencia de la inasistencia del defensor, en manera alguna puede derivarse de ello la vulneración del debido proceso por desconocimiento de las garantías procesales, porque el llamado a estar atento a la práctica decretada por el Fiscal es precisamente el interesado que incumplió y nadie puede beneficiarse ciertamente de su propia incuria.

2. El artículo 26 del C.P. es una norma de las denominadas "modificadoras de los extremos punitivos" que el legislador fijó en los respectivos tipos penales, vale decir, que para el caso concreto -por haberse partido del mínimo precisamente- la pena aplicable era de 10 a 20 años de prisión, luego la punibilidad deducida ciertamente está distante de la suma aritmética de penas que se tendría si cada uno de los hechos punibles deducidos se hubiese juzgado separadamente, que es lo que trata de evitar el legislador con las figuras del concurso y de la conexidad al imponer su juzgamiento a través de la unidad procesal. Magistrado Ponente: Dr. Didimo Páez Velandia. Sentencia Casación. Fecha: 18/04/1996. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Bucaramanga. Recurrente: Garcés Muñoz, Alvaro. Delito: Homicidio en concurso homogé-

Página

neo y sucesivo. Proceso: 9187. Publicada: Sí. Detalle Pub.: Primer Semestre de 1996. 31

COMPETENCIA/ ALCALDE/ CONFESION.

1. El artículo 70 del Código de Procedimiento Penal de 1987 (Decreto 050), al señalar la competencia de los jueces superiores, disponía, en su literal c): Los Jueces Superiores del Distrito Judicial, conocen: "De los hechos punibles cometidos por los Alcaldes en ejercicio de sus funciones o por razón de ellas". Y el artículo 73 ibídem, mediante el cual se fijaba la competencia de los Jueces de Instrucción, decía textualmente: "Los Jueces de Instrucción investigarán y calificarán los procesos por los delitos de competencia de los Jueces del Circuito y Superiores". Frente a la claridad de los textos, cualquier consideración adicional resulta innecesaria.

2. Una confesión se torna calificada cuando el indagado admite haber llevado a cabo la conducta típica, vinculando esta aceptación a una circunstancia modificante de la punibilidad en pro del reo. Magistrado Ponente: Dr. Fernando Arboleda Ripoll. Sentencia Casación. Fecha: 18/04/1996. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Ibagué. Acción: Rubio Aranda, Edgar. Delito: Peculado por apropiación. Proceso: 9495. Publicada: Sí. Detalle Pub.: Primer Semestre de 1996. Fuente Formal: Decreto Num.: 050 Año: 1987 Art.: 70. Decreto Num.: 050 Año: 1987 Art.: 73. 39

CULPABILIDAD/ PRUEBA/ SANA CRITICA. No es cierto que por el hecho de estar involucrado en la culpabilidad el fuero interno de las personas, pueda descalificarse el valor probatorio de algunos medios de convicción o exigirse condiciones especiales de aducción o análisis en otros, pues la ley no tiene establecidos parámetros distintos de la persuasión fundada en la crítica racional del funcionario para llegar al grado de certeza que requieren las decisiones judiciales, sin limitar o descartar las posibilidades probatorias que ofrecen los distintos medios de convicción válidamente allegados para exteriorizar la intención del sujeto agente. Magistrado Ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda. Sentencia Casación. Fecha: 18/04/1996. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Medellín. Recurrente: Valencia Galiano, Jairo Enrique. Delito: Estafa, Fraude procesal. Proceso: 8808. Publicada: Sí. Detalle Pub.: Primer Semestre de 1996. 52

Página

NOTIFICACION POR EDICTO/ NOTIFICACION POR CONDUCTA CONCLUYENTE/ IRREGULARIDAD/ DEBIDO PROCESO. En el evento de que la notificación por edicto, de mayor amplitud y cobertura que la surtida por estado, no hubiese sido la apropiada, esto constituiría una irregularidad irrelevante, favorable a los sujetos procesales. .

"Aun en caso de exigirse notificación por estado, el supuesto vicio habría sido convalidado con la positiva actuación subsiguiente del representante de la parte civil". Magistrado Ponente: Dr.Nilson Pinilla Pinilla. Sentencia Casación. Fecha: 18/04/1996. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Montería. Procesado: Echenique Brunal, Candelaria del Carmen. Delito: Falsedad material de particular en doc. púb., Fraude procesal. Proceso: 9700. Publicada: Si. Detalle Pub.: Primer Semestre de 1996. 62

ACUMULACION JURIDICA DE CAUSAS/ ACUMULACION JURIDICA DE PENAS. La acumulación de causas busca otorgar ventajas procesales y sustanciales al acusado que a partir de su operancia concentrará su atención y esfuerzo defensivo en un solo trámite procesal, hasta lograr su fin en una misma y única sentencia, que de llegar a ser adversa impedirá la imposición de penas aritméticamente adicionadas. Pero tales beneficios no autorizan su extensión más allá de los márgenes que específicamente en la ley se indican, y mucho menos para omitir o desconocer la evacuación de ritos imprescindibles, con todas las consecuencias que le son anejas. Magistrado Ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda. Auto Segunda Instancia. Fecha: 18/04/1996. Decisión: Confirma auto que negó libertad. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Procesado: Sánchez Rodríguez, Luis Alvaro. Delito: Prevaricato. Proceso: 11592. Publicada: Si. Detalle Pub.: Primer Semestre de 1996. 67

CALUMNIA/ INJURIA. El artículo 21 de la Constitución Política establece: «Se garantiza el derecho a la honra. La ley señalará la forma de su protección».

A su vez el artículo 313 del Código Penal tipifica el delito de injuria diciendo: «El que haga a otra persona imputaciones deshonrosas, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años y multa de un mil a cien mil pesos».

La honra es entendida como la buena fama, o el buen concepto de que goza una persona ante la sociedad, de manera que la conducta punible consiste en hacer a alguien, conocido o deter-

minable, imputaciones que tengan capacidad para dañar o menoscabar el prestigio, el buen nombre que tiene ante la opinión pública, independientemente del resultado que se produzca.

La legislación colombiana sólo consagra como sancionable el comportamiento doloso, esto es, el realizado sabiendo que la imputación que se hace es deshonrosa para el agraviado, y pese a ello queriendo hacerla.

El hecho de considerar a los Concejales hombres públicos, cuya hoja de vida está sometida al permanente escrutinio de la ciudadanía, no significa que puedan ser blanco de todo tipo de ataques contra su honra sin que ello se enmarque en las previsiones del Código Penal. La protección constitucional y legal no excluye a los personajes públicos, quienes justamente por su actividad están más expuestos a ser agredidos en su integridad moral, de manera que una cosa es que respecto de muchos abusos que se cometen no se presente la querella necesaria para activar la intervención judicial, y otra que esos hechos no contituyan lesión a un interés jurídico protegido. Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel. Unica Instancia. Fecha: 18/04/1996. Decisión: Profiere resolución de acusación y mantiene la medida de aseguramiento. Procedencia: Corte Suprema de Justicia. Procesado: Lucio López, Carlos Alonso. Delito: Injuria. Proceso: 10657. Publicada: Sí. Detalle Pub.: Primer Semestre de 1996. 73

RECUSACION/ ACCION DE TUTELA. Las acciones de tutela en las que se ampara la recusación planteada no tienen el poder vinculante que la ley le otorga al proceso penal o al disciplinario. Las diferencias entre ellos son ostensibles en cuanto su naturaleza, orígenes, fines y trámites que los hacen inasimilables. Magistrado Ponente: Dr.Jorge E. Córdoba Poveda. Casación -Recusación-. Fecha: 19/04/1996. Decisión: Declara infundada la recusación contra el Dr. Didimo Páez Velandia y el Dr. Jaime Rico Carvajal. Recurrente: Aparicio Gómez, José Angel. Proceso: 9872. Publicada: Sí. Detalle Pub.: Primer Semestre de 1996. 84

TIPICIDAD/ SECUESTRO EXTORSIVO/ CONCUSION. Ninguna similitud jurídica existe entre la descripción típica que el artículo 140 del Código Penal hace de la concusión, con la que el artículo 268 ibídem respecto al secuestro extorsivo, pues aunque en uno y otro puede haber exigencia de dinero, dada la naturaleza del bien jurídico protegido no puede en ningún caso descuidarse el análisis de la situación fáctica en que la misma se presenta.

Si la exigencia de dinero se hace reteniendo o privando de la libertad a una persona, ninguna duda puede existir de que se

Página

está ante un secuestro extorsivo, pues lo exigido se constituye en el precio de la libertad de quien involuntariamente la ha perdido.

En efecto, el delito de secuestro extorsivo, de conformidad con la descripción típica que hace el artículo 268 del Código Penal, tiene como núcleo principal la afectación de la libertad personal, de ahí que las conductas alternativas allí previstas, en su sentido natural implican su vulneración, tales como arrebatar, sustraer, retener, ocultar a una persona con el propósito de exigir por su libertad un provecho o cualquier otra utilidad, o para que se haga u omita algo, o con fines publicitarios o de carácter político. Magistrado Ponente: Dr.Carlos A. Gálvez Argote. Auto Colisión de Competencias. Fecha: 23/04/1996. Decisión: Asigna competencia al Tribunal Nacional. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Medellín. Procesados: Velandia Rodríguez, Luis Alirio; Múnera Salazar, Antonio María; Rodríguez Alvira, James. Delito: Secuestro simple, Secuestro extorsivo. Proceso: 11472. Publicada: Sí. Detalle Pub.: Primer Semestre de 1996. Fuente Formal: Decreto Num.: 100 Año: 1980 Art.: 140. Decreto Num.: 100 Año: 1980 Art.: 268. 86

PENA PRINCIPAL/ SUSPENSION EN EL EJERCICIO DEL ARTE DE CONDUCIR VEHICULOS AUTOMOTORES/ PRINCIPIO DE LEGALIDAD. Observa la sala que la pena de suspensión en el oficio de conducir automotores por cinco años, se le impuso al procesado como accesoria, estando contemplada como principal para el delito de homicidio culposo, por el artículo 329 del Código Penal, con lo que se vulneró el principio de legalidad de la sanción, razón por la cual se casará oficiosamente el fallo y al tenor de lo dispuesto por los artículos 228 y 229-1 del C. de P. P., se ordenará que la suspensión en el arte de conducir sea impuesta como pena principal, por el lapso anteriormente señalado. Magistrado Ponente: Dr. Jorge E. Córdoba Poveda. Sentencia Casación. Fecha: 23/04/1996. Decisión: Desestima la demanda, casa parcialmente y de oficio. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Medellín. Acción: Duque Zea, José Humberto. Delito: Homicidio culposo, Lesiones personales en accidente de tránsito. Proceso: 9255. Publicada: Sí. Detalle Pub.: Primer Semestre de 1996. Fuente Formal: Decreto Num.: 100 Año: 1980 Art.: 329. Decreto-ley número 2700 Año: 1991 Art.: 228. Decreto ley número 2700 Año: 1991 Art.: 229 Numeral: 1. 95

FUERO/ JUEZ DE EJECUCION DE PENAS. En la actualidad, no obstante la existencia de los jueces de ejecución de penas, esti-

Página

ma la Sala que la competencia del fallador se mantiene inalterable, pues mal podría entenderse que la garantía del fuero termina con el proferimiento de la sentencia, como quiera que en la etapa posterior a ella, esto es, durante su ejecución, hay decisiones de trascendental importancia, respecto de las cuales obran las mismas razones que fundamentan el fuero para la investigación y/o el juzgamiento. Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel. Unica Instancia. Fecha: 24/04/1996. Decisión: Declara extinguida la condena y cancela cauciones. Procedencia: Corte Suprema de Justicia. Acción: Velásquez Ramos, José Heriberto; Currea García, Nohora. Del Valle Oviedo, Alvaro Jesús; Sosa Cárdenas, Dairo de Jesús; Lucero Acosta, Eduardo Ignacio. Delito: Prevaricato por acción. Proceso: 4083. Publicada: Sí. Detalle Pub.: Primer Semestre de 1996. 102

CASACION DISCRECIONAL/ DESARROLLO JURISPRUDENCIAL. En tratándose de la casación discrecional por la necesidad del desarrollo jurisprudencial, cuando no existan fallos de la Corte al respecto, la concesión del recurso no puede surgir únicamente de la comprobada inexistencia de pronunciamientos de esta Corporación sobre determinados tipos penales, sino de la demostración que el peticionario haga respecto de la norma, de la que solicita el desarrollo hermenéutico, de que ella posee vacíos, o contradicciones intrínsecas o extrínsecas, o en general que su sentido no es claro, advirtiendo y fundando con precisión cada uno de estos hechos, o cualesquiera otro que sea capaz de demostrar con la seriedad necesaria como para que la Corte pueda fundar en él la decisión de aceptar una casación discrecional para desarrollar jurisprudencia. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Auto Casación. Fecha: 24/04/1996. Decisión: Declara la nulidad y niega la concesión del recurso de casación. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cúcuta. Procesado: Gómez Gómez, Jesús Abad. Delito: Ejercicio ilícito de actividad Monopolística de arbitrio rentístico. Proceso: 11219. Publicada: Sí. Detalle Pub.: Primer Semestre de 1996. 106

COLISION DE COMPETENCIA/ JUEZ REGIONAL/ CONEXIDAD/ CONSULTA. El principio de que las nulidades deben ser decretadas por el funcionario competente se respeta en esos eventos, porque por mandamiento legal el único que puede invalidar una sentencia es el superior funcional del juez que la dictó, y esto opera en segunda instancia y en casación. Una indebida interpretación de este principio genera una situación no contemplada en la ley, como es que la apelación o la consulta la terminen

Página

resolviendo horizontalmente, o lo que es más inadmisible, por parte de un inferior. Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel. Auto Colisión de Competencias. Fecha: 24/04/1996. Decisión: Declara competente al Tribunal Nacional. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Rosa de Viterbo. Procesado: García Fonseca, Ulises. Proceso: 11540. Publicada: Sí. Detalle Pub.: Primer Semestre de 1996. Fuente Formal: Decreto 180 Num.: 1988 Año: 19. Decreto-ley número 2700 Año: 1991 Art.: 89. 112

NULIDAD. Las nulidades en sede del recurso extraordinario, solamente proceden mediante alegación formal dentro de la respectiva demanda de casación, o por vía de conocimiento oficioso, pero dentro del fallo de fondo. Magistrado Ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda. Casación -Libertad-. Fecha: 30/04/1996. Decisión: Se abstiene de tramitar solicitud y deniega libertad. Procesado: Valencia Grajales, Guillermo León. Delito: Porte de armas de defensa personal, Homicidio agravado. Proceso: 11604. Publicada: Sí. Detalle Pub.: Primer Semestre de 1996. 116

DEFENSA TECNICA/ LIBERTAD PROVISIONAL. Los juicios sobre la legalidad de la sentencia deben aducirse en la respectiva demanda de casación, toda vez que la procedencia o no de la libertad necesariamente está condicionada a un estudio de fondo que solo puede llevarse a cabo al momento de proferir el respectivo fallo de casación, sin perjuicio de las facultades oficiosas que le confiere a la Corte el artículo 228 del Código de Procedimiento Penal.

El fallo de la Corte Constitucional por medio del cual se declaró la inconstitucionalidad del artículo 148 ejusdem, en modo alguno expuso que los procesados que no hubiesen sido asistidos por un abogado titulado en la diligencia de indagatoria debieran salir en libertad, pues su función en este tipo de decisiones se contrae al análisis de la norma demandada con la constitución, pues la decisión sobre la libertad de los procesados únicamente compete al Juez penal. Magistrado Ponente: Dr. Carlos A. Gálvez Argote. Casación -Libertad-. Fecha: 30/04/1996. Decisión: Niega libertad inmediata. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Antioquia. Recurrentes: Sierra, Pedro Pablo; Sierra Muriel, Orlando de Jesús; Muriel Echeverri, José Ignacio; Sierra Muriel, Gilberto Antonio. Delito: Homicidio agravado. Proceso: 10428. Publicada: Sí. Detalle Pub.: Primer Semestre de 1996. 118

Página

NULIDAD/ UNIDAD PROCESAL.

