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 1956
REGISTRADO PARA CURSO LIBRE DE PORTE EN EL SERVICIO POSTAL

SALA DE CASACION PENAL

TOMO CCXLV SEGUNDO SEMESTRE 1996 NUMERO 2484

VOLUMEN I

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

REPUBLICA DE COLOMBIA

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TOMO CCXLV - NUMERO 2484

SEGUNDO SEMESTRE DE 1996

Volumen I

SALA DE CASACION PENAL

SANTA FE DE BOGOTA, D. C., COLOMBIA - AÑO 1996

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

SEGUNDO 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 Valdés Sánchez - Presidente*
Laura Margarita Manotas 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
Fernando Vásquez Botero

SALA DE CASACION CIVIL Y AGRARIA

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

MAGISTRADOS

Doctores *Jorge Antonio Castillo Rugeles*
Carlos Esteban Jaramillo Scholss
José Fernando Ramírez Gómez
Pedro Lafont Pianetta
Nicolás Bechara Simancas
Rafael Romero Sierra
Jorge Santos Ballesteros

SALA PENAL

Doctor *Fernando Enrique Arboleda Ripoll- Presidente*
Patricia Salazar Cuéllar - Secretaria

MAGISTRADOS

Doctores *Ricardo Calvete Rangel*
Nilson Elías Pinilla Pinilla
Fernando Enrique Arboleda Ripoll
Carlos Eduardo Mejía Escobar
Dídimo Páez Velandia
Jorge Enrique Córdoba Poveda
Juan Manuel Torres Fresneda
Carlos Augusto Gálvez Argote
Jorge Aníbal Gómez Gallego

RELATORES

Doctoras *Esperanza Inés Márquez Ortiz*
Sala de Casación Laboral
Liliana Polanía Alvarez
Sala de Casación Civil y Agraria
Aydu 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 CCXLV - SEGUNDO SEMESTRE Volumen I - Número 2484

ACCION DE REVISION

La demanda impugnativa de revisión, lo ha precisado la jurisprudencia en múltiples ocasiones, solamente procede por específicas y taxativas causales señaladas en la ley, a través de las cuales se pretende remover las sentencias pasadas por autoridad de cosa juzgada, resultando imperativo en desarrollo de esta pretensión el cumplimiento de los requisitos de técnica que la gobiernan, toda vez que no puede cualquier escrito recurrente o alegato informal, aspirar a confrontar los valores de seguridad jurídica, propios de un fallo ejecutoriado, con el de justicia, que en esta acción siempre están en contraste.

Precisamente por cuanto mediante la acción de revisión se tiende a atacar la intangibilidad de la cosa juzgada, sobre la cual se funda la solidez del orden jurídico que deviene de los pronunciamientos judiciales, reiteradamente se ha dicho que las causales de revisión que consagra la ley, suponen la necesidad de su concreción por circunstancias al margen del proceso que dio origen a la decisión cuestionada.

Lo anterior significa, entre otras cosas, que no se puede fundar la pretensión enervante de una sentencia para escindir la cosa juzgada, en un nuevo análisis de los fundamentos de hecho o de derecho con base en los cuales ha tomado forma el pronunciamiento del fallo.

Corte Suprema De Justicia. Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., dos (2) de julio de mil novecientos noventa y seis (1996).

Magistrado Ponente: Dr.*Carlos Augusto Gálvez Argote*

Aprobado Acta No.95 (25 de Junio)

Proceso No.11668

Vistos

Procede la Corte a decidir sobre la admisibilidad de la demanda de revisión presentada por la apoderada de los hermanos Mauricio, Julio César y Gladys Ortiz Olave, contra la decisión proferida el 12 de octubre de 1995 por la Fiscalía 20 Delegada ante los Tribunales de Santafé de Bogotá y Cundinamarca, mediante la cual revocara la resolución acusatoria dictada por la Fiscalía 250 contra Blanca Cecilia Salgado de Aguilera por el delito de fraude procesal, para en su lugar precluir la investigación como consecuencia de haber operado el fenómeno jurídico de la prescripción.