1. Para que un cargo de nulidad pueda prosperar es necesario que se precise la clase de nulidad invocada, la fundamentación que según la irregularidad que se pretende demostrar le corresponde y su trascendencia.

2. La circunstancia de que dos delitos se investiguen conjuntamente no implica que ambos tengan que correr fatalmente la misma suerte, pues las pruebas deben ser apreciadas independientemente frente a cada uno de ellos, siendo entonces perfectamente posible que se acuse por uno y se precluya respecto del otro. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Sentencia Casación. Fecha: 30/04/1996. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Medellín. Recurrente: Manrique Salazar, Didier. Delito: Homicidio. Proceso: 9462. Publicada: Sí. Detalle Pub.: Primer Semestre de 1996. 120

CONDENA/ INVASION DE TIERRAS/ ERROR DE PROHIBICION.

De acuerdo con el artículo 247 de la ley procesal penal, para proferir sentencia de condena se requiere que la prueba obrante en el proceso tenga la virtualidad de producir certeza sobre la existencia del hecho punible y la responsabilidad del procesado.

2. El comportamiento que afecta el bien jurídico protegido en las diferentes hipótesis contempladas en el Título que alude a los atentados contra el patrimonio económico, se circunscribirá a aquel que se indica en cada figura cuya vulneración o amenaza apareja la sanción. La actividad punible, en el caso del precepto transcrito (art..367 C.P.) estaría dada por la invasión de terreno o edificio ajeno, con ánimo de aprovechamiento.

Para que el error de que trata el artículo 40 del C.P., llámese de prohibición o de tipo, tenga la virtualidad de excusar la conducta, precisa la existencia de circunstancias que generen en el agente la convicción invencible de que su actuación la ampara una causal de justificación, o de que no concurre un elemento de la situación descrita por el tipo. Huelga decir que, en cualquiera de estos supuestos, es "conditio sine qua non" la buena fe del agente. Magistrado Ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia. Sentencia Segunda Instancia. Fecha: 30/04/1996. Decisión: Confirma sentencia condenatoria. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Neiva. Procesado: Sánchez BARROSO, GUSTAVO José. Delito: Prevaricato por acción en concurso homogéneo. Proceso: 10909. Publicada: Sí. Detalle Pub.: Primer Semestre de 1996. 126

Página

COMPETENCIA/ HURTO. Por virtud de lo dispuesto en el artículo 295 del estatuto procesal, para determinar la competencia en los hechos punibles contra el patrimonio la cuantía puede ser la que fije el perjudicado bajo la gravedad del juramento, siempre y cuando no sea impugnada durante la investigación por cualquiera de los sujetos procesales, caso en el cual se decretará prueba pericial para establecerla.

2. Para la adecuación de la conducta al tipo de hurto basta que el sujeto activo haya efectuado el apoderamiento "con el propósito de obtener provecho para sí o para otro", así este no se llegue a obtener. De manera que lo que se debe acreditar es el "ánimo", el "propósito" con que el agente realizó el comportamiento, y como elemento subjetivo que es, su existencia hay que inferirla de las circunstancias que rodearon el hecho, bien sean antecedentes, concomitantes o subsiguientes a él, tales como la forma de ejecución del apoderamiento, el destino que se les dé a los bienes, las manifestaciones del autor, etc. Magistrado Ponente: Dr.Ricardo Calvete Rangel. Sentencia Casación. Fecha: 30/04/1996. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Acción: Sarmiento del Castillo, Darío. Delito: Hurto agravado. Proceso: 8599. Publicada: Sí. Detalle Pub.: Primer Semestre de 1996. Fuente Formal: Decreto-ley número 2700 Año: 1991 Art.: 295. 134

ESTAFA/ PERJUICIOS.

1. No fatalmente quien sufre el perjuicio económico y es víctima del hecho punible, debe ser la persona sobre la cual recae el ardid o maniobra artificiosa (art. 356 C.P.). El delito de estafa bien puede estructurarse sin que el estafador llegue a tener contacto directo con la víctima, como ocurre cuando el engaño se proyecta sobre persona distinta de quien recibe el perjuicio.

2. Respecto del artículo 55 ibidem, debe decirse que: no es cierto que esta norma obligue al juzgador a designar un perito para avaluar los perjuicios ocasionados con el hecho punible. Esta decisión, de acuerdo con el citado precepto, es facultativa del funcionario judicial, quien según la complejidad del asunto, podrá disponer o no su intervención. Magistrado Ponente: Dr. Fernando Arboleda Ripoll. Sentencia Casación. Fecha: 30/04/1996. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Recurrentes: Díaz García-Herreros, Jaime; Cabrales García-Herreros, Ligia Nelly. Delito: Falsedad, Estafa. Proceso: 8959. Publicada: Sí. Detalle: Pub.: Primer Semestre de 1996. 143

Página

IRA E INTENSO DOLOR. La morigeración de la pena que se consagra en el precepto no apunta al amparo penal de las personas violentas y agresivas, sino al razonable reconocimiento de la ruptura de los frenos inhibitorios de cualquier persona puesta en esas condiciones de grave o seria e inmoble o injusta provocación ajena que incita y desborda hacia los estados emocionales de ira y de dolor intensos. Magistrado Ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda. Sentencia Casación. Fecha: 30/04/1996. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Acción: Ruiz Cancino, Rafael. Delito: Porte de armas de defensa personal. Homicidio. Proceso: 9270. Publicada: Sí. Detalle Pub.: Primer Semestre de 1996. 160

COMPETENCIA/ JURAMENTO.

1. Los factores subjetivos de competencia, obviamente empiezan a ser imperativos para el proceso penal y dan lugar a su exigibilidad, so pena de estructurar una nulidad, desde el instante mismo en que aparecen demostrados a cabalidad y no antes.

2. La fórmula del juramento no es, ni puede ser sacramental. Lo importante es que el declarante sepa que tiene la obligación de decir la verdad y que si falta a ella, incurre en responsabilidades de naturaleza penal. Magistrado Ponente: Dr. Jorge E. Córdoba Poveda. Sentencia Casación. Fecha: 30/04/1996. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Recurrente: Aparicio Gómez, José Angel. Delito: Tentativa de extorsión, Falsedad en documento público agravada por el uso en concurso homogéneo y heterogéneo. Proceso: 9872. Publicada: Sí. Detalle Pub.: Primer Semestre de 1996. 166

HURTO/ RESOLUCION DE ACUSACION/ INCONGRUENCIA DE LA SENTENCIA.

1. El hurto sólo se agrava por una circunstancia de las previstas en el artículo 351 del Código Penal, que indiscutiblemente trae una penalidad menor a la consagrada para el hurto calificado en el artículo 350 ibídem, careciendo entonces el casacionista de interés para recurrir en este aspecto.

2. Si bien es cierto que la incongruencia entre la acusación y la sentencia en cuanto aquella deduce aspectos o circunstancias que agravan la situación del procesado, pese a no haber sido imputados en la resolución acusatoria, de alguna manera vulnera el derecho a la defensa por cuanto se estaría sorprendiendo al procesado con una imputación que no hizo parte de aquella respecto de la cual orientó su defensa, debe recordarse, como

Página

tantas veces lo ha dicho la jurisprudencia de esta Sala, que aunque en principio, tal incongruencia supone una irregularidad subsanable por vía de la nulidad, estando consagrada como causal de casación, debe preferirse su ataque por este motivo.

Cosa bien distinta sería que se estuviera afirmando una errónea calificación jurídica de la infracción, caso en el cual la nulidad devendría por violación al debido proceso. Magistrado Ponente: Dr. Carlos A. Gálvez Argote. Sentencia Casación. Fecha: 30/04/1996. Decisión: Desestima la demanda, casa oficiosa y parcialmente en cuanto a la pena accesoria. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Marta. Recurrente: Santodomingo Polo, Manuel José. Delito: Hurto agravado, Falsedad y destrucción, supresión y ocultamiento de documento privado. Proceso: 10345. Publicada: Sí. Detalle Pub.: Primer Semestre de 1996. 176

CASACION/ PARTE CIVIL. El artículo 35 de la Ley 81 de 1993 (artículo 218 del Código de Procedimiento Penal), establece que el recurso extraordinario de casación "procede contra las sentencias proferidas por el Tribunal Nacional, los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y el Tribunal Penal Militar, en segunda instancia, por los delitos que tengan señalada pena privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de seis (6) años aun cuando la sanción impuesta haya sido una medida de seguridad.".

"El recurso se extiende a los delitos conexos, aunque la pena prevista para éstos sea inferior a la señalada en el inciso anterior".

2. La parte civil está legitimada para hacer uso del recurso extraordinario, y con mayor razón cuando su interés jurídico no se pone en duda dada la cuantía de los perjuicios a que fueron condenados los responsables. Magistrado Ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia. Recurso de Hecho. Fecha: 30/04/1996. Decisión: Revoca numeral y admite el recurso. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Tunja. Procesado: Cortés Espinosa, Jaime. Proceso: 11605. Publicada: Sí. Detalle Pub.: Primer Semestre de 1996. Fuente Formal: Ley Num.: 81 Año: 1993 Art.: 35. 186

DEMANDA DE CASACION/ TIPICIDAD/ DOLO. La demanda de casación no es un escrito de elaboración libre como ocurre en los alegatos que de ordinario se presentan en las instancias, sino de carácter eminentemente técnico, en cuanto deben reunir ciertas exigencias en su elaboración para que pueda examinársele.

Página

Estos requisitos se encuentran relacionados en el artículo 225 del Código de Procedimiento Penal, y son de obligatorio cumplimiento, pues de no acatarse, habrá de declararse desierto el recurso, por disposición expresa del artículo 226 ibídem.

Cuando se invoca la causal primera cuerpo segundo, los puntos básicos que la demanda debe contener para que pueda llegar a examinársele, son, en síntesis, los siguientes: a) Señalamiento de la causal; b) Indicación de las normas de derecho sustancial que se estiman infringidas; c) Concepto de la violación o precisión de si la infracción de la norma se presenta por falta de aplicación, aplicación indebida o interpretación errónea; d) Identificación de los errores de apreciación probatoria cometidos por el fallador, tarea que comprende dos aspectos: La determinación de los medios de prueba indebidamente apreciados y el señalamiento del error cometido en relación con cada uno de ellos, si de existencia, de identidad, de legalidad o de valoración; y e) La demostración de la trascendencia del error, esto es, su incidencia en la parte resolutiva del fallo.

2. La negación del dolo como forma de culpabilidad presupone la aceptación, no solamente de la autoría del hecho, sino de que la conducta es típica y antijurídica. Magistrado Ponente: Dr. Fernando Arboleda Ripoll. Auto Casación. Fecha: 02/05/1996. Decisión: Inadmite la demanda de casación. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Pereira. Recurrente: Villada, Rubén Darío. Delito: Homicidio. Proceso: 11241. Publicada: Sí. Detalle Pub.: Primer Semestre de 1996. Fuente Formal: Decreto Num.: 2700 Año: 1991 Art.: 225. 191

LIBERTAD PROVISIONAL/ PERSONALIDAD. Si por «personalidad» se entiende el conjunto de factores singularizantes del individuo, reflejo de su manera de ser y de actuar, ha de considerarse necesariamente la conducta criminal desplegada, como parámetro decisivo en el diagnóstico de readaptación social. Magistrado Ponente: Dr. Fernando Arboleda Ripoll. Casación -Libertad-. Fecha: 02/05/1996. Decisión: Niega libertad provisional. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Valledupar. Recurrente: Ariza Alí, Miguel Tomás. Delito: Falsedad material de particular en doc. púb., Estafa. Proceso: 9847. Publicada: Sí. Detalle Pub.: Primer Semestre de 1996. 195

LIBERTAD PROVISIONAL. Con anterioridad a la sentencia de casación, lo único dable estudiar es la libertad provisional de que trata el artículo 415-2 del Código de Procedimiento Penal, por cumplimiento de la pena o por haber sufrido el procesado en

Página

detención preventiva el tiempo necesario para obtener la libertad condicional a que se refiere el artículo 72 del Código de Procedimiento Penal. Magistrado Ponente: Dr. Jorge E. Córdoba Poveda. Casación -Libertad- Reposición. Fecha: 06/05/1996. Decisión: No repone. No Recurrente: Serrano Pérez, Dioselid. Delito: Violación al Decreto 3664/86, Secuestro. Proceso: 11562. Publicada: Sí. Detalle Pub.: Primer Semestre de 1996. Fuente Formal: Decreto-ley número 2700 Año: 1991 Art.: 415 Numeral: 2. Decreto ley número 2700 Año: 1991 Art.: 72. 198

PERJUICIOS/ CASACION. Cuando el recurso extraordinario de casación verse exclusivamente sobre indemnización de perjuicios decretados en la sentencia condenatoria, el recurrente que no se encuentre satisfecho con dicha regulación deberá presentar la demanda sujetándose a las causales previstas en el Código de Procedimiento Civil (artículo 368), siempre y cuando que el interés para recurrir sea o exceda el contemplado por la ley (27.440.000 para la época de interposición de los recursos de casación, conforme a lo dispuesto por el Decreto 522 de 1988, en armonía con el artículo 366 C. de P. C.); debiendo tener presente además, que la sentencia objeto de impugnación haya sido dictada en segunda instancia por un Tribunal Superior, el Tribunal Nacional o el Tribunal Penal Militar, aunque sin consideración al quantum punitivo del delito. Magistrado Ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla. Auto Casación. Fecha: 07/05/1996. Decisión: Declara nulidad y no admite los recursos. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cundinamarca. No Recurrente: Chavarro Olaya, Hernando. Delito: Homicidio culposo. Proceso: 9801. Publicada: Sí. Detalle Pub.: Primer Semestre de 1996. Fuente Formal: C.P.C. Art.: 368. Decreto Num.: 522 Año: 1988. 200

COLISION DE COMPETENCIA/ FISCAL/ JUEZ. El desplazamiento que el Fiscal General de la Nación haga de uno de sus fiscales delegados para asignarle la instrucción a otro fiscal de distinta sede, no implica modificación de la competencia original que en materia de juzgamiento tiene el Juez Penal del Circuito correspondiente. Magistrado Ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla. Auto Colisión de Competencias. Fecha: 07/05/1996. Decisión: Dirime colisión determinando competencia al Juzgado P. del C. de Sahagún (Córd.). Procedencia: Juzgado 4° Penal del Circuito. Ciudad: Sincelejo. Procesado: Urueta Hoyos, Vicente Carlos. Delito: Peculado por aplicación diferente. Proceso: 10432. Publicada: Sí. Detalle Pub.: Primer Semestre de 1996. 205

Página

CASACIÓN DISCRECIONAL.

2. Cuando se plantee la necesidad de un desarrollo jurisprudencial, que fije con criterio de autoridad el alcance de una norma o tienda a la unificación de doctrinas encontradas sobre el punto, debe indicarse expresamente en el escrito el tema cuyo desarrollo se pide o cuya unificación se pretende y las razones por las cuales debe intervenir la Corte. Magistrado Ponente: Dr. Fernando Arboleda Ripoll. Casación Discrecional. Fecha: 07/05/1996. Decisión: Inadmite el recurso de casación excepcional. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Recurrente: Jiménez Suárez, Humberto. Delito: Peculado por uso. Uso fraudulento de sello oficial. Proceso: 10453. Publicada: Sí. Detalle Pub.: Primer Semestre de 1996. 211

NULIDAD/ DERECHO DE DEFENSA/ DEFENSA TECNICA. En la importante etapa instructiva la acusada se halló en el más completo desamparo frente a la garantía de defensa que le aseguraba la Carta Constitucional, y ello conduce, en cuanto la violación del derecho de defensa no se ofrece subsanable, a la invalidación del rito efectuado a partir, inclusive, de la diligencia de injurada, salvando sí las pruebas recaudadas, las que bajo una efectiva intervención de la defensa, bien se podrán controvertir al reponer lo actuado (artículo 304-3 del Código de Procedimiento Penal). Magistrado Ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda. Sentencia Casación. Fecha: 08/05/1996. Decisión: Casa y decreta nulidad, decreta libertad y expide copias. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Medellín. Recurrente: Hernández de Montoya, Gertrudis. Delito: Violación a la Ley 30/86. Proceso: 10903. Publicada: Sí. Detalle Pub.: Primer Semestre de 1996. 217

DELITO POLITICO. La circunstancia de haber pertenecido a una agrupación de las llamadas Milicias Populares no significa que todo acto criminal que comete el afiliado debe ser considerado como objetivo de la organización, pues bien es sabido que dentro de estas bandas hay miembros cuya actividad habitual es prestar sus servicios como sicarios, y actuar en distintas actividades criminales. Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel. Indulto. Fecha: 08/05/1996. Decisión: Confirma providencia en la cual niega beneficios consagrados en la Ley 104 de 1993. Procedencia: Tribunal. Ciudad: Nacional. Procesado: Dávila Isaza, Luis Emilio. Delito: Porte de armas de defensa personal, Homicidio agravado. Proceso: 11379. Publicada: Sí. Detalle Pub.: Primer Semestre de 1996. 229

Página

ACCESO CARNAL VIOLENTO/ LESIONES PERSONALES-PERTURBACION PSIQUICA. En relación con las lesiones de naturaleza corporal de que la víctima del acceso pueda ser objeto, tradicionalmente se ha considerado que tanto las causadas por la simple conjunción sexual (perforación del himen, desgarramientos perineales), como las normales inherentes a la violencia física aplicada para vencer su resistencia (equimosis, rasguños, laceraciones), quedan comprendidas por el tipo penal que pune la violación, pero que los daños que desbordan estos límites, deben ser motivo de sanción adicional, bien como delito autónomo, o como simple circunstancias de agravación. Magistrado Ponente: Dr. Fernando Arboleda Ripoll. Sentencia Casación. Fecha: 08/05/1996. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Neiva. Acción: Sánchez Quintero, Javier Fernando. Delito: Acceso carnal violento, Lesiones personales culposas. Proceso: 9401. Publicada: Sí. Detalle Pub.: Primer Semestre de 1996. Fuente Formal: Código Año: 1936 Art.: 318. 233

DELITO COMPLEJO/ FALSEDAD IDEOLOGICA EN DOCUMENTO PUBLICO/ PREVARICATO/ CONSUNCION/ CONEXIDAD IDEOLOGICA. La falsedad y el prevaricato no se manifiestan en un solo conjunto; no tienen idéntico nexo causal, y no constituyen por consideración de la ley un solo delito.

De manera que para que exista delito complejo se requiere de una descripción típica, que contenga como elementos constitutivos, o como circunstancias agravantes, hechos que considerados de manera independiente están previstos como punibles en otras normas, y basta mirar los tipos imputados (artículos 219 y 149 del C.P.), para advertir que no hay la más mínima posibilidad de que uno contenga al otro.

La falsedad ideológica cometida en documento público existe independientemente de su uso, y de que con ella se quisiera disfrazar la expedición de una resolución manifiestamente contraria a la ley.

El concurso aparente se presenta cuando una conducta se adecua simultáneamente a tipos penales diversos y excluyentes, de manera que para no violar el non bis in idem el juzgador debe escoger el que resulte aplicable.

El principio de la consunción es aplicable cuando entre los dos punibles existe una relación de menos o más, o de imperfección a perfección, como ocurre en los llamados delitos progresivos, no cuando existe una simple conexidad.

Página

Y a propósito, el hecho de que entre dos delitos se presente una relación de medio a fin no significa que uno absorbe al otro, pues si fuera así no existiría la conexidad ideológica. Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel. Sentencia Segunda Instancia. Fecha: 08/05/1996. Decisión: Niega nulidad impetrada y confirma sentencia condenatoria. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Procesado: León Moncaleano, William Fernando. Delito: Falsedad, Prevaricato. Proceso: 10800. Publicada: Sí. Detalle Pub.: Primer Semestre de 1996. 242

FRAUDE PROCESAL. La tesis de que lo sucedido dentro de un contrato, sólo interesa al derecho civil y a las partes contratantes, y no al derecho penal, no ha tenido arraigo en nuestro medio, porque lo menos que se les puede exigir a las partes intervinientes en una negociación mercantil es que procedan de buena fe. Una conducta fraudulenta no solo vulnera el derecho de la parte afectada, sino que perturba el orden jurídico al lesionar valores cuya defensa interesa al Estado, que los ha previsto en la órbita de acción propia del derecho penal. Magistrado Ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla. Sentencia Casación. Fecha: 08/05/1996. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Acción: Castiblanco Gutiérrez, Guillermo; Caro Torres, Efraín. Delito: Estafa y Fraude procesal en grado de tentativa. Proceso: 9403. Publicada: Sí. Detalle Pub.: Primer Semestre de 1996. 252

CALUMNIA/ AMNISTIA/ INDULTO.

1. Para que el tipo penal que define la calumnia tenga realización es imprescindible que en la expresión tildada como tal, con ánimo de ocasionarle daño, se impute falsamente a una persona su autoría o participación en una conducta sancionada penalmente.

2. Tanto la amnistía como el indulto corresponden a instrumentos jurídicos que suponen la realización de conductas sancionadas penalmente y sobre las cuales, por motivos de conveniencia política, el Estado declina iniciar, o seguir ejerciendo, la correspondiente acción penal, o renuncia a ejecutar las penas que hayan sido impuestas, sin que ello implique el desconocimiento del acto, históricamente considerado, ni los perjuicios patrimoniales y sociales que con él se hubiesen podido ocasionar. Magistrado Ponente: Dr. Fernando Arboleda Ripoll. Unica Instancia. Fecha: 13/05/1996. Decisión: Se abstiene de abrir investigación penal. Procedencia: Corte Suprema de Justicia. Procesado: Rueda

Página

Guarín, Tito Edmundo. Delito: Calumnia, Injuria, Peculado por extensión. Proceso: 9139. Publicada: Sí. Detalle Pub.: Primer Semestre de 1996. 258

DOLO EVENTUAL/ CULPA CON REPRESENTACION/ RESOLUCION DE ACUSACION. En el dolo eventual el agente se representa la posibilidad de realización del tipo penal y la acepta interiormente, lo que incluye aceptar el resultado de su conducta, conformarse con él; mientras que en la culpa consciente, aunque igualmente se representa el riesgo de realizar ese tipo penal -por ello se la conoce también como culpa con representación-, confía, por efecto de una errada valoración circunstancial, que el resultado no se concretará, es decir, no se asiente con él.

2. En desarrollo del mandato constitucional del artículo 230, esta colegiatura ya tuvo ocasión de examinar las diversas disposiciones legales sobre el particular y con base en ellas adoptó un criterio jurisprudencial que reconoce la acusación como jurídica y no fáctica, sin desconocer desde el punto de vista de la "lege ferenda" que la teoría de la imputación fáctica es una alternativa interesante que debe considerar el legislador para evitar las dilaciones procesales a que casi siempre conduce la corrección que debe hacerse de los quebrantos al rito fundamental, frecuentes por desgracia debido a la complicidad silenciosa de los sujetos procesales que tienen a su cargo "velar por la defensa del orden jurídico" en representación de la sociedad, o también a la lozudez de algunos funcionarios que olvidan que uno de los fines de la casación es "la unificación de la jurisprudencia nacional" (art.219 C.P.P.).

Dicho artículo (442 C. de P.P.) hace referencia a "los requisitos formales de la resolución de acusación", uno de los cuales es la obligación de hacer una "calificación jurídica" de los hechos probados en el proceso con "señalamiento del capítulo dentro del título correspondiente del Código Penal" con lo cual está exigiendo claridad y precisión en la imputación. Si ello es así, como en efecto lo es, hay que inferir que la "provisionalidad" de esa calificación solamente hace referencia a la facultad de algunos de los sujetos procesales para pedir o aportar pruebas conducentes y eficaces en el juicio con la única finalidad de "desvirtuar o degradar la acusación", pero en el entendido claro está de que la degradación de la acusación sólo es posible siempre que no genere desarmonía entre la calificación y el fallo condenatorio como ocurriría en el caso de un homicidio agravado o uno simple o de éste a uno culposo, pues de lo contrario implica

Página

necesariamente una falla, remediable únicamente en la forma señalada por el artículo 220-3 del C. de P.P.

Los antecedentes legislativos sobre el punto conducen a desentrañar la verdadera voluntad del legislador: primeramente, el artículo 501 del anterior estatuto facultaba al juez fallador, con un procedimiento especial desde luego y con señalamiento expreso de la competencia para el evento de que ésta sufriera modificación, a variar la calificación que hacían los jueces de Instrucción Criminal, disposición derogada por el actual ordenamiento; y, en segundo lugar, cuando el Gobierno quiso reimplantarla con el proyecto que presentó en 1993 al Congreso, fue expresamente denegada por dicha colegiatura. Por manera que es insostenible frente a la legislación actual la tesis de la "imputación fáctica" la que, de paso, implicaría alterar la competencia fijada por la ley, en el evento en que ésta sufriese modificación con la variación de dicha calificación, lo cual no es posible en un Estado social y democrático de Derecho en donde la competencia es un aspecto de orden público, modificable en forma expresa tan solo por la ley. Magistrado Ponente: Dr. Didimo Páez Velandia. Sentencia Casación. Fecha: 14/05/1996. Decisión: Casa, anula de oficio, condena, condena en perjuicios, concede libertad por pena cumplida. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Procesado: Peña, Pedro Pablo. Delito: Lesiones personales, Homicidio. Proceso: 9196. Publicada: Sí. Detalle Pub.: Primer Semestre de 1996. 264

PERJUICIOS/ NULIDAD. Las consecuencias jurídicas de que trata el artículo 39 del Código de Procedimiento Penal actual no podían darse hasta tanto no se cancelara la obligación; para ello es necesario recordar que, precisamente la razón de ser de la indemnización de perjuicios se orienta constitucionalmente a que las autoridades amparen y garanticen el derecho al restablecimiento de los afectados directamente con el hecho punible. Tal objetivo jamás tendría razón de ser sin que efectivamente se verifique su cumplimiento. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Sentencia Casación. Fecha: 15/05/1996. Decisión: Desestima la demanda y casa de oficio. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cartagena. Acción: Gómez Martínez, Manuel Segundo. Delito: Homicidio culposo. Proceso: 9245. Publicada: Sí. Detalle Pub.: Primer Semestre de 1996. Fuente Formal: Decreto ley número 2700 Año: 1991 Art.: 39. Decreto Num.: 100 Año: 1980 Art.: 61. Decreto Num.: 100 Año: 1980 Art.: 67. 277

Página

DEMANDA DE CASACION/ RESOLUCION DE ACUSACION. Es sencillo entender que si el propósito buscado con la sustentación del recurso es el reconocimiento de una causal de justificación, se debe partir de que se acepta que el acusado realizó el comportamiento, pues de no ser así los dos planteamientos resultan excluyentes, y no es labor permitida a la Corte corregir la demanda.

Como claramente lo establece el último inciso del artículo 225 del Código de Procedimiento Penal, es permitido formular cargos excluyentes, pero deben plantearse separadamente y de manera subsidiaria.

2. La resolución de acusación es la pieza procesal en la cual se determinan los cargos que deben ser resueltos en la sentencia, de modo que es tal su importancia e incidencia, que tanto los requisitos de orden probatorio como su contenido los señala la ley -artículos 441 y 442 del Código de Procedimiento Penal-. Es un auto de carácter interlocutorio, lo cual indica que lo que se resuelve debe estar debidamente motivado, o lo que es lo mismo, que la decisión que se tome tenga una fundamentación clara que permita conocer las razones por las cuales se llegó a ella.

Si el llamamiento a juicio no se motiva, o se hace de una manera ininteligible, se viola el derecho a la defensa del encausado, pues sin conocer los argumentos del funcionario calificador le será imposible controvertirlos. De otra parte, con una acusación en esas condiciones el juez no puede dictar sentencia, ya que para que pueda hacerlo es básico que los cargos estén bien formulados.

Si en la parte motiva se analiza un hecho a través de los elementos integradores del delito, en el proceso lógico jurídico que corresponde a la formulación de un cargo, pero finalmente en la parte resolutiva no se concreta que el acriminado debe responder por él, en la sentencia no se puede tomar como si formara parte del enjuiciamiento pues de esa manera el juez estaría corrigiendo un yerro de la calificación sin tener competencia para hacerlo, ni ser procedente en ese momento.

La demostración de lo dispuesto en la causal segunda de casación se obtiene confrontando la sentencia con el pliego de cargos. Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel. Sentencia Casación. Fecha: 15/05/1996. Decisión: Casa parcialmente y fija pena. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Recurrente: Ortegón Serrano, Isauro.

Página

Delito: Porte ilegal de armas. Homicidio. Proceso: 9239. Publicada: Sí. Detalle Pub.: Primer Semestre de 1996. Fuente Formal: Decreto-ley número 2700 Año: 1991 Art.: 225. Decreto ley número 2700 Año: 1991 Art.: 441. Decreto-ley número 2700 Año: 1991 Art.: 442. 288

FALSO JUICIO DE IDENTIDAD/ ESTAFA. Hay falso juicio de identidad por distorsión de la prueba cuando se tergiversa o falsea su real contenido o sentido, como cuando se hace decir al testigo lo que no dijo, se deforma el verdadero contenido del documento o se tuercen las conclusiones del dictamen del perito; posturas que llevan al juzgador a conclusiones contrarias a la realidad probatoria que emerge del proceso.

2. La obtención del provecho ilícito no puede equipararse al agotamiento o real usufructo del provecho, pues resulta suficiente que la víctima quede despojada, así sea transitoriamente, de sus valores o de la posesión de una cosa, que pasa al campo de acción ideado y dominado por el defraudador, para que pueda hablarse de aprovechamiento ilícito, aunque el perjudicado lo recupere tiempo después. Magistrado Ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla. Sentencia Casación. Fecha: 15/05/1996. Decisión: Desestima la demanda, declara prescrita la acción, decreta pena y confirma. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Recurrente: Otálora Rodríguez. Rubén Darío. Delito: Falsedad material de particular en doc. púb., Estafa. Proceso: 9640. Publicada: Sí. Detalle Pub.: Primer Semestre de 1996. 302

APELACION/ INIMPUTABILIDAD.

1. No es racional pensar que el legislador hubiera previsto una doble sustentación del recurso ante la misma instancia, en actos separados, contrariando los principios de economía y de la eficiencia de las actuaciones procesales, en cuanto que en estricto rigor jurídico uno de estos dos actos sería innecesario.

2. No debe olvidarse que es el trastorno mental producido por la ingestión de alcohol, no la embriaguez per se, lo que determinaría la condición de inimputable. Magistrado Ponente: Dr. Fernando Arboleda Ripoll. Sentencia Casación. Fecha: 15/05/1996. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Recurrente: Gallo Orozco, Hernando. Delito: Homicidio. Proceso: 9268. Publicada: Sí. Detalle Pub.: Primer Semestre de 1996. 313

Página

PRIVACION ILEGAL DE LA LIBERTAD/ NULIDAD/ RECONOCIMIENTO EN FILA DE PERSONAS.

1. La retención o la no liberación inmediata de quien hubiere sido aprehendido en circunstancias eventualmente irregulares, es situación paralela al desarrollo procesal que no interfiere con lo substancial de éste, ni siquiera en el caso de ser demostrada tal ilegalidad. Podrá generar otras consecuencias, pero no tiene el alcance de invalidar la actuación subsiguiente.

2. El reconocimiento en fila de personas no es prueba autónoma sino complemento o parte integrante del testimonio incriminatorio. Tanto es así, que la propia ley manda que en lo posible haga parte de éste (art. 368 C. de P.P.), de modo que su valoración no puede desligarse de la inicial declaración del testigo que incrimina. Magistrado Ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla. Sentencia Casación. Fecha: 15/05/1996. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Recurrentes: González Zapata, Blanca Fanny; Castillo García, Claudia Patricia; Gonzalez Medina, Nelly. Delito: Hurto calificado y agravado. Proceso: 9605. Publicada: Sí. Detalle Pub.: Primer Semestre de 1996. Fuente Formal: Decreto-ley número 2700 Año: 1991 Art.: 368.