Antecedentes

Por intermedio de su apoderado judicial, los señores Mauricio, Julio César y Gladys Ortiz Olave formularon denuncia penal por el delito de fraude procesal contra Blanca Cecilia Salgado de Aguilera, sindicándola de haber promovido un proceso de pertenencia en el Juzgado 32 Civil del Circuito el 12 de octubre de 1989, contra Aureliano Ortiz Osorio, no obstante que el inmueble pretendido en prescripción ya era de propiedad de esta misma persona, como también el aducir ignorar su localización, pese a estar enterada del lugar de residencia.

Adelantada la investigación por estos hechos, mediante resolución del 14 de febrero de 1995, la Fiscalía 250 Seccional de esta ciudad, calificó su mérito profiriendo resolución de acusación en contra de la sindicada, por el hecho punible que le fuera atribuido en la denuncia.

Impugnado el calificatorio por el defensor de la acusada, la Fiscalía 20 Delegada ante los Tribunales Superiores de Santafé de Bogotá y Cundinamarca, revocó la decisión objeto del recurso, para en su lugar precluir la investigación, como consecuencia de establecer que la acción penal se hallaba prescrita.

LA DEMANDA

Bajo el título "CAUSALES INVOCADAS", que precisa en la afirmación según la cual acude a los "Artículos 232 y siguientes del C. de P.P.", de manera confusa y recurrente, extensa y desordenada por lo demás, la apoderada de los hermanos Mauricio, Julio César y Gladys Ortiz Olave, sintetiza a renglón seguido y en cuatro acápites, los motivos que la llevan a solicitar la revisión de la decisión cuestionada, así:

Con el subtítulo "PRIMERA CAUSAL" asegura la libelista que el titular de la Fiscalía 20 Delegada ante los Tribunales de Bogotá y Cundinamarca, para declarar la prescripción del proceso que por el delito de fraude procesal se adelantara en contra de Blanca Cecilia Salgado de Aguilera, no tuvo en cuenta "la actuación del Fiscal 250 de esta ciudad" y así,"olímpicamente (sic) dictó preclusión de la investigación", pese a la encomiable intervención "de la suscrita" y sin considerar "que la morosidad y lentitud de la Justicia, no es culpa de la actora, y de su apoderada sino del personal que compone la rama Jurisdiccional".

Como "CAUSAL SEGUNDA", sostiene que el delito no ha prescrito, pues si se contabiliza el tiempo transcurrido desde que se dió inicio al proceso, hasta cuando se profirió la "sentencia de segunda instancia", por parte de la Fiscalía del Tribunal, esto da un lapso de 4 años y 6 meses y no los cinco en que prescribiría la acción penal.

Ahora afirma dentro de la "TERCERA CAUSAL", que la última actuación por medio de la cual se intentó engañar a la justicia, dentro del proceso de pertenencia que sin razón ni fundamento legal alguno iniciara la señora Salgado de Aguilera, fue al pretender se designara un curador ad litem para el señor Aurelíano Ortíz Osorio de quien dijo desconocer su domicilio, pese a saber, como quedó demostrado, que ya había fallecido. Como se resolvió hasta el día 12 de junio de 1991, el término prescriptivo no estaría aún consolidado.

Siguiendo en su orden esta clase de argumentaciones señala como "CUARTA CAUSAL", que "la mora en el avance del sumario 1432 no es culpa de la parte actora, sino de la Justicia y de la parte sindicada", lo que intenta demostrar a través de un índice cronológico del referido proceso, a lo largo de más de siete páginas.

Inmediatamente, bajo el rótulo "DECLARACION INVOCADA", pide que se invalide "la SENTENCIA revisada y se mantenga la resolución acusatoria", "se inscriba la sentencia...en la oficina pertinente" y "se condene, en consecuencia a la sindicada Blanca Cecilia Salgado de Aguilera, a los perjuicios ocasionados y a las costas y gastos del proceso".