VIOLACION DIRECTA DE LA LEY/ VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY. Si se trata de la violación directa de la ley sustancial, debe entonces el recurrente indicar si ello se hizo por una falta de aplicación, una aplicación indebida o una interpretación errónea, consecuentemente precedido de una argumentación estrictamente jurídica en orden a demostrar por qué la norma aplicada al caso no correspondía, o por qué ha debido ser otro precepto legal el que recogía la situación fáctica, o siendo la norma aplicada la correcta por qué el sentenciador le dio alcances que no tiene ni pueden de ella desprenderse, respetando en todo caso los hechos y las pruebas en la forma como fueron apreciados y tenidos por el fallador como regla includible.

En cambio, si es a la forma de la violación indirecta, que por su naturaleza permite atacar la valoración probatoria hecha en el proceso, debe en este evento el impugnante señalar si se trata de errores de hecho o de derecho, lo mismo que si estos se debieron a la suposición, omisión o tergiversación del contenido objetivo de la prueba obrante en el expediente; o, si más bien el yerro consistió en haber tenido como legales pruebas que padecen de vicios en su producción o aducción o que siendo válidamente producidas el sentenciador se negó a darles valor probatorio por

Página

tenerlas como ilegales; o si por el contrario el error consistió en haberle dado a la prueba un valor que la ley no permite o no habérselo dado cuando por ley tienen determinado carácter vinculante.

El carácter extraordinario y rogativo que tiene este recurso impide en virtud del principio de limitación, suplir las deficiencias técnicas y argumentativas de los ataques propuestos a la sentencia, de tal modo que no puede pronunciarse sobre cargos que no han sido invocados y además porque las facultades que en torno a la oficiosidad le concede a la Corte el artículo 228 del Código de Procedimiento Penal están estrictamente limitadas a los casos en que se encuentre violación de garantías fundamentales o se advierta una causal de nulidad. Magistrado Ponente: Dr. Carlos A. Gálvez Argote. Sentencia Casación. Fecha: 15/05/1996. Decisión: Desestima la demanda y no casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Sincelejo. Recurrente: Lozano Muñoz, William Leonidas. Delito: Homicidio. Proceso: 9813. Publicada: Sí. Detalle Pub.: Primer Semestre de 1996. . 328

ANONIMO/ DENUNCIA. Por disposición de nuestro estatuto procedimental penal, la acción jurisdiccional del Estado se puede poner en movimiento de una de dos maneras: por medio de denuncia, en la que se ponga en movimiento la notitia criminis por la persona agraviada, o, por cualquier persona en los delitos perseguibles de oficio; y, por razón de sus funciones llega a conocimiento de empleado oficial quien, a su vez, la transmite al funcionario competente para los fines consiguientes.

De conformidad con el artículo 38 de la Ley 190 de 1995 queda restringida como forma de adelantar una averiguación de carácter penal la queja o denuncia anónima, o que carezca de fundamento. Magistrado Ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia. Única instancia. Fecha: 16/05/1996. Decisión: Rechaza la denuncia presentada. Procedencia: Corte Suprema de Justicia. Procesado: Zambrano Pantoja, Hernando. Proceso: 11573. Publicada: Sí. Detalle Pub.: Primer Semestre de 1996. 334

CASACION DISCRECIONAL. No contempla el artículo 218 del C. de P.P. en su último inciso, esto es en los casos en que la pena privativa de la libertad del delito juzgado no alcanza el tope previsto en el primer inciso, de los seis años, al acusador privado, constituido parte civil como sujeto procesal con derecho a impugnar extraordinariamente los fallos de segundo grado. La norma restringe esa posibilidad al Procurador, su Delegado y a la defensa, lo que en otros términos significa que defiere al Minis-

Página

terio Público el ejercicio de la facultad impugnatoria en esos precisos casos, sin que le sea dado a la Corte ignorar el mandato o soslayarlo so pretexto de contar con discrecionalidad para aceptar el recurso, pues aún ésta se halla supeditada a la individualización contenida en ese texto legal. Magistrado Ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia. Casación Discrecional. Fecha: 16/05/1996. Decisión: No conceder el recurso de casación. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cali. No Recurrente: Román López, Juan Manuel; Calderón Rodríguez, Ancízar. Delito: Violación de los derechos de reunión. Proceso: 11447. Publicada: Sí. Detalle Pub.: Primer Semestre de 1996. .. 336

IMPEDIMENTO. El funcionario debe declararse impedido cuando a su respecto exista alguna de las causales que así lo ordena, lo cual implica que debe ser asertivo y expreso en su manifestación, por tratarse para el caso de situaciones que no sean de público conocimiento- de un estado interno de ánimo que solo puede conocer el funcionario que habrá de examinarlo, a través de la expresión objetiva del sujeto que lo vivencia. Magistrado Ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia. Casación -Impedimento-. Fecha: 17/05/1996. Decisión: Declara infundado el impedimento aducido por la Dra. Patricia Salazar Cuéllar. Recurrente: Forero Galvis, Luis Alberto. Delito: Porte ilegal de armas, Homicidio. Proceso: 11387. Publicada: Sí. Detalle Pub.: Primer Semestre de 1996. 339

PERJUICIOS/ APELACION. La decisión judicial que libera al responsable de la obligación de pagar el valor de los perjuicios causados por el delito, así sea por imposibilidad económica de hacerlo, afecta de modo directo el derecho que le asiste a la parte civil de ser resarcida de los perjuicios sufridos por la víctima, concretados en la forma señalada. Al negarle la apelación, se le está privando a este sujeto procesal (parte civil) de la oportunidad de cuestionar los fundamentos de la resolución recurrida y de controvertir lo expuesto por el interesado para sustentar lo argüido como precaria situación económica. Magistrado Ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla. Recurso de Hecho. Fecha: 17/05/1996. Decisión: Revoca auto y concede el recurso. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Florencia. Procesado: Maya Angulo, Fabio de Jesús. Delito: Prevaricato. Proceso: 11071. Publicada: Sí. Detalle Pub.: Primer Semestre de 1996. 341

RECURSO DE HECHO. El derecho de impugnación impone deberes procesales a la parte que lo ejerce, y en el preciso caso del

Página

recurso de hecho, el artículo 209 del C. de P.P. señala como carga procesal al recurrente, la sustentación de su inconformidad dentro de los tres días siguientes a aquel en que las copias hayan sido recibidas para el respectivo pronunciamiento del superior.

La misma disposición que concedió el plazo al interesado sanciona su inactividad con la desestimación de la vía de impugnación seleccionada, lo que implica su forzoso rechazo. Magistrado Ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda. Recurso de Hecho. Fecha: 17/05/1996. Decisión: Desecha el recurso de hecho. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Procesado: Barrera vda. de López, Rosa María. Delito: Fraude procesal. Proceso: 11670. Publicada: Sí. Detalle Pub.: Primer Semestre de 1996. Fuente Formal: Decreto-ley número 2700 Año: 1991 Art.: 209. 345

IMPEDIMENTO/ INTERES EN EL PROCESO. Si el interés que motiva el impedimento es el recíproco resultante de la mutua investigación por ser los Magistrados los jueces de los Representantes y estos a su vez investigadores de aquellos, la causal invocable, en forma de amplia interpretación, sería la contemplada en el numeral 10o. del artículo 103 del estatuto.

Pero en este caso, como lo exige la ley, debe existir dicha vinculación del funcionario al proceso o investigación respectiva, para evitar que a través de este medio se busque y se logre su separación, según los deseos y móviles de su denunciante con la finalidad que con tal exigencia quiere evitar la norma legal. Conjuez Ponente: Dr. Fabio Arisuzábal Hoyos. Unica Instancia -Impedimento-. Fecha: 21/05/1996. Decisión: No admite los impedimentos manifestados por varios Magistrados de la C.S.J. Procedencia: Corte Suprema de Justicia. Procesado: Moya Angel; Roberto. Proceso: 9960. Publicada: Sí. Detalle Pub.: Primer Semestre de 1996. Aclaración de voto: Conjuez; Dr. Alfonso Gómez Mendez. Fuente Formal: Decreto-ley número 2700 Año: 1991 Art.: 103 Numeral.: 10. 348

IMPEDIMENTO/ INTERES EN EL PROCESO. (Aclaración de Voto). El concepto de "interés en el proceso" a que se refiere el numeral 1o. del artículo 103 del Código de Procedimiento Penal, debe entenderse en función de los resultados concretos que del juicio respectivo se deriven para el Juez o Magistrado. El llamado "interés recíproco" debe entenderse en la misma dirección, esto es en la eventual afectación para los funcionarios como consecuencia de los resultados de un proceso, y no en la de que ambos pue-

Página

dan potencialmente estar colocados en la mutua condición de acusado y Juez. Aclaración de Voto Conjuez: Dr. Alfonso Gómez Méndez. Fecha: 21/05/1996. Detalle Pub.: Primer Semestre de 1996. Conjuez Ponente: Dr. Fabio Aristizábal Hoyos. 351

IMPEDIMENTO/ INTERES EN EL PROCESO. Si el artículo 103 es un precepto rigurosamente enumerativo y ese deber de inhibición del conocimiento de determinado asunto queda limitado a los eventos en que concurran las circunstancias concretas que dicha norma prescribe, en esta materia no tienen cabida poderes discrecionales de apreciación en el funcionario que declara encontrarse en tal situación.

En otras palabras, la índole de los hechos con virtualidad suficiente para fundar una declaración de impedimento y la procedencia de las distintas causales, según las circunstancias en cada caso particular, son puntos que de antemano y en abstracto ha fijado la ley por razones de alta conveniencia y de moralidad judicial; luego en lo que toca con esos dos elementos que por naturaleza son de configuración objetiva, nada ha quedado definido al parecer personal de los juzgadores; su potestad de abstención deriva de la ley, no de su voluntad y, forzosamente, han de descartarse en este terreno escogencias alternativas de causal. Conjuez Ponente: Dr. Alvaro Eslava Ayala. Unica Instancia -Impedimento. Fecha: 21/05/1996. Decisión: No admite los impedimentos manifestados por varios Magistrados de la C.S.J. Procedencia: Corte Suprema de Justicia. Procesado: Mantilla Serrano, Jorge Humberto. Proceso: 10279. Publicada: Sí. Detalle Pub.: Primer Semestre de 1996. 353

AUTO INTERLOCUTORIO/ AUTO DE SUSTANCIACION. Dentro de toda actuación judicial, los autos que se dicten pueden ser de sustanciación o interlocutorios, según la clase de pronunciamiento que se trate, siendo los primeros aquellos en los cuales el funcionario dispone simplemente el impulso de la actuación procesal, entre los cuales se encuentra el que ordena la práctica de una prueba que por ser notificable, admite únicamente el recurso de reposición; los interlocutorios, por su parte, son aquellos que definen aspectos sustanciales del proceso. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Recurso de Hecho. Fecha: 21/05/1996. Decisión: Deniega el recurso de hecho. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Buga. Procesado: Marín Orozco de Rayo, Rubiela. Delito: Falsedad documental, Peculado. Proceso: 11576. Publicada: Sí. Detalle Pub.: Primer Semestre de 1996. 356

Página

SANA CRITICA. En derecho penal colombiano rige el sistema de valoración probatoria conocido como de persuasión racional, el cual permite al juzgador dar a cada prueba el valor que estime conveniente conforme con los principios de la sana crítica que están alimentados por las reglas de la lógica, la experiencia y las ciencias auxiliares del derecho; de suerte que una vez promulgado su juicio valorativo se presumirá acertado y respetuoso del orden legal mientras no se demuestre que en su elaboración se incurrió en manifiesto error de lógica o que se desconoció en forma evidente regla alguna de aquellas que informan la sana crítica. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Sentencia Casación. Fecha: 21/05/1996. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Pasto. Acción: Burgos Arteaga, Jairo Emilio. Delito: Acceso carnal violento. Proceso: 9253. Publicada: Sí. Detalle Pub.: Primer Semestre de 1996. 361

JUEZ DE EJECUCION DE PENAS/ RECURSOS/ COLISION DE COMPETENCIA. «El rango de los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad, para efectos procesales, es el mismo del juez que ha emitido la sentencia, así se haya dispuesto que ostentan la categoría de jueces del circuito, pues, de conformidad con el artículo 76 del estatuto procesal penal las decisiones, que en ejercicio de sus facultades legales emitan, son recurribles ante el superior jerárquico del juez que dictó la sentencia cuya ejecución se demanda: o ante el mismo funcionario que emitió el fallo de condena, si corresponde a proceso de única instancia a tenor del artículo 523 ibidem.

Es claro que jurídicamente hablando y de acuerdo con la funcionalidad legal que se les ha asignado a los jueces de ejecución de penas, la suerte que corre el proceso en manos del juez que dicta la sentencia, debe ser la misma en manos de quien ejecuta la condena.

Circunstancia que permite excluir la posibilidad de hablar de un conflicto entre Jueces de diferente Distrito Judicial. Magistrado Ponente: Dr. Jorge E. Córdoba Poveda. Auto Colisión de Competencias. Fecha: 21/05/1996. Decisión: Se abstiene de conocer el conflicto negativo y remite al T.S. de Antioquia. Procedencia: Juzgado 4º de Ejecución de Penas. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Procesado: García Cardeño, Germán Alberto. Delito: Homicidio. Proceso: 11598. Publicada: Sí. Detalle Pub.: Primer Semestre de 1996. 370

Página

IMPUTABILIDAD. El hecho de dictaminarse la condición de imputable del procesado, no impide que éste reciba la asistencia psiquiátrica y farmacológica del Estado, cuando, estando precautelativamente detenido o bajo tratamiento penitenciario purgando la pena, se establezcn científicamente que padece una afección mental y se recomiende la reclusión en un establecimiento especial. Magistrado Ponente: Dr. Fernando Arboleda Ripoll. Auto Casación. Fecha: 22/05/1996. Decisión: Se abstiene de considerar petición, ordena de oficio el dictamen psiquiátrico. Recurrente: Vélez Rivera, Ramiro de Jesús. Delito: Homicidio. Proceso: 11188. Publicada: Sí. Detalle Pub.: Primer Semestre de 1996. 375

EXTRADICION. En la extradición los requisitos a examinar tienen que ver con:

a) la identificación plena del capturado como la persona requerida, lo que obliga a precisar que no sea un nacional colombiano;

b) que en exterior se haya proferido resolución de acusación o su equivalente;

c) que exista doble incriminación, lo que equivale cotejar que la conducta por la cual se requiere la extradición tenga correspondencia en la legislación penal colombiana, y que la cantidad de pena señalada sea correspondiente con los topes que el derecho nacional exige para que sea operable la entrega. Magistrado Ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda. Extradición. Fecha: 22/05/1996. Decisión: Conceptúa favorablemente. Procedencia: Gobierno. Ciudad: Estados Unidos de América. Requerido: Cipriano Jo. Julio. Proceso: 10624. Publicada: Sí. Detalle Pub.: Primer Semestre de 1996. 378

DEMANDA DE CASACION/ VIOLACION DIRECTA DE LA LEY. De acuerdo con el artículo 225 del Código de Procedimiento Penal, son requisitos formales de la demanda de casación: a) La identificación de los sujetos procesales y de la providencia impugnada; b) Una síntesis de los hechos materia de juzgamiento y de la actuación procesal; c) La causal que se aduzca para pedir la revocación del fallo, indicando en forma clara y precisa los fundamentos de ella y citando las normas que el recurrente estime infringidas; y, d) Si fueren varias las causales invocadas, se expresarán en capítulos separados los fundamentos relativos a cada una. Los cargos excluyentes se deben formular separadamente y de manera subsidiaria.

Página

Una regla elemental del recurso es que cuando se ataca el fallo por violación directa se deben aceptar los hechos y la prueba en la forma como los apreció el juzgador. Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel. Auto Casación. Fecha: 22/05/1996. Decisión: Rechaza la demanda de casación y declara desierto el recurso. Procedencia: Tribunal. Ciudad: Nacional. No Recurrente: Devia Trujillo, Luz Stella. Recurrente: Sánchez Díaz, Blanca Inés; Díaz Sánchez, Leandro. Delito: Secuestro. Proceso: 11486. Publicada: Sí. Detalle Pub.: Primer Semestre de 1996. Fuente Formal: Decreto-ley número 2700 Año: 1991 Art.: 225. 389

COLISION DE COMPETENCIA/ CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA. El numeral 6o. del artículo 256 de la Constitución Política le atribuye al Consejo Superior de la Judicatura la misión de dirimir los conflictos de competencias que ocurran entre funcionarios de diferentes jurisdicciones, y el numeral 1o. del artículo 9o. del Decreto 2652 de 1991 precisa que esa labor corresponde a la Sala disciplinaria. Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel. Auto Colisión de Competencias. Fecha: 22/05/1996. Decisión: Se abstiene de dirimir el conflicto, remitir al Consejo Superior de la Judicatura. Procedencia: Comandante de la Escuela de Infantería. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Procesado: Blandón Aristizábal, Jorge Iván. Delito: Fuga de presos. Proceso: 11743. Publicada: Sí. Detalle Pub.: Primer Semestre de 1996. 392

SANA CRITICA/ DEMANDA DE CASACION. Careciendo de tarifación la prueba en materia penal, la discrepancia del criterio del demandante frente al del fallador, no asume la entidad de error de derecho; y, como carece de ubicación en el terreno de la casación, lo desborda, convirtiéndose en una mera alegación apreciatoria del fallo acusado, de la cual no puede la Corte ocuparse. Magistrado Ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia. Auto Casación. Fecha: 22/05/1996. Decisión: Rechaza in limine la demanda y declara desierto el recurso. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Recurrente: Hernández Sánchez, José Albeiro. Delito: Homicidio. Proceso: 11185. Publicada: Sí. Detalle Pub.: Primer Semestre de 1996. 395

LIBERTAD PROVISIONAL/ ANTECEDENTES. Si bien no puede desconocerse como uno de los elementos componentes del juicio de valor que impone hacerse con miras a establecer a través de una labor de diagnóstico y pronóstico, la renuptación social del procesado que define positiva o negativamente su liberación, en el análisis de su personalidad, valioso elemento de convicción re-

Página

presenta el estudio de la personalidad que se revela en las circunstancias mismas que originaron el hecho delictivo.' Magistrado Ponente: Dr. Carlos A. Gálvez Argote. Casación -Libertad-Reposición. Fecha: 27/05/1996. Decisión: No repone. Recurrente: Donoso Velandia, Giovanny. Proceso: 10036. Publicada: Sí. Detalle Pub.: Primer Semestre de 1996. 399

DEMANDA DE CASACION/ IRREGULARIDAD. La declaratoria de inconstitucionalidad de algunas normas del procedimiento penal atinentes a la defensa del procesado por parte de un abogado es posterior a la presentación de la demanda de casación; ello no significa que la demanda pueda adicionarse con posterioridad de acuerdo con el devenir jurídico y jurisprudencial, ya que ello desnaturalizaría el carácter de extraordinario de este recurso, desconociendo el principio de limitación que lo orienta y según el cual la Corte sólo puede pronunciarse sobre los cargos planteados en la demanda, sin perjuicio de las facultades oficiosas que le confiere el artículo 228 del Código de Procedimiento Penal en caso de encontrar la existencia de circunstancias anulatorias del proceso y ello, se insiste, no puede hacerse en momento distinto de aquel en el que se decide el recurso. Magistrado Ponente: Dr. Carlos A. Gálvez Argote. Casación -Libertad-. Fecha: 27/05/1996. Decisión: Se abstiene de resolver nulidad y niega libertad provisional. Procesado: Camacho Martínez, Gonzalo. Proceso: 11056. Publicada: Sí. Detalle Pub.: Primer Semestre de 1996. 402

ANONIMO/ ESTATUTO ANTICORRUPCION. El Estatuto Anticorrupción, Ley 190 de 1995, estableció en su artículo 38 la obligatoriedad de la aplicación del numeral 1o. del artículo 27 de la Ley 24 de 1992, a menos que existan medios probatorios suficientes sobre la comisión de un delito como para adelantar la actuación de oficio.

El artículo a que se remite el Estatuto Anticorrupción, que reglamenta la recepción y trámite de quejas en la Defensoría del Pueblo, ordena la inadmisión de aquellas que sean anónimas o carezcan de fundamento, lo que aplicado al procedimiento penal, permite impedir el movimiento del aparato judicial cuando la denuncia reúna tales características o de ella no se derive la información suficiente como para iniciar una investigación de oficio. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Unica Instancia. Fecha: 27/05/1996. Decisión: Inadmite la denuncia anónima. Procedencia: Fiscalía General de la Nación. Procesado: Castro, Santiago. Proceso: 11508. Publicada: Sí. Detalle Pub.: Primer Semestre de 1996. 405

Página

EXTRADICION/ PRUEBA. La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia debe fundamentar el concepto de extradición en la demostración de los siguientes hechos:

1. Validez formal de la documentación presentada.

2. Demostración plena de la identidad del solicitado.

3. Principio de la doble incriminación.

4. Equivalencia de la providencia proferida en el extranjero, y

5. En el cumplimiento de lo previsto en los tratados públicos, cuando ello sea necesario.

Adicionalmente a lo anterior, la extradición no podrá concederse cuando el fundamento de ella sea un delito político o de opinión, o cuando el solicitado sea un colombiano por nacimiento.

Así establecidas las reglas del concepto de extradición, las pruebas que solicite el abogado defensor del requerido en extradición deben estar encaminadas a infirmar, uno, por lo menos, de los anteriores hechos, para lograr que la Corte rinda concepto negativo. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Extradición. Fecha: 27/05/1996. Decisión: Se tienen como pruebas las señaladas en los numerales. Procedencia: Gobierno Ciudad: Estados Unidos de América. Requerido: Brand Maiguel, Amador Alexis. Proceso: 11359. Publicada: Sí. Detalle Pub.. Primer Semestre de 1996. 408

SECUESTRO EXTORSIVO/ EXTORSION. Es necesario entrar a diferenciar los elementos de la conducta que atenta contra el patrimonio económico, de la que se encamina a la privación o limitación de la libertad de locomoción, por cuanto ambas comportan, en principio, la subordinación de la voluntad del sujeto pasivo, pero en su estructura se encuentran aspectos que las hacen claramente diferenciables.

En efecto en el delito de Extorsión, se "constriñe" a la víctima para que haga, tolere u omita cualquier cosa buscando con ello, el sujeto agente, la obtención de un provecho ilícito para sí o para un tercero. También se configura este punible cuando conforme a lo normado en la ley 40 de 1993, artículo 32, el propósito sea el de facilitar actos terroristas constriñendo a otro a hacer, suministrar, tolerar u omitir alguna cosa.

El secuestro extorsivo, por su parte, implica la privación física de la libertad, con el propósito de exigir por ella un provecho o cualquier utilidad, o para que se haga u omita algo, o con fines

Página

publicitarios o de carácter político. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Auto Colisión de Competencias. Fecha: 27/05/1996. Decisión: Dirime la colisión señalando al Juzgado Regional de Medellín. Procedencia: Juzgado Segundo Penal del Circuito. Ciudad: Medellín. Procesados: Castrillón Grajales, Elkin Ramiro; Ríos Castañeda, Santiago Alejandro. Delito: Porte ilegal de armas, hurto calificado y agravado, extorsión y falsedad documental. Proceso: 11501. Publicada: Sí. Detalle Pub.: Primer Semestre de 1996. 415

NULIDAD/ DEFENSA TECNICA. Las nulidades que tengan sustento en circunstancias acaecidas con anterioridad a la sentencia de segunda instancia deberán ser invocadas en la respectiva demanda, si no lo fueron con anterioridad, para ser resueltas en la sentencia de casación.

Lo anterior no es óbice para que en el trámite de este extraordinario recurso se tomen decisiones de anulación, bien sea de manera oficiosa o a solicitud de parte, pero siempre y cuando se funden en vicios subsiguientes al proferimiento del fallo de segunda instancia. Magistrado Ponente: Dr. Jorge E. Córdoba Poveda. Casación -Libertad . Fecha: 28/05/1996. Decisión: Se abstiene de resolver petición de nulidad y niega libertad. Recurrente: Bermúdez, Jhon Ader o Jonader o Yonader. Procesado: Zapata, Carlos Alberto. Proceso: 10106. Publicada: Sí. Detalle Pub.: Primer Semestre de 1996. 421

CESACION DE PROCEDIMIENTO/ MUERTE. El artículo 76 del Código Penal contempla la extinción de la acción penal cuando el sindicado muere. A su turno, el artículo 36 del Código de Procedimiento Penal, impone al juez la obligación de declarar la cesación de procedimiento cuando acaece dicha causal objetiva de improcedibilidad.

Siendo evidente que la actuación no puede proseguirse en lo atinente al procesado, lo viable es declarar la cesación de procedimiento. Magistrado Ponente: Dr. Jorge E. Córdoba Poveda. Auto Casación. Fecha: 28/05/1996. Decisión: Declara extinguida la acción penal. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Pereira. Recurrente: Giraldo López, Juan Pablo. No Recurrentes: Valencia Henao, Oliverio; Sierra Rodríguez, Carlos Alberto. Delito: Hurto calificado y agravado. Proceso: 11446. Publicada: Sí. Detalle Pub.: Primer Semestre de 1996. Fuente Formal: Decreto Num.: 100 Año: 1980 Art.: 76. 423

REPOSICION. El recurso de reposición busca que el mismo funcionario que profirió la decisión vuelva sobre ella, y si es del caso, la

Página

revoque, reforme, adicione o aclare en forma total o parcial. Esta finalidad impone no solo que este recurso se interponga dentro de los términos previstos por la ley, sino que además, es requisito necesario para su viabilidad que se motive, esto es, que sea que se interponga por escrito o en audiencia o diligencia (Ley 81 de 1993, art. 28 y C. de P.C., art. 348 modificado por el artículo 1o., num 168 D.E. 2282/89), se expongan las razones por las cuales el sujeto procesal considera errada la providencia, a fin de que proceda modificarla o revocarla, pues si la impugnación no se sustenta, carece el funcionario judicial de conocimiento sobre los motivos de inconformidad que le permitan resolver.

En otras palabras, no basta el simple deseo de la parte inconforme de recurrir determinada providencia, sino que debe indicar las razones de hecho y de derecho que apoyan su disentimiento. De no ser esto así, colocaría al juez en incertidumbre, esto es, tendría que adivinar cuál fue el pensamiento del recurrente cuando interpuso la reposición. Magistrado Ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla. Casación -Libertad- Reposición. Fecha: 29/05/1996. Decisión: Declara desierto el recurso de reposición. Recurrente: Rincón Castrillón, Oscar. Delito: Homicidio agravado. Proceso: 10710. Publicada: Sí. Detalle Pub.: Primer Semestre de 1996. .. 425

REPOSICION. Dada la improcedencia del recurso de alzada contra las providencias proferidas por esta Corporación -en razón a la ausencia de superior jerárquico-, la expresión «apelo» ha de entenderse finalmente como manifestación del deseo de «impugnarla», lo que solo puede hacerse a través del recurso de «reposición». Magistrado Ponente: Dr. Fernando Arboleda Ripoll. Casación -Libertad- Reposición. Fecha: 29/05/1996. Decisión: Declara desierto el recurso de reposición. Recurrentes: Muñoz Sarmiento, Ernesto de Jesús; Silva Vásquez, José de Jesús; Mazo Acevedo, Gilberto Antonio. Delito: Homicidio. Proceso: 10697. Publicada: Sí. Detalle Pub.: Primer Semestre de 1996. 428

LIBERTAD CONDICIONAL/ LIBERTAD PROVISIONAL/ CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL. El subrogado de la libertad condicional supone el pronunciamiento de sentencia de condena a pena de arresto mayor de tres años o de prisión que exceda de dos, siempre que el condenado -que no el sindicado- hubiere cumplido las dos terceras partes de la pena y exista pronóstico sobre su readaptación social.

El reconocimiento de este instituto corresponde al juez de ejecución de penas, quien debe atender las solicitudes de libertad condicional una vez la sentencia definitiva ha causado ejecuto

Página

ria, esto es, ha hecho tránsito a cosa juzgada mientras no alcance firmeza, de reunirse a cabalidad los requisitos del artículo 72 del Código Penal, lo procedente será el otorgamiento del derecho a la libertad provisional establecido en el art. 55-2 de la Ley 81 de 1993.

Esto porque enseña esta última disposición que «Se considera que ha cumplido la pena, el que lleve en detención preventiva el tiempo necesario para obtener libertad condicional, siempre que se reúnan los demás requisitos para otorgarla.

La rebaja de pena por trabajo o estudio se tendrá en cuenta para el cómputo de la sanción. En este mismo contexto, cabe decir que aunque la libertad provisional, la condena de ejecución condicional y la libertad condicional, son instituciones que tienen en común la libertad del procesado, son también marcadas sus diferencias. Recuérdese lo sostenido por esta corporación en pronunciamiento de julio 7 de 1994, M.P. Didimo Páez Velandia.

«... Mientras la libertad provisional es una institución de carácter procesal, sometida a las reglas del estatuto adjetivo, para los procesados, los subrogados de la condena de ejecución condicional y libertad condicional, que se rigen por el estatuto sustantivo, contemplan para los condenados un modo de cumplir las penas de arresto y de prisión; la excarcelación se otorga en la medida en que no haya una sentencia condenatoria ejecutoriada, en tanto que la suspensión condicional de la pena se reconoce en la sentencia misma, y la libertad condicional cuando haya descontado las dos terceras partes de la pena impuesta; y, en fin, las razones en que se fincan, son diversas, ya que la libertad provisional tiende a neutralizar los efectos nocivos de una detención física, la suspensión condicional de la pena en que el condenado no requiere tratamiento penitenciario, y la libertad condicional en la readaptación social del condenado.». Magistrado Ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla. Casación -Libertad- Reposición. Fecha: 29/05/1996. Decisión: No repone la providencia. Procesados: Pérez Suárez, Jorge Eliécer; Murillo Perdomo, Rafael. Delito: Violación a la Ley 30/86. Proceso: 11608. Publicada: Sí. Detalle Pub.: Primer Semestre de 1996. 430

PARTE CIVIL/ ADMINISTRACION DE JUSTICIA. Con la expedición de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, la interpretación que hiciera la Corte Constitucional de los artículo 149 del Decreto 01 de 1984 y 4o. del Decreto 2652 de 1991 no tiene vigencia, por cuanto dicho ordenamiento posterior al fallo de control de constitucionalidad citado, derogó ambos preceptos

Página

en forma implícita, pues al crear la figura de la Dirección Nacional de la Administración de Justicia y señalarle dentro de sus competencias autónomas la de "Representar a la Nación -Rama Judicial- en los procesos judiciales" (artículo 99-8), sin distinción o condicionamiento alguno, ciertamente zanjó el problema de la duplicidad en dicha representación, planteado en el fallo comentado.

No siempre la persona jurídica de derecho público que representa a la nación debe incluidiblemente constituirse parte civil en el proceso penal, pues son dos las condiciones que emanan del precepto. La primera, que la investigación penal verse sobre conducta punible de las descritas en el Libro Segundo, Título III del Código Penal, es decir, "Delitos contra la Administración Pública" y, la segunda, que sea perjudicada con la infracción.

Corresponde en cada caso concreto, a quien pretenda constituírse en parte civil, en primer término precisar el daño o perjuicio y seguidamente, presentar una aproximada apreciación del monto de los mismos causados con la infracción (numeral 5o. del artículo 46 del Código de Procedimiento Penal), es decir, por un daño real, no hipotético, aun cuando no pueda ser valorable pecuniariamente, ya que el Juez en ejercicio de la facultad que le otorgan los artículos 106 y 107 del Código Penal, puede determinarlos prudencialmente en gramos oro, teniendo en cuenta la modalidad de la infracción, las condiciones de la persona ofendida (ocupación habitual, la supresión o merma de su capacidad productiva gastos ocasionados por razón del hecho punible), la naturaleza o consecuencias del agravio sufrido, etc.