Relaciona a continuación una reseña minuciosa de los hechos que motivaron el adelantamiento del proceso de fraude procesal con el propó-

sito, asevera, de que sirvan "para sustentar en mejor forma las causales invocadas en esta demanda de revisión".

Luego, bajo el título "DERECHO", cita como preceptos en que fundamenta su demanda "los artículos 232 numerales (sic) 4 e inciso único 233 y S.S. del C. de P.C.; arts. 26, 27, 28, 62, 79, 80, 84, 182, 227, 228 y 368 del C.P. y en cuanto a la causal en que se apoya, aduce:

"...es la que dispone el Inciso único del artículo 232 del C. de P.C., como es, que se debe dar aplicación a los numerales (sic) 4 y 5 del Art. 232 del C. de P.P., en razón a que se presentó cesación de procedimiento, con base en el decreto de prescripción de la acción penal.

Dentro de este proceso, materia del recurso de revisión, no hay prescripción, lo único que hay, es un mal conteo del tiempo, por parte del Magistrado ponente.

Desafortunadamente, la causal aplicable al caso, que nos ocupa es la ya relacionada (sic) y si esta actuación determina un hecho delictivo por parte del Fiscal ponente, desde ya solicito, sea decretado este hecho como tal y por ende que responda en su totalidad por su actuación equivocada y que conlleva innumerables perjuicios para la parte civil".

Ocupa enseguida algunos renglones a la tarea de demostrar cómo "la sindicada" habría incurrido en los delitos de fraude procesal, falsedad personal, falsedad para obtener prueba de hecho verdadero y perturbación de la posesión sobre inmueble.

Insiste en la afirmación según la cual el delito de fraude procesal no habría prescrito, habida cuenta de que el último acto de la sindicada tendiente a engañar a la justicia, se pródujo el 12 de junio de 1991, por lo que en sólo 4 años y 5 meses se completaban para la fecha en que se profirió la resolución preclusiva.

Consideraciones

1. La demanda impugnativa de revisión, lo ha precisado la jurisprudencia en múltiples ocasiones, solamente procede por específicas y taxativas causales señaladas en la ley, a través de las cuales se pretende remover las sentencias pasadas por autoridad de cosa juzgada, resultando imperativo en desarrollo de esta pretensión el cumplimiento de los requisitos de técnica que la gobiernan, toda vez que no puede cualquier escrito recurrente o alegato informal, aspirar a confrontar los valores de seguridad jurídica, propios de un fallo ejecutoriado, con el de justicia, que en esta acción siempre están en contraste.

2. Precisamente por cuanto mediante la acción de revisión se tiende a atacar la intangibilidad de la cosa juzgada, sobre la cual se funda la solidez del orden jurídico que deviene de los pronunciamientos judiciales,

reiteradamente se ha dicho que las causales de revisión que consagra la ley, suponen la necesidad de su concreción por circunstancias al margen del proceso que dio origen a la decisión cuestionada.

Lo anterior significa, entre otras cosas, que no se puede fundar la pretensión enervante de una sentencia para escindir la cosa juzgada, en un nuevo análisis de los fundamentos de hecho o de derecho con base en los cuales ha tomado forma el pronunciamiento del fallo.

3. En el presente caso, la apoderada de los señores Mauricio, Julio César y Gladys Ortiz Olave, en extenso, confuso, impreciso y farragoso escrito, que por sus características lejos está de conformar una demanda de revisión, pretende sin concretamente especificar la causal en que se apoya, que a través de él se remueva la decisión del 12 de octubre de 1995, por medio de la cual la Fiscalía 20 Delegada ante los Tribunales de Bogotá y Cundinamarca, declaró prescrita la acción penal, dentro de las diligencias adelantadas contra Blanca Cecilia Salgado de Aguilera por el delito de fraude procesal.

4. Lo primero que cabe advertir, es que tratándose de una decisión por medio de la cual se precluyó la investigación y aun cuando en principio no se precise este hecho como le correspondía, la libelista acude a la posibilidad que el legislador consagró en la parte final del artículo 232 del Código de Procedimiento Penal, para que no sólo la acción de revisión procediera contra las sentencias ejecutoriadas, conforme venía siendo tradicional en nuestros ordenamientos procesales sobre la materia por varias décadas, sino que también se posibilitara acudir a este extraordinario mecanismo de impugnación, demandándolo frente a pronunciamientos ambivalentes o equivalentes en cuanto a sus efectos determinantes de la cosa juzgada, tales como "los casos de cesación de procedimiento y preclusión de la investigación", pero exclusivamente en estas hipótesis referido a las causales señaladas en los ordinales 4 y 5 del mencionado precepto, esto es, frente decisiones en firme por medio de las cuales se demuestre que el proveído cuestionado se produjo "determinado por un hecho delictivo del juez o de un tercero" o "que el fallo objeto de pedimento de revisión se fundamentó en prueba falsa".

5. De lo anterior se colige que la extensión que la propia ley hizo a fin de que la acción de revisión cobijara a este tipo de decisiones, dentro de los específicos límites señalados, condiciona el deber que tiene el memorialista de precisar, acorde con el artículo 234.3 *ibidem*, "la causal que invoca y los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya la solicitud", esto es, frente a cuál de las dos causales mencionadas se está, o si acaso las dos concurren.

6. Si se cotejan estos básicos e imprescindibles supuestos, con el escrito que la actora ha presentado como libelo de revisión, fácilmente se

advierte que ellos han sido decididamente omitidos, no sujetándose, en consecuencia, a los mínimos parámetros formales que en cuanto a la claridad, lógica y debida demostración de las causales esgrimidas, exige la ley.

Repárese en el hecho de que la intitulación que emplea la demandante referida presuntamente a las cuatro causales esgrimidas, nada tiene que ver con las "CAUSALES INVOCADAS" que como título les antecediera, toda vez que en la primera de ellas, como si se tratase de un alegato instancial, asegura que la preclusión investigativa de segundo grado no tuvo en cuenta la actuación del Fiscal 250, para descalificarla por haberse adoptado "olímpicamente (sic)", cuando la "morosidad y lentitud" en la administración de justicia "no es culpa de la actora"; en la segunda, simplemente sostiene desde su personal criterio, que la acción no ha prescrito y aduce una fecha futura en que tal fenómeno acontecería; como tercera causal, que no es cosa distinta que una prolongación del anterior arbitrario y particular argumento, precisa ahora cuál fue el último acto dirigido a engañar a la justicia y que descarta por su fecha, la prescripción de la acción penal, y, finalmente, la argüida como cuarta causal, no es más a su turno que una nueva reiteración en relación con el hecho de que si la acción prescribió "la culpa" sería "de la Justicia".

Es, entonces, meridianamente claro que el alejamiento en cuanto al deber de concretar la causal que se invoca y sus fundamentos, es total.

Al fin y al cabo, el desconocimiento que evidencia sobre el tipo de acción que ha propuesto y los requisitos mínimos que debe cumplir para que una demanda de revisión sea admitida, resulta manifiesto en la solicitud que hace sobre las declaraciones que pretende, en donde no encuentra ningún reparo en solicitar que se condene a la señora Blanca Cecilia Salgado de Aguilera "a los perjuicios ocasionados y a las costas y gastos del proceso", cuando este tipo de determinaciones no correspondería adoptar a la Corte frente al auto cuestionado y a la negativa de la prescripción como decisión inmersa en el alegato presentado.

También es ostensible este absoluto desapego y falta de dominio de las características y teleología propias de la acción extraordinaria propuesta, la circunstancia de que líneas adelante se dedique un considerable espacio para tipificar los hechos atribuidos a Blanca Cecilia Salgado de Aguilera, en donde el cuestionamiento a la resolución preclusiva de la investigación por el delito de fraude procesal ya ni siquiera resulta relevante, toda vez que ahora se estima que su conducta sería típica de un concurso de hechos punibles entre falsedad personal, falsedad para obtener prueba de hecho verdadero, perturbación a la posesión sobre inmueble y fraude procesal.