En tratándose de una persona de derecho público se debe igualmente presentar los fundamentos jurídicos en que se basa su pretensión, esto es, su interés para ser admitida como parte civil, como directa perjudicada con la infracción, pues solo así estará obligada por la norma que se invoca (artículo 36 de la Ley 190 de 1995). Magistrado Ponente: Dr. Didimo Páez Velandia. Auto Segunda Instancia. Fecha: 29/05/1996. Decisión: Confirma con la aclaración precedente. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Parte Civil: Ruiz Ruiz, Tulia Adelaida. Procesado: Quintero Alvarez, Néstor Olinto. Delito: Prevaricato por acción. Proceso: 11664. Publicada: Sí. Detalle Pub.: Primer Semestre de 1996. 436

EXCARCELACION. Al concebirse en la legislación procesal penal colombiana la excarcelación como un derecho y no como un simple beneficio de concesión graciosa, obliga al funcionario judi-

Página

cial lanto atender su reconocimiento con fundamento en una solicitud expresa de parte interesada, como su oficiosa concesión, siempre que encuentre que la situación del agraciado encuadra dentro de alguna de las causales que la ley señala para hacerla efectiva, salvo, claro está, que en el concreto caso esa libertad esté condicionada o restringida en su otorgamiento a una particular y privativa autoridad y momento que la misma normatividad señale, tal cual sucede, por vía de ejemplo, con la causal 8a. del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal, que solo hace procedente el derecho si el reintegro en el peculado se verifica antes del fallo de primera instancia y no después.

Bajo aquella causal (numeral 4o. artículo 415 C. de P.P.) se materializa un condicionamiento que no le permite al funcionario automatizar la orden de excarcelación, pues es de su cargo consultar si había mediado en el comportamiento del procesado o de su defensor alguna causa dilatoria incidente en el desconocimiento de los términos, porque en tal caso la libertad se haría improcedente (inciso del numeral 4o., artículo 415 del C. de P.P.). Magistrado Ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda. Unica Instancia. Fecha: 30/05/1996. Decisión: Absuelve y levanta la medida de embargo y secuestro. Procedencia: Viceficalía General de la Nación. Procesado: Peñas Guerra, José A. Iván. Delito: Prolongación ilícita de la libertad. Proceso: 10224. Publicada: Sí. Detalle Pub.: Primer Semestre de 1996. 446

CAMBIO DE RADICACION. Es regla general de procedimiento penal la de que el juzgamiento del procesado opere por el Juez competente dentro del ámbito territorial en que delinquió.

Mas esa regla tiene su excepción con la medida extraordinaria del cambio de radicación de los procesos, en virtud de la cual se dispone el juzgamiento del procesado en un Distrito o circuito distinto de aquel en que se infringió la ley penal, sustrayéndolo así de aquel espacio territorial, no sólo porque factores regionales, sociales o políticos pueden interferir en el recto ejercicio de la administración de justicia, sino porque malsanas pasiones de igual o parecida índole puedan gravitar negativamente sobre la seguridad o integridad personal del imputado, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 83 del C. de P.P. Magistrado Ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia. Cambio de Radicación. Fecha: 30/05/1996. Decisión: Cambia radicación del proceso. Procedencia: Juzgado 1° Promiscuo del Circuito. Ciudad: Arauca. Procesado: Rodríguez Rodríguez, Jorge Augusto, Amadeo. Delito: Falsedad. Proceso: 11744. Publicada: Sí. Detalle Pub.: Primer

Página

Semestre de 1996. Fuente Formal: Decreto ley número 2700 Año: 1991 Art.: 83. 460

DEMANDA DE CASACION. Cuando se procura controvertir el análisis de la prueba indiciaria en casación, un tal propósito debe cumplirse según se trate de cuestionar la prueba de los hechos indicadores que permiten efectuar la construcción lógica, o de atacar la inferencia indiciaria. Ha de agregarse, que igual precaución debe tenerse cuando se controvierte por el actor la valoración individual o articulada de su fuerza probatoria.

En la primera fase, los errores judiciales pueden ser de hecho o de derecho, en cualquiera de sus modalidades, es decir, de existencia o identidad en el primer caso, y de legalidad o convicción en el segundo. Si la prueba del hecho indicador, por ejemplo, fue incorporada al proceso en indebida forma, se estará en presencia de un error de derecho por falso juicio de legalidad.

En la segunda fase, el error siempre será de identidad, y se presenta si el fallador desvía o tergiversa el curso lógico de la inferencia. Es la disconformidad del hecho indicador con el hecho indicado, atendidos los principios científicos y las reglas generales de la experiencia. La alegación de este error presupone la aceptación por parte del casacionista de la prueba del hecho indicador.

En la fase de la valoración de la fuerza probatoria de los indicios, los errores pueden ser de hecho o de derecho, según su estimación deba hacerse de cara al sistema probatorio de persuasión racional, o de la tarifa legal. En nuestro sistema penal, por estar la prueba indiciaria sujeta en su valoración a las reglas de la sana crítica, solamente tienen cabida, en este campo, los errores de hecho. La alegación de este desacierto, presupone, por razones de lógica, la aceptación de que el hecho indicador se encuentre demostrado y que es correcta la inferencia indiciaria.

El primer paso, entonces, cuando de atacar la prueba indiciaria se trata, es determinar el origen del error, teniendo presente que si se objeta la prueba del hecho indicador, no es posible, al mismo tiempo, atacar la inferencia lógica, o su fuerza probatoria, pues, de hacerse, el cargo se torna contradictorio y por tanto inexaminable en sede de casación. Magistrado Ponente: Dr. Fernando Arboleda Ripoll. Sentencia Casación. Fecha: 30/05/1996. Decisión: Casa parcialmente para dejar sin efecto la pena accesoria. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Ibagué. Recurrente: Cardozo Suárez, Juan Carlos. Delito:

Página

Homicidio. Proceso: 9041. Publicada: Sí. Detalle Pub.: Primer Semestre de 1996. 463

COLISION DE COMPETENCIA/ JUEZ DE EJECUCION DE PENAS. El acuerdo 54 del mes de mayo de 1994 añadió que los antecitados funcionarios (Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad) conocerían «... de todas las cuestiones relacionadas con la ejecución punitiva de los condenados que se encuentran en las cárceles del respectivo Circuito donde estuvieren radicados, sin consideración al lugar donde se hubiere proferido la respectiva sentencia.», insistiendo en que «En los sitios donde no exista aún Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, continuará dándose cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 15 transitorio del Código de Procedimiento Penal. Magistrado Ponente: Dr. Didimo Páez Velandia. Auto Colisión de Competencias. Fecha: 30/05/1996. Decisión: Se abstiene de conocer sobre el conflicto negativo. Procedencia: Juzgado 31 Penal Municipal. Ciudad: Medellín. Procesado: Monsalve, Norberto de Jesús. Proceso: 11672. Publicada: Sí. Detalle Pub.: Primer Semestre de 1996. Fuente Formal: Decreto-ley número 2700 Año: 1991 Art.: 15. 480

SECUESTRO/ FAVORECIMIENTO. El demandante olvida la particular naturaleza del secuestro como delito permanente y de conducta alternativa, cuya ejecución comienza en el momento en que la persona es privada arbitrariamente de su libertad y se continúa cometiendo mientras el retenido sea mantenido en esa situación. Además, basta la realización de cualquiera de los verbos rectores del tipo para que se cometa el hecho punible. Esto es, autor no es solamente el que sustrae o arrebata, sino el que retiene u oculta.

2. Incurre en favorecimiento el ciudadano que sin haber participado en el hecho punible y sin concierto previo, ayuda a eludir la acción de la autoridad o a entorpecer la investigación. Magistrado Ponente: Dr. Jorge E. Córdoba Poveda. Sentencia Casación. Fecha: 30/05/1996. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal. Ciudad: Nacional. Acción: Delgado Gaviria, Denis; Alzate Delgado, Kenier Fubián. Delito: Secuestro extorsivo. Proceso: 9335. Publicada: Sí. Detalle Pub.: Primer Semestre de 1996. 486

HOMICIDIO CULPOSO/ PRESCRIPCION. El delito de homicidio culposo en accidente de tránsito según lo preceptúa el artículo 329 del Código Penal, tiene prevista como pena privativa de la libertad un máximo de seis años de prisión. La que se aumenta hasta en la mitad por la circunstancia agravante prevista en el

Página

numeral 1o. del artículo 330 id. o sea que el término prescriptivo de la acción sería el de nueve (9) años según las voces del artículo 80 del estatuto citado. Magistrado Ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia. Auto Casación. Fecha: 30/05/1996. Decisión: Declara prescrita la acción penal y decreta desembargo. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. No Recurrente: Rozo Salamanca, Adriana Ivón. Recurrente: Saiz Martínez, Juan Pablo. Delito: Lesiones personales culposas, Homicidio culposo. Proceso: 10513. Publicada: Sí. Detalle Pub.: Primer Semestre de 1996. Fuente Formal: Decreto Num.: 100 Año: 1980 Art.: 329. Decreto Num.: 100 Año: 1980 Art.: 330. 491

IMPEDIMENTO/ INTERES EN EL PROCESO. El interés que hace referencia la norma debe relacionarse al proceso mismo que se tramita y no a situaciones diferentes, por cuanto aceptarlo en ese sentido sería reconocer una interpretación extensiva que no resulta acorde con la naturaleza de la institución procesal de los impedimentos, la cual es de carácter restrictivo. Aceptar el impedimento podría originar dificultades en los trámites legales de los asuntos respectivos y que si se llegase a aceptar estaríamos en presencia de un impedimento recíproco a lo cual solamente se podría recurrir dentro de lo previsto en el numeral 10 del artículo 103 del estatuto adjetivo penal.

Se concluye entonces, que se hace exigible la vinculación del funcionario al proceso o investigación respectiva para que se presente el interés, queriendo con ello evitar el que se busque el separar al funcionario del conocimiento de la actuación. No debe bastar por tanto, con la simple denuncia. En el evento, se concluye, de aceptar ese impedimento se correría con el riesgo de dejar sin juez la investigación y fallo de los procesos contra los miembros de la Comisión de Acusaciones, por cuanto al ser desplazados los Honorables Magistrados por los Señores Conjueces, se presentaría en igual forma para estos últimos el impedimento citado. Conjuez Ponente : Dr. Luis Bernardo Alzate Gómez. Unica Instancia -Impedimento-. Fecha: 30/05/1996. Decisión: No aceptar los impedimentos. Procedencia: Corte Suprema de Justicia. Procesado: Rincón Pérez, Mario. Proceso: 11019. Publicada: Sí. Detalle Pub.: Primer Semestre de 1996. 31/05/1996. 496

IMPEDIMENTO/ INTERES EN EL PROCESO. "La prueba de haberse formulado queja o denuncio contra los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia en la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes no puede generar el inte-

Página

trés a que alude la norma legal para demandar su aplicabilidad, salvo que ya hubiese mediado providencia que restrinja los derechos constitucionales de aquellos, como el caso de imposición de alguna medida de aseguramiento proferida por la Corporación Parlamentaria. Magistrado Ponente: Dr. Jorge E. Córdoba Poveda. Unica Instancia. Fecha: 31/05/1996. Decisión: No admite la causal de impedimento invocada por varios Magistrados de la C.S.J. Procedencia: Corte Suprema de Justicia. Procesado: Mogollón Montoya, Heyne Sorge. Proceso: 11284. Publicada: Si. Detalle Pub.: Primer Semestre de 1996. 499

VIOLENCIA CONTRA EMPLEADO OFICIAL. Una cosa es el legítimo ejercicio del derecho a quejarse contra el superior jerárquico del empleado oficial, cuando alguien entiende que está siendo víctima de un acto caprichoso, injusto o equivocado y otra bien diferente la violencia que se ejerce contra un empleado oficial, para forzarlo a cumplir u omitir un acto propio de las funciones o a realizar un quehacer contrario a sus obligaciones legales. Magistrado Ponente: Dr. Carlos A. Gálvez Argote. Unica Instancia. Fecha: 31/05/1996. Decisión: Profiere resolución inhibitoria. Procedencia: Corte Suprema de Justicia. Procesado: De los Ríos Herrera, Juvenal Enrique. Delito: Violencia contra empleado oficial. Proceso: 11628. Publicada: Si. Detalle Pub.: Primer Semestre de 1996. 502

SENTENCIA/ PERJUICIOS/ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA/ APELACION. "El primer inciso del artículo 31 de la Constitución Política dice: "Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley. Esto significa que el principio de la doble instancia no está consagrado de manera absoluta, sino que la propia Carta faculta al legislador para que mediante ley establezca los casos en que no es procedente la apelación o la consulta, sin que con ello se esté vulnerando garantía alguna.

"Así las cosas, como el estatuto procesal penal establece que le corresponde resolver el recurso de apelación o la consulta al superior jerárquico del funcionario que dictó la providencia , es obvio que ni la impugnación ni el grado jurisdiccional son posibles cuando la decisión fue proferida por la Corte Suprema de Justicia, "máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria", pues quiso la misma Constitución que ya no existiera otra instancia superior, de modo que al asignarle la competencia para la investigación y juzgamiento, o el solo juzgamiento de personas aforadas, el trámite se realiza en única instancia".

Página

2. El artículo 53 del Código de Procedimiento Penal admite la posibilidad de solicitar la reducción "En cualquier estado del proceso", tal previsión no puede desconocer el tránsito de competencia que opera por mandato de la misma ley de procedimiento (artículo 58), cuando advierte que en tanto hayan bienes embargados, el trámite posterior a la sentencia es del exclusivo resorte de los jueces civiles. Magistrado Ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda. Unica Instancia. Fecha: 03/06/1996. Decisión: Inadmite el recurso de casación y se abstiene de resolver el desembargo parcial. Procedencia: Corte Suprema de Justicia. Procesado: Serrano Prada, Rafael. Delito: Homicidio. Proceso: 10189. Publicada: Sí. Detalle Pub.: Primer Semestre de 1996. 508

RECURSO DE HECHO/ APELACION. El artículo 207 del Código de Procedimiento Penal señala que procede el recurso de hecho cuando el funcionario judicial de primera instancia deniegue el recurso de apelación, precepto éste que condiciona la viabilidad de la impugnación a que el a quo haya negado la apelación, no pudiéndose por tanto admitir la pertinencia del recurso de hecho cuando ha sido la segunda instancia, dentro de su competencia funcional, la que negó la alzada.

Las providencias que tienen el carácter de interlocutorias y que son dictadas en segunda instancia, no son susceptibles del recurso de apelación; de no aceptarse esta directriz legal se estaría abriendo camino a una 'tercera instancia' que la ley procesal vigente no contempla. Magistrado Ponente: Dr. Jorge E. Córdoba Poveda. Recurso de hecho. Fecha: 03/06/1996. Decisión: Se abstiene de reconocer el recurso de hecho. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Manizales. Procesado: González Duque, Heriberto. Recurrente: Vargas Gutiérrez, Gilberto. Delito: Homicidio preterintencional. Proceso: 11759. Publicada: Sí. Detalle Pub.: Primer Semestre de 1996. Fuente Formal: Clase: Decreto-ley número 2700 Año: 1991 Art.: 207. . 513

LIBERTAD PROVISIONAL/ REDENCION DE PENA/ BENEFICIO ADMINISTRATIVO. Si bien es cierto que al momento de estudiarse la viabilidad de conceder la libertad provisional de conformidad con el numeral segundo del artículo 415 del C. de P.P., el juez se encuentra facultado para verificar el cumplimiento de la pena, no sólo en lo que atañe al aspecto físico de la misma sino en lo relacionado con los descuentos a que se hace merecedor el recluso por trabajo o estudio efectuado en el centro penitenciario, ello no implica que de manera general tenga la atribución de decretar la redención de pena que consagran los

Página

artículos 530 y s.s. del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con la ley 65 de 1993 (Código Penitenciario y Carcelario), la que se encuentra asignada al Juez de Ejecución de Penas.

En otras palabras la posibilidad de referirse a la redención de penas por trabajo o estudio, representa una excepción a que sea el mencionado funcionario judicial el encargado de conceder los descuentos respectivos, al tenor de lo expuesto por el numeral segundo del artículo 51 de la ley 65 de 1993.