7. Ahora, que si bien en el acápite que intitula "DERECHO", dice acudir a las causales dispuestas en los numerales 4 y 5 del artículo 232

del Código de Procedimiento Penal, esta mención sólo corrobora la más absoluta falta de ilustración sobre la naturaleza, contenido y alcance de la acción intentada, como que entiende, lo que verdaderamente sorprende que "si esta actuación determina un hecho delictivo por parte del Fiscal ponente, desde ya solicito, sea decretado este hecho como tal y por ende que responda en su totalidad por su actuación equivocada y que conlleva innumerables perjuicios para la parte civil".

8. Finalmente, si fuera cierto que el apoyo de su ininteligible alegación, se soporta en las causales 4 y 5 del citado artículo 232, es obvio que carecería el escrito de los respectivos soportes probatorios, a través de los cuales se estableciera que mediante decisión en firme, se hubiera demostrado que la decisión cuestionada fue determinada por un hecho delictivo del Juez o de un tercero, o que tuvo fundamento en prueba falsa.

Por las anotadas falencias, la demanda de revisión deberá ser rechazada *in limine*.

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

RESUELVE:

1o. Reconocer a la Doctora Gloria Cecilia Muñoz González como apoderada de los señores Gladys, Mauricio y Julio César Ortiz Olave, de acuerdo con el poder que le fuera conferido por éstos.

2o. Rechazar *in limine* la demanda de revisión presentada a nombre de los citados hermanos por su representante.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria

TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO/ INTERES PARA RECURRIR/ CIRCUNSTANCIAS ESPECIFICAS DE AGRAVACION PUNITIVA

El numeral 4o. del artículo 373 ibídem, *señala de manera taxativa y excluyente, el interés que para recurrir la sentencia anticipada tienen, tanto el procesado como su defensor, limitándolo a los aspectos que tienen que ver con "la dosificación de la pena, el subrogado de la condena de ejecución condicional, la condena para el pago de perjuicios y la extinción del dominio sobre bienes", los cuales tienen aplicación frente al recurso de casación.*

Corte Suprema De Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá D.C., julio tres (3) de mil novecientos noventa y seis (1996).

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

Aprobado Acta No. 98.

Proceso No. 11713.

VISTOS

Se pronuncia la Sala sobre los requisitos formales a que se refiere el artículo 225 del Código de Procedimiento Penal, respecto de la demanda de casación presentada por el defensor del procesado Antonio Capacho Rodríguez, contra la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga que confirmó la proferida por el Juzgado 11 Penal del Circuito de la misma ciudad, por medio de la cual, previo al trámite de la sentencia anticipada, condenó al procesado a la pena principal de treinta y tres (33) años y cuatro (4) meses de prisión, la accesoria 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 agravado, negándole en consecuencia el subrogado de la condena de ejecución condicional.

HECHOS

Ocurrieron la noche del 23 de octubre de 1994, en el billar "Los Enanos" del Barrio Miraflores de Bucaramanga, sitio al que llegó a tomarse unas cervezas José Manuel Murillo Rodríguez y en el que se encontraba

Antonio Capacho Rodríguez, alias "Tatú", con quien aquél tenía una antigua rivalidad.

Pretextando una reconciliación Capacho Rodríguez invitó a Manuel Murillo a la calle, aprovechando el momento para simular abrazarlo al tiempo que le propinó dos puñaladas en el pecho, a causa de las cuales murió aquél.

LA DEMANDA

En el único cargo que formula el defensor del procesado hace consistir la "Causal alegada "en irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso", por considerar que a Capacho Rodríguez no se le podía condenar por el delito de homicidio agravado, ya que las pruebas existentes al momento de proferir la acusación eran las mismas en que se basó la resolución de la situación jurídica.

A continuación se duele de que en la graduación de la pena, no se hayan tenido en cuenta, en su concepto, los artículos 61 y 64 del Código Penal, pues el Juez, se limitó "de lleno a concretar el *quántum* con base en la calificación que dio la Fiscalía décima sin tener en cuenta los criterios que la H. Corte ha proferido respecto de este novedoso sistema que estableció la ley para finiquitar la causa", violándose así el artículo 3o. de la ley 81 de 1993.

Solicita casar la sentencia "y si se encuentra que oficiosamente se presenta una nulidad se proceda a decretarse".

ANÁLISIS DE LA DEMANDA

1. Si bien de conformidad con lo previsto por el artículo 222 del Código de Procedimiento Penal, el defensor, entre otros, tiene legitimación para recurrir en casación, debe advertirse desde ya, que en el caso concreto, por tratarse de una sentencia anticipada, el casacionista carece de interés para recurrir.

En efecto, el numeral 4o. del artículo 37B *ibidem*, señala de manera taxativa y excluyente, el interés que para recurrir la sentencia anticipada tienen, tanto el procesado como su defensor, limitándolo a los aspectos que tienen que ver con "la dosificación de la pena, el subrogado de la condena de ejecución condicional, la condena para el pago de perjuicios y la extinción del dominio sobre bienes", los cuales tienen aplicación frente al recurso de casación, como ya ha tenido la oportunidad de precisarlo la Corte, en decisión del 8 de marzo del año en curso, con ponencia del Dr. Jorge Córdoba Poveda, en donde se expuso:

"Si bien es cierto que el numeral cuarto del artículo 37B ibídem *hace referencia a la expresión "apelable", también debe hacerse extensivo al recurso de casación, ya que éste hace parte igualmente de los mecanismos legales que se han establecido para controvertir las decisiones judiciales".*

Lo anterior, por cuanto, es claro que frente a la aceptación de la responsabilidad por parte del procesado, en los términos en que, como en este caso concreto, se imputaron en la acusación, las opciones del Juez al momento de fallar, se reducen a la improbación del acuerdo, cuando medie la violación de garantías o derechos fundamentales del incriminado, o la de aprobar el acuerdo, profiriendo la correspondiente sentencia "conforme a los hechos y circunstancias aceptados" (art. 37 inciso 3o.), pues el debate sobre los cargos formulados adquiere firmeza jurídica con la libre y voluntaria decisión del procesado de aceptar su responsabilidad frente a ellos, sin que con posterioridad a esto pueda controvertirlos.

Ahora bien, aunque difícilmente del escueto escrito que a manera de demanda de casación ha presentado el apoderado de Capacho Rodríguez, puede colegirse una inconformidad sobre la tasación de la pena, ha de precisarse que la impugnación está referida al cargo imputado en la resolución de acusación en cuanto a la circunstancia agravatoria del homicidio y que fue aceptado sin ningún reparo por el procesado, pues las aisladas referencias a los artículos 61 y 64 del estatuto Penal en manera alguna apuntan a cuestionar la dosificación punitiva, sino a la pena que le correspondería de no haberse imputado el mencionado agravante.

Siendo ello así, debe recordarse, como se ha dicho también de manera reiterada, que lo concerniente a las circunstancias específicas de agravación, en cuanto hacen parte integral de la imputación por entrar a complementar el tipo objetivo, no pueden confundirse con los diferentes criterios a los que legalmente puede acudir el Juez al momento de dosificar la pena, sino que, se insiste, estos hacen parte de la imputación en sí misma.

Por lo anterior, necesariamente debe concluirse que los reparos hechos a la sentencia de segunda instancia por el defensor de Antonio Capacho Rodríguez no corresponden a ninguno de aquellos a que se refiere el artículo 37B.4 del Código de Procedimiento Penal, sino que apuntan a desvirtuar, en parte, el cargo imputado en la acusación, y por ende carece de interés para recurrir en casación, razón por la cual se deberá rechazar *in limine* la demanda.