Los beneficios administrativos, como el permiso de 72 horas a que se hace mención en el Código Penitenciario y Carcelario, operan únicamente con relación al condenado. Magistrado Ponente: Dr. Jorge E. Córdoba Poveda. Casación -Libertad-. Fecha: 04/06/1996. Decisión: Se abstiene de reconocer redención de pena. Acción: Pereira Orozco, Eloy. Proceso: 10015. Publicada: Sí. Detalle Pub.: Primer Semestre de 1996. Fuente Formal: Clase: Ley Num.: 65 Año: 1993 Art.: 51. 516

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA/ COMPETENCIA/ REDENCION DE PENA POR TRABAJO, ESTUDIO O ENSEÑANZA. La Corte no es competente para reconocer independientemente, redenciones de pena por concepto de trabajo, estudio o enseñanza, toda vez que esto corresponde al Juez de Penas y Medidas de Seguridad, de conformidad con el artículo 51.2 de la Ley 65 de 1993.

Solamente, tratándose de la libertad por pena cumplida o provisional, como lo dispone el artículo 515 del C. de P.P., la Sala contabiliza dichos conceptos para tales efectos. Magistrado Ponente: Dr. Carlos A. Gálvez Argote. Casación -Libertad-. Fecha: 04/06/1996. Decisión: Niega libertad y se abstiene de reconocer descuentos de pena por trabajo. Procedencia: Tribunal. Ciudad: Nacional. Recurrentes: López Villalba, Ezequiel Antonio; Fajardo Nillán, Eduardo; Gutiérrez Arcila, Alvaro. Delito: Violación a la Ley 30/86. Proceso: 11258. Publicada: Sí. Detalle Pub.: Primer Semestre de 1996. Fuente Formal: Clase: Ley Num.: 65 Año: 1993 Art.: 51 Numeral: 2. Clase: Decreto-ley número 2700 Año: 1991 Art.: 515. 518

ACUMULACION JURIDICA DE PENAS/ COMPETENCIA/ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. La acumulación jurídica prevista en el artículo 505 del Código de Procedimiento Penal (artículo 60 de la Ley 81 de 1993), presupone la existencia de dos o más sentencias condenatorias debidamente ejecutoriadas. Por lo mismo corresponde al Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguri-

Página

dad, decidir sobre la viabilidad del instituto reclamado y no a esta Sala, que solo tiene competencia para decidir en el trámite del recurso extraordinario de casación lo referente a la libertad del procesado en los términos del numeral 2o. del artículo 55 de la referida Ley (artículo 415 del C. de P.P.) o para ordenar la excarcelación por cumplimiento de la sanción impuesta en cada caso concreto. Magistrado Ponente: Dr. Didimo Páez Velandia. Casación -Libertad-. Fecha: 04/06/1996. Decisión: Reconoce apoderado, niega libertad, se abstiene de conocer de la acumulación. Procedencia: Tribunal. Ciudad: Nacional. Recurrente: Uscátegui Ramírez, Alvaro Hernán. Delito: Violación a la Ley 30/86, Porte ilegal de armas. Proceso: 9066. Publicada: Sí. Detalle Pub.: Primer Semestre de 1996. Fuente Formal: Clase: Ley Num.: 81 Año: 1993 Art.: 60. 521

PRUEBA ANTICIPADA. Mediante la expedición del Decreto 2150 de 1995 se pretendió alcanzar la reducción de una serie de trámites que además de implicar innecesaria dilación en los pronunciamientos demandados de la administración, servían más bien como incentivo para imponer exigencias indebidas incrementando los niveles de corrupción.

Pero de allí tampoco emerge la desaparición de las pruebas anticipadas que siguen reconociéndose útiles y de recibo en diferentes trámites (incluidos los administrativos), ni mucho menos la conclusión de que ellas sean ahora prohibidas, pues lo que hoy se le veda al funcionario es la posibilidad de exigirlas, mas no al particular la opción de acompañarlas como soporte de sus peticiones, al punto que el Decreto crea una equivalencia entre «la afirmación que haga el particular», y «la declaración extrajuicio», lo que precisamente ratifica el paralelismo valorativo entre aquella y ésta. Magistrado Ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda. Auto Segunda Instancia. Fecha: 04/06/1996. Decisión: Confirma la providencia impugnada. Procedencia: Juzgado 1° de Penas y Medidas. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Procesado: Flórez Enciso, Joselina. Delito: Falsedad ideológica en documento público. Proceso: 11603. Publicada: Sí. Detalle Pub.: Primer Semestre de 1996. 524

LIBERTAD CONDICIONAL/ ANTECEDENTES. No es caprichoso ni arbitrario el análisis de la personalidad de quien solicita una libertad condicional o una excarcelación con fundamento en ella, en donde debe tenerse muy en cuenta la forma de comisión del hecho delictuoso y la manera de actuar el individuo; todo lo cual ha de ser valorado con "sus antecedentes de todo orden", para

Página

poder encontrar fundamentos que permitan deducir, con las mejores posibilidades de acierto, si se ha verificado la "readaptación social".

Sobre los funcionarios y empleados judiciales recaen especiales responsabilidades, en adición a las que de suyo corresponden a todo servidor público. Quien llevado a ocupar un cargo en la Rama Judicial traiciona su compromiso con la Nación y luego trata de evadir mañosamente la acción de la misma Rama del Poder Público, no puede merecer la libertad condicional o provisional por el simple cumplimiento matemático de las dos terceras partes de la pena, así se carezca de comprobación de antecedentes y su comportamiento durante el tiempo de privación de libertad haya sido bueno, que en sí mismo no resulta suficiente para cualquier procesado, pues si eso fuera lo único que se exigiese, la ley no hubiera incluido en el artículo 72 del Código Penal, al lado de tales aspectos, otros factores que permitan suponer con fundamento la readaptación del peticionario. Mucho menos para quien tiene la obligación de aportar todo de sí, con probidad y acuciosidad, para que la Constitución y la Ley sean acatadas y la equidad se imponga en el reconocimiento de los derechos y en la preservación de la justa convivencia social, lejos de cualquier germen de corrupción. Magistrado Ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla. Casación -Libertad- Reposición. Fecha: 06/06/1996. Decisión: No repone y rechaza el recurso de apelación. Recurrentes: Tamayo Niño, Luis Fernando; Romero Hernández, Jaime; Escobar Acosta, Alfonso. Proceso: 10205. Publicada: Sí. Detalle Pub.: Primer Semestre de 1996. 530

DESISTIMIENTO. De acuerdo con lo establecido en el artículo 244 del Código de Procedimiento Penal, es viable el desistimiento del recurso de casación antes de que el proceso entre a despacho para fallo. Magistrado Ponente: Dr. Fernando Arboleda Ripoll. Auto Casación. Fecha: 11/06/1996. Decisión: Acepta el desistimiento. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cúcuta. Recurrente: Vega Serrano, Julio César. No Recurrente: Duarte Camargo, Sergio. Delito: Porte de armas de defensa personal, Homicidio. Proceso: 10873. Publicada: Sí. Detalle Pub.: Primer Semestre de 1996. 536

AUDIENCIA/ FISCAL. La asistencia del correspondiente fiscal a la audiencia pública es obligatoria, conforme a los artículos 128 y 452 del Código de Procedimiento penal. Su intervención es base fundamental del juzgamiento que, como tal, no puede pretermitirse (art. 308.2 C. de P.P.), pues resulta inherente al sistema acusatorio instituido en la codificación procesal penal

Página

vigente, que exige para la verificación de este trascendental acto del juicio la participación de acusación y defensa, sin que pueda aceptarse que la presencia del agente del Ministerio Público, suple a alguna de ellas.

No debe perderse de vista que la Fiscalía General de la Nación desarrolla un doble papel dentro del proceso: de una parte, es institución judicial encargada, bajo la correspondiente organización jerárquica, funcional y territorial, de la dirección y ejercicio de la acción penal durante la etapa investigativa, y de la otra es un verdadero sujeto procesal dentro de la etapa del juicio. Siendo misión constitucional suya efectuar la investigación de los delitos, acusar y procurar la sanción de los infractores de la ley penal, sin perjuicio del deber que le asiste de averiguar la verdad así esta conduzca a la inocencia del procesado, mal puede aceptarse su inasistencia al debate oral, que sin lugar a dudas queda substancialmente incompleto y socava la estructura del proceso, afectando la validez de la actuación. Magistrado Ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla. Sentencia Casación. Fecha: 11/06/1996. Decisión: Desestima la demanda, casa de oficio, decreta nulidad. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Ibagué. Recurrente: Galvis Donoso, Benjamin. Delito: Peculado por apropiación. Proceso: 8811. Publicada: Si. Detalle Pub.: Primer Semestre de 1996..... 537

PORTE ILEGAL DE ARMAS. Solo podrán ser consideradas armas de fuego de uso privativo de la Fuerza Pública, entre otras, las pistolas y revólveres de calibre 9.652 mm. (.38 pulgadas), siempre y cuando reúnan ciertas exigencias adicionales derivadas del artículo 11 ejusdem: longitud de cañón superior a 15.24 cm. (6 pulgadas) y capacidad en el provvedor de la pistola superior a 9 cartuchos.

Acorde con esta interpretación sistemática de los artículos 8 y 11 del Decreto 2535 de 1993, ha de sostenerse: que en ningún caso podrá ser considerada arma de uso privativo de las fuerzas militares, un revólver o pistola con calibre inferior a 9.652 mm. (.38 pulgadas), a no ser que se trate de arma automática -pues las armas automáticas se consideran de uso privativo, cualquiera sea su calibre, art.8-d ejusdem- o que lleve dispositivos de tipo militar» art.8-j ejusdem-. Magistrado Ponente: Dr. Fernando Arboleda Ripoll. Auto Colisión de Competencias. Fecha: 11/06/1996. Decisión: Declara competencia al Juzgado Penal del Circuito de Segovia. Procedencia: Juzgado Regional. Ciudad: Medellín. Recurrente: Motato Mejía, Carlos Alberto. Delito: Porte

Página

ilegal de armas. Proceso: 11399. Publicada: Sí. Detalle Pub.: Primer Semestre de 1996. 546

CALUMNIA/ INJURIA. El artículo 33 del Código de Procedimiento Penal incluye los delitos de calumnia e injuria entre aquellos que para iniciar la acción penal requiere querella de parte, luego conforme a lo preceptuado en el artículo 34 ibídem, es desistible.

Por su parte el artículo 38 del mismo estatuto procesal establece la obligatoriedad de que en los delitos que admiten desistimiento se celebre audiencia de conciliación a solicitud de los sujetos procesales, o de oficio, indicando el día y la hora en la resolución de apertura de instrucción. Si se obtiene la conciliación y se cumple el acuerdo se proferirá resolución inhibitoria, preclusión de la investigación o cesación de procedimiento según el caso. Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel. Unica Instancia. Fecha: 13/06/1996. Decisión: Decreta preclusión de la instrucción. Procedencia: Corte Suprema de Justicia. Procesado: Moreno Rojas, Samuel. Delito: Calumnia, Injuria. Proceso: 10267. Publicada: Sí. Detalle: Pub.: Primer Semestre de 1996. Fuente Formal: Clase: Decreto-ley número 2700 Año: 1991 Art.: 33. Clase: Decreto-ley número 2700 Año: 1991 Art.: 38. 551

CAMBIO DE RADICACION. El cambio de radicación ha sido instituido para regular unas específicas situaciones que puedan afectar bien sea la imparcialidad o independencia de la administración de justicia, el orden público o la publicidad del juzgamiento, entre otras, cuya demostración debe estar debidamente respaldada en las pruebas que se aporten al momento de realizarse la solicitud correspondiente.

Tales elementos de juicio deben conducir, inexorablemente, a la existencia de una verdadera situación de las contempladas en el artículo 83 del Código de Procedimiento Penal para dar cabida al cambio de radicación, cuyo fundamento debe entenderse en su estricto sentido, a efectos de impedir que el mismo sea utilizado de manera impropia.

El vínculo que pueda surgir entre el juez y alguno de los sujetos procesales, está expresamente previsto como causal de recusación en el numeral 3°. del artículo 103 del Código de Procedimiento Penal y se constituye en una condición especial en la labor de administrar justicia, pues es asunto que definitivamente toca con la imparcialidad de que deben estar investidos en sus decisiones. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Cambio de Radicación. Fecha: 13/06/1996. Decisión: Niega el cambio de radicación. Procedencia: Tribunal Superior

Página

del Distrito Judicial. Ciudad: Montería. Procesado: Náder Náder, Nemesio. Delito: Falsedad ideológica en documento público. Proceso: 11757. Publicada: Sí. Detalle Pub.: Primer Semestre de 1996. Fuente Formal: Clase: Decreto ley número 2700 Año: 1991 Art.: 83. 554

COMPETENCIA/ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA/ COLISION DE COMPETENCIA. Hallándose la actuación dentro de la etapa instructiva, de no coincidir la Fiscalía segunda como adjudicataria del asunto, con el criterio de la Regional, quedaba en el deber de consignar sus razones de disenso entrando allí sí a formular la colisión, a dirimirse, en todo caso, al interior de la Fiscalía y no en la Corte. Magistrado Ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda. Auto Colisión de Competencias. Fecha: 13/06/1996. Decisión: Se abstiene de pronunciarse. Procedencia: Juzgado Regional. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Procesado: Ballesteros Sánchez, Félix. Delito: Porte de armas de uso privativo de las F.M., Homicidio. Proceso: 11718. Publicada: Sí. Detalle Pub.: Primer Semestre de 1996. 558

ACCION DE REVISION/ PRUEBA NUEVA. El concepto de prueba desconocida al tiempo de los debates para efectos de la causal 3ª de revisión implica que los elementos de juicio que con tal atributo se allegan con la demanda de revisión, sean, como su nombre lo indica, totalmente desconocidos dentro del proceso cuya revisión se persigue, bien porque aludan a los hechos nuevos que pretendan con ellos acreditarse, o porque existiendo desde entonces, no fueron aportados a la investigación y por tanto, el funcionario judicial no tuvo la oportunidad de formarse un juicio sobre su validez o/y contundencia frente a los hechos de los cuales conoció.

De tal manera, si en el proceso obraron pero no fueron examinadas determinadas pruebas por el Juez, no puede hablarse de prueba desconocida para fundar la acción de revisión en esa circunstancia, que obviamente constituye motivo aducible en casación, es decir, cuando aún no ha finalizado con fuerza de cosa juzgada, el caso. Magistrado Ponente: Dr. Didimo Páez Velandia. Acción de Revisión. Fecha: 13/06/1996. Decisión: Reconoce apoderado y rechaza in límine la demanda. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Procesado: Cusbur Cajamarca, Elkin Robinson. Delito: Homicidio. Proceso: 11786. Publicada: Sí. Detalle Pub.: Primer Semestre de 1996. 562

Página

ENRIQUECIMIENTO ILICITO DE PARTICULAR. La Sala estima que la conducta del procesado se adecua a la figura del enriquecimiento ilícito de particulares, prevista en el artículo 10 del Decreto 2266 de 1991, cuyo texto dice:

"El que de manera indirecta o por interpuesta persona obtenga para sí o para otro incremento patrimonial no justificado, derivado, en una u otra forma, de actividades delictivas, incurrirá por ese solo hecho en prisión de cinco (5) a diez (10) años y multa equivalente al valor del incremento ilícito logrado".

Como se desprende de su lectura, la norma no restringe el sujeto activo a que sea la misma persona que realiza la actividad ilícita, sino que quien obtiene el incremento patrimonial injustificado puede ser alguien ajeno a ella.

El ingrediente normativo que contiene el tipo, según el cual el incremento patrimonial debe ser "derivado de actividades delictivas", entendido según la sentencia de revisión constitucional como de narcotráfico, no puede interpretarse en el sentido de que debe provenir de una persona condenada por ese delito, pues el legislador hizo la distinción refiriéndose únicamente a la "actividad", y dejando en manos del juzgador la valoración sobre si es delictiva o no, independientemente de que por ese comportamiento resulte alguien condenado.