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

RESUELVE:

1o. Rechazar *in limine* la demanda de casación presentada por el defensor del procesado Antonio Capacho Rodríguez.

2o. Devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria

EXTRADICION -Estatuto anticorrupciòn

El artículo 549 del Código de Procedimiento Penal precisa los requisitos para conceder u ofrecer la extradición de ciudadanos extranjeros pues la de colombianos por nacimiento se halla prohibida por el artículo 35 de la Carta Política y también de aquellos en cuanto hace referencia a delitos políticos o de opinión.

Dichos requisitos corresponden a que el hecho que motiva la solicitud, esté también previsto como delito en Colombia y reprimido con una sanción privativa de la libertad cuyo mínimo no sea inferior a cuatro (4) años y, que se haya dictado en el exterior resolución de acusación o su equivalente.

Bueno es precisar que la modificación al Instituto que introdujo el artículo 34 de la Ley 190 de 1995 o Estatuto anticorrupción, lo fue exclusivamente con relación a los requisitos previstos en el artículo 569 del Código de Procedimiento Penal para que el Gobierno de Colombia pueda solicitar en extradición a quien se le haya proferido Resolución de Acusación y se halle en firme, o sentencia condenatoria por infracciones que tuvieren pena privativa de la libertad no inferior a dos (2) años de prisión.

Corte Suprema De Justicia.- Sala De Casación Penal. Santafé de Bogotá D.C., tres (3) de julio de mil novecientos noventa y seis (1996).

Magistrado ponente: Dr. *Didimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta No. 98.

Proceso No.11417.

VISTOS

Procede la Corte conforme a lo previsto en el artículo 557 del Código de Procedimiento Penal, a emitir concepto sobre la solicitud de extradición del ciudadano italiano Augusto Salgarello Palumbo elevada por la Embajada de su país, a través del Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, mediante la Nota Verbal No. 0184 del 29 de enero del corriente año.

LA PETICIÓN

Según lo manifiesta la Oficina Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores en su oficio No. OJ.E 011 del 31 de enero de 1996, no existe convenio o tratado entre los Gobiernos de Italia y Colombia en materia de Extradición, motivo por el cual este asunto debe decidirse conforme a las disposiciones del Código de Procedimiento Penal en sus artículos 546 y ss. (fl. 5).

En la Nota Verbal No. 184 de la Embajada de Italia se dice que "las competentes autoridades italianas solicitan la búsqueda y captura con fines de extradición del ciudadano italiano Salgarello Augusto, nacido en Villarioca (Italia) en fecha 23 de enero de 1971, actualmente detenido en Colombia...".

"El mencionado ciudadano italiano se halla investigado en procedimiento penal ante la Fiscalía de Bergamo por el delito de tráfico internacional de sustancias estupefacientes y en contra del mismo se ha emitido una providencia de detención cautelar en prisión" (fl. 6).

Con fundamento en la anterior solicitud formal del Gobierno Italiano, el Señor Fiscal General de la Nación en proveído de fecha 6 de febrero del corriente año, decretó la captura con fines de extradición de Augusto Salgarello, para lo cual ordenó notificar personalmente al citado ciudadano extranjero en la Cárcel Nacional Modelo de Santafé de Bogotá, quien fuera capturado el 23 de enero del año inmediatamente anterior en el Aeropuerto "Rafael Núñez" de Cartagena, por violación de la Ley 30 de 1986 y puesto a disposición de la Unidad de Fiscalía Regional de la misma ciudad, que le dictó Resolución de Acusación. (fl. 2 y 3).

A la Nota Verbal ya mencionada, se anexó en el idioma castellano, el relato de los hechos atribuidos a Salgarello Palumbo y la providencia de detención cautelar, emanada del Despacho del Juez para investigaciones preliminares del Tribunal de Bergamo (fl. 9 a 26), así como también el contenido de las disposiciones del Código Penal Italiano violadas y de las normas concordantes (Leyes 24 de 1981 y 26 de 1990 - fl. 27 a 39).