Sería absurdo que se considerara legítimo el incremento patrimonial injustificado de una persona, por haber sido derivada de otra en cuyo favor se declaró la extinción de la acción penal por muerte, o por prescripción, o por el reconocimiento de una causal de inculpabilidad etc., pues eso implicaría que la norma únicamente se podría aplicar a quien recibiera dinero después de la condena ejecutoriada, alternativa que si el legislador hubiera considerado la habría incluido en el tipo con la redacción correspondiente que era muy sencilla, pero lo que dijo fue una cosa totalmente diferente, la cual guarda armonía con la razón por la que en el Decreto 1895 se introdujo esta prohibición, en cuya motivación se dijo:

"CONSIDERANDO. Que mediante Decreto No. 1038 de 1984, se declaró turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio nacional;

Que dicho decreto señaló como una de las causas de turbación del orden público, la acción persistente de grupos armados y de organizaciones relacionadas con el narcotráfico, orientada a desestabilizar el funcionamiento de las instituciones;

Que la acción de esos grupos y de esas organizaciones vinculadas al narcotráfico ha producido el incremento patrimonial de diferentes personas;

Que en la medida que se combata ese incremento patrimonial injustificado de personas vinculadas directa o indirectamente a dichos grupos, podrá atacarse esta actividad delictiva y lograrse el restablecimiento del orden público. DECRETA...".

Es verdad que en la parte motiva de la sentencia mediante la cual se declaró la exequibilidad del precepto en referencia, se incluyó el comentario de que las actividades delictivas deben estar judicialmente declaradas, confundiendo el concepto de "actividad delictiva" con el de "antecedentes penales", e introduciéndose así en la interpretación de un ingrediente normativo del tipo cuyo alcance y contenido le corresponde precisar al funcionario penal al momento de aplicar la norma.

La Sala sabe perfectamente, que hace tránsito a cosa juzgada constitucional la parte resolutiva de las sentencias de exequibilidad o inexequibilidad de la Corte Constitucional, y aquellas de la motiva que guardan una relación inescindible con la parte resolutiva, o dicho en palabras de esa Corporación, "aquella parte de la argumentación que se considere absolutamente básica, necesaria e indispensable para servir de soporte directo a la parte resolutiva de las sentencias y que incida directamente en ella".

No comparte la Sala la interpretación de que el enriquecimiento ilícito, "solo es para aquellos casos, en que espiritualmente el funcionario judicial tiene la convicción de que el sindicado le está guardando en calidad de testaferro a otro algunos bienes, pero no puede lograr la prueba legal". Pues se trata de dos tipos esencialmente diferentes, de manera que la falla probatoria de la conducta descrita en uno no lo convierte automáticamente en el otro. Además el enriquecimiento ilícito de particulares no está consagrado en la ley como norma subsidiaria sino como principal. Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel. Unica Instancia. Fecha: 14/06/1996. Decisión: Profiere resolución acusatoria y decreta embargo y secuestro de bienes. Procedencia: Corte Suprema de Justicia. Procesado: Caravito Hernández. Rodrigo E. Delito: Enriquecimiento ilícito de particular. Proceso: 10467. Publicada: Sí. Detalle Pub.: Primer Semestre de 1996. .. 567

INMUNIDAD PARLAMENTARIA. Esa inmunidad respecto de las expresiones de los legisladores al interior de sus respectivas cámaras constituye "un desarrollo del principio de la autonomía y el

Página

equilibrio de las Ramas del Poder Público". Magistrado Ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda. Unica Instancia. Fecha: 19/06/1996. Decisión: Se abstiene de abrir investigación. Procedencia: Corte Suprema de Justicia. Procesados: Martínezguerra, Guillermo; Betancourt, Ingrid. Proceso: 11381. Publicada: Sí. Detalle Pub.: Primer Semestre de 1996. 621

CASACION DISCRECIONAL. El hecho de que con posterioridad a la realización de la conducta imputada y antes de que las instancias profirieran los respectivos fallos en el proceso se hubiera expedido la ley 182 de 1995, reglamentaria del tema relacionado con la contratación del servicio de televisión que dio origen a la condena, abre al menos la seria posibilidad para pensar que la nueva normatividad modificó o enervó la tipicidad penal de la conducta. Magistrado Ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda. Casación Discrecional. Fecha: 21/06/1996. Decisión: Admite el recurso de casación discrecional. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Procesado: Montañez Roa, Julio César. Delito: Celebración indebida de contratos. Proceso: 11700. Publicada: Sí. Detalle Pub.: Primer Semestre de 1996. 626

LIBERTAD PROVISIONAL/ ANTECEDENTES. Debe advertirse que el artículo 72 del C. P. hace referencia a una serie de factores que deben ser tenidos en cuenta para la concesión del subrogado de la libertad condicional de manera que el cumplimiento de alguno de ellos no es suficiente para hacerse acreedor a él.

El buen comportamiento en el centro penitenciario constituye uno de esos presupuestos. Sin embargo, la comprobada existencia del mismo, no puede en manera alguna limitar el estudio de los demás factores que inciden en la consideración acerca de la exigida readaptación social. Magistrado Ponente: Dr. Jorge E. Córdoba Poveda. Casación -Libertad- Reposición. Fecha: 21/06/1996. Decisión: No repone. Recurrentes: Rodríguez Roa, Carlos Enrique; Báez Puentes, Gustavo; Linares, Daniel. Parte Civil: Banco Comercial Antioqueño. Proceso: 9885. Publicada: Sí. Detalle Pub.: Primer Semestre de 1996. Fuente Formal: Clase: Ley Num.: 100 Año: 1980 Art.: 72. 632

CONEXIDAD. "En la conexidad procesal impera, más que el concepto de que el elemento común entre los delitos hace necesario unirlos el de que es conveniente hacerlo, o, como expresa un autor (Leone) 'un nexo particular previsto por la ley que aconseja la reunión o la acumulación de ellos (los procedimientos)'. O como diríamos en referencia a nuestro derecho: los fines de la

justicia hacen conveniente que se conozcan en un solo proceso (Corte Suprema de Justicia -Sentencia del 4 de junio de 1982)".

"Se ha dicho por la doctrina que la conexidad procesal tiene su justificación por distintas razones y motivos y entre los argumentos más comunes encontramos los siguientes: a) la unidad de prueba, porque de manera general en los casos de concurso y participación, la misma prueba que sirve para demostrar el cuerpo de uno de los delitos, puede servir de base para los otros y así también, el medio de convicción que sirve para demostrar la autoría o responsabilidad respecto de alguno de los partícipes, puede servir para probar la de los demás copartícipes; b) la economía procesal, porque es evidente que teniendo en cuenta lo expresado con anterioridad, la conexidad procesal evita la duplicación de esfuerzos investigativos, que serían de absoluta necesidad al tener que practicar muchas veces las mismas pruebas en los varios procesos que se adelanten...".(Corte Suprema de Justicia -Sentencia del 16 de marzo de 1994). Magistrado Ponente: Dr. Jorge E. Córdoba Poveda. Auto Colisión de Competencias. Fecha: 25/06/1996. Decisión: Declara competencia al Juzgado Regional de Cali. Procedencia: Juzgado Penal Del Circuito. Ciudad: Cali. Procesados: Núñez Méndez, Carlos Adolfo; Núñez Méndez, María del Carmen; Núñez Méndez, Julio. Delito: Violación a la Ley 30/86. Proceso: 11762. Publicada: Sí. Detalle Pub.: Primer Semestre de 1996. 635

PENA/ PERJUICIOS.

1.- Con base en el artículo 61 del Código Penal se establecen algunos factores determinantes en la discrecionalidad que se otorga al juez, para efectos de la tasación punitiva, tales como la gravedad y modalidades del hecho, el grado de culpabilidad, la personalidad del procesado y las circunstancias de agravación y atenuación concurrentes.

2.- De conformidad con el artículo 221 del Código de Procedimiento Penal, cuando la impugnación extraordinaria verse exclusivamente sobre la indemnización de perjuicios, el impugnante deberá tener como fundamento para su interposición y consiguiente sustentación, la cuantía y las causales "para recurrir establecidas en las normas para la casación civil".

A su turno, en punto de la procedibilidad de este extraordinario recurso en material civil, dispone el artículo 366 del Código de Procedimiento de esa especialidad (modificado por el art. 182 del Decreto 2282 de 1989), que procede contra las "sentencias

Página

dictadas en segunda instancia por los tribunales superiores, cuando el valor actual de la resolución desfavorable al recurrente sea o exceda de diez millones de pesos", cuantía que como lo dispone el art. 3 del Decreto 522 de 1988, debe ser incrementada a partir del primero de enero de 1990, en un 40%, con un ajuste automático cada dos años. Magistrado Ponente: Dr. Carlos A. Gálvez Argote. Sentencia Casación. Fecha: 25/06/1996. Decisión: Desestima las demandas y en consecuencia no casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cali. Recurrente: Vélez Pardo, Rodrigo. No Recurrentes: Morales Villagas, Carlos Alberto; Cárdenas Rey, Ismael; García Orjuela, Fanny. Delito: Abuso de confianza, Hurto agravado, Estafa, Falsedad en documento privado. Proceso: 10539. Publicada: Sí. Detalle Pub.: Primer Semestre de 1996. 640

COLISION DE COMPETENCIA/ TERRORISMO. "El interés jurídico que se pretende proteger con el tipo penal de terrorismo y los demás relacionados con él, es la seguridad pública, de modo que no se trata de un delito político, o que deba perseguir fines de esa clase, pues bien puede darse por razones religiosas o raciales, o como enfrentamiento entre la delincuencia común, o simplemente por crear anarquía o desorden. Así las cosas es posible que con un acto terrorista se persiga atacar a una determinada persona, familia o entidad, sin que por eso el hecho pierda esa especial connotación; o dicho de otra manera, una acción realizada con un fin particular, puede llevar implícito el carácter terrorista..."(Rad.9897).

Si en el proceso de adecuación típica un juzgador incurrió en equivocación al escoger el tipo penal violado, ello no obliga a la inaplicabilidad de la ley pertinente que al caso corresponda por parte del otro juzgador. Magistrado Ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia. Auto Colisión de Competencias. Fecha: 25/06/1996. Decisión: Declara competente al Juzgado Regional de Medellín. Procedencia: Juzgado 12 Penal del Circuito. Ciudad: Medellín. Acción: Giraldo Restrepo, Ancízar. Delito: Hurto calificado y agravado. Porte de armas de defensa personal, Homicidio, Concierto para delinquir. Proceso: 11818. Publicada: Sí. Detalle Pub.: Primer Semestre de 1996. 653

NULIDAD/ UNIDAD PROCESAL/ DICTAMEN MEDICO. La nulidad no puede convertirse en el máximo remedio procesal como un fin en sí misma, sino que debe ser utilizada como una garantía que asegure el apego a la ley, por lo tanto, no toda irregularidad debe significar necesariamente su declaratoria, porque para ello

Página

es indispensable verificar la existencia de los presupuestos arriba enunciados.

La falta de vinculación de uno o varios imputados, apenas constituye una irregularidad, susceptible de ser subsanada mediante la orden de copias, ya que aún cuando sea imposible cumplir a cabalidad con el mandato del artículo 88 del C.de P.P., en punto a que por cada delito se habrá de adelantar una sola averiguación penal no importando el número de partícipes, de todas formas la responsabilidad penal es individual y por lo tanto, tal omisión no es suficiente para invalidar la actuación.

Resulta pues, no menos que inoficioso retrotraer la actuación a causa de irregularidades que no tienen la virtualidad de invalidar el acto procesal subsiguiente y que por lo tanto no riñen con la estructura lógica del proceso; en cambio si conduciría a la interminable cadena de trámites puramente formales en detrimento de las partes que intervienen activamente en su desarrollo.

2. Para que la omisión de un examen siquiátrico genere nulidad, se ha dicho, es necesario establecer, inicialmente la existencia de elementos probatorios que lleven a pensar en la posibilidad de que al momento de realizar el hecho punible, el acusado presentaba algún trastorno mental que le impedía conocer la ilicitud de sus actos o determinarse de acuerdo con esa comprensión y que por esa omisión se pudo haber dado el tratamiento de imputable a quien no lo era. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Sentencia Casación. Fecha: 25/06/1996. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Rosa de Viterbo. Recurrente: Tovar Guzmán, José Ever. Delito: Homicidio. Proceso: 9779. Publicada: Sí. Detalle Pub.: Primer Semestre de 1996. 659

DERECHO DE DEFENSA/ DEFENSA TECNICA. El inciso primero del artículo 148 del Código de Procedimiento Penal, norma que en ese momento estaba vigente, pues su inexequibilidad fue declarada mediante sentencia C-049 de febrero 8 de 1996, preceptuaba en el inciso primero: "Personas habilitadas para la defensa del imputado. De conformidad con lo dispuesto en el Decreto 196 de 1991, el cargo de defensor para la indagatoria del imputado, cuando no hubiere abogado inscrito que lo asista en ella, podrá ser confiado a cualquier ciudadano honorable, siempre que no sea servidor público".

La designación de la señorita..... ciudadana honorable, en ese momento no solo no constituía irregularidad alguna, sino que el

Página

funcionario obró así en cumplimiento de la ley, de manera que su posterior declaración de inconstitucionalidad produce efectos hacia el futuro, y no puede pretenderse, so pretexto de esa circunstancia sobreviniente, la nulidad de un proceso ajustado a la legislación vigente. Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel. Sentencia Casación. Fecha: 26/06/1996. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Ibagué. Acción: Mahecha Olarte, Jaime. Delito: Homicidio. Proceso: 9280. Publicada: Sí. Detalle Pub.: Primer Semestre de 1996. Fuente Formal: Clase: Decreto ley número 2700 Año: 1991 Art.: 148. 667

DEMANDA DE CASACION. La doctrina y la jurisprudencia han clasificado tradicionalmente los errores judiciales en errores de derecho procesal y errores de derecho sustancial. Los primeros, conocidos también como errores in procedendo, están referidos a irregularidades en la formación del proceso. Los segundos, igualmente llamados errores in judicando o de juicio, aluden a equivocaciones en la aplicación del derecho material.

Las causales de casación no son ajenas a esta categorización. En materia penal, cuando menos, mientras la causal primera se ocupa de errores in judicando, las causales segunda y tercera lo hacen de los errores de actividad procesal o in procedendo. De allí que la correcta formulación de la censura, dependa, en primer término, de la acertada selección del motivo de casación, lo cual, a su vez, obedecerá a la adecuada comprensión del tipo de error.

Si el demandante, al plantear el cargo, equivoca la vía correcta del ataque, habrá echado a perder la impugnación, pues es claro que los motivos de casación descansan sobre fundamentos de naturaleza distinta, tienen consecuencias jurídicas diversas y están regulados por precisas reglas técnicas de sustentación, que no permiten que a través de uno pueda llegarse a la demostración de otro. Magistrado Ponente: Dr. Fernando Arboleda Ripoll. Sentencia Casación. Fecha: 26/06/1996. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Recurrente: Linares Riaño, Luis Hernando. Delito: Homicidio, Porte ilegal de armas. Proceso: 8477. Publicada: Sí. Detalle Pub.: Primer Semestre de 1996. 684

ERROR EN LA DENOMINACION JURIDICA DE LA INFRACCION/ FAVORECIMIENTO A NARCOTRAFICANTES. No queda subsumido en el prevaricato por acción y constituye una infracción diferente, que envuelve y supera por especialidad y mayor

Página

riqueza descriptiva los elementos constitutivos de aquél, radica en que el doctor ....hubiese incurrido, al facilitar la evasión de los indagados y devolver la lancha, en una conducta compleja prevista en el Estatuto Nacional de Estupefacientes, que involucra además el quebrantamiento del régimen institucional, el orden económico social y la seguridad pública, con su múltiple potencialidad atentatoria contra los intereses jurídicos de la salud pública, la tranquilidad y la indemnidad ciudadana, que el legislador quiso tutelar especial e independientemente y con mayor severidad, con la consagración de un hecho punible específico en el citado artículo 39 de la Ley 30 de 1986. Magistrado Ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla. Sentencia Segunda Instancia. Fecha: 27/06/1996. Decisión: Decreta nulidad a partir de la resolución de acusación inclusive. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Popayán. Acción: Idrobo Medina, Carlos Julio. Delito: Prevaricato por acción. Proceso: 9524. Publicada: Sí. Detalle Pub.: Primer Semestre de 1996. 689

La Imprenta Nacional de Colombia
realizó el diseño gráfico de
«Gaceta Judicial, Primer Semestre de 1998, Volumen II»
y terminó su impresión en noviembre de 1998.

Ivstitia et Litterae