LA DEFENSA

El apoderado del extraditable en escrito presentado dentro del término señalado en el inciso 2° del artículo 556 del Código de Procedimiento Penal, solicita de la Corte emitir concepto desfavorable a la petición del Gobierno Italiano, en primer lugar porque su patrocinado fue investigado por la Fiscalía Regional y también condenado por el Juzgado Décimo Penal del Circuito de Cartagena por los mismos hechos que dieron lugar a la medida cautelar decretada por el Tribunal de Bergamo, sobre la cual se fundamentó la solicitud de extradición, pues mediante petición del señor

Salgarello se dio aplicación al artículo 3° de la Ley 81 de 1993, recibiendo como sanción cuarenta (40) meses de prisión que actualmente descuenta en la Cárcel Nacional Modelo de Santafé de Bogotá, es decir que de conformidad con lo preceptuado en el artículo 565 del Código de Procedimiento Penal Colombiano, no procede la extradición deprecada, ya que se quebrantaría el principio del *non bis in idem*.

En segundo lugar, porque ninguna autoridad italiana ha dictado contra su representado resolución de acusación o su equivalente, o por lo menos no consta en autos tal medida, ya que en la Nota Verbal No. 0184 del 29 de enero del corriente año, solamente se menciona la existencia de una providencia que ordena la detención cautelar en prisión de Salgarello Palumbo, lo que en Colombia equivale a la detención preventiva que difiere de aquella en nuestra legislación.

LA CORTE

1° El artículo 549 del Código de Procedimiento Penal precisa los requisitos para conceder u ofrecer la extradición de ciudadanos extranjeros pues la de colombianos por nacimiento se halla prohibida por el artículo 35 de la Carta Política y también de aquellos en cuanto hace referencia a delitos políticos o de opinión.

Dichos requisitos corresponden a que el hecho que motiva la solicitud, esté también previsto como delito en Colombia y reprimido con una sanción privativa de la libertad cuyo mínimo no sea inferior a cuatro (4) años y, que se haya dictado en el exterior resolución de acusación o su equivalente.

Bueno es precisar que la modificación al Instituto que introdujo el artículo 34 de la Ley 190 de 1995 o Estatuto anticorrupción, lo fue exclusivamente con relación a los requisitos previstos en el artículo 569 del Código de Procedimiento Penal para que el Gobierno de Colombia pueda solicitar en extradición a quien se le haya proferido Resolución de Acusación y se halle en firme, o sentencia condenatoria por infracciones que tuvieren pena privativa de la libertad no inferior a dos (2) años de prisión.

2° El Magistrado sustanciador en auto de fecha 11 de abril del corriente año, de oficio ordenó como pruebas que se solicitara al Juzgado Décimo Penal del Circuito de Cartagena constancia de la ejecutoria de la sentencia condenatoria de fecha 29 de noviembre de 1995 proferida contra Augusto Salgarello Palumbo que en fotocopia fue aportada por su defensor y que por intermedio del Ministerio de Relaciones Exteriores, se solicitara al Gobierno Italiano copia de la Resolución de Acusación o su equivalente a que se hizo referencia en la Nota Verbal No. 2413 del 22 de agosto de 1995 (fl. 90) y, además, en el evento de haberse dictado sentencia condenatoria contra el solicitado en extradición, se allegara copia de la misma previo el trámite diplomático pertinente y su debida traducción al castellano.

En cuanto a la primera, el Juzgado Décimo Penal del Circuito de Cartagena en comunicación telegráfica No. 415 del 16 de mayo del corriente año, informa que contra Salgarello Palumbo se dictó sentencia anticipada el 29 de noviembre de 1995, condenándolo a la pena de cuarenta (40) meses de prisión como autor responsable del punible previsto en el artículo 33 de la Ley 30 de 1986 y multa de diez (10) salarios mínimos legales mensuales, negándole el subrogado de la condena de ejecución condicional, decisión que causó ejecutoria el 5 de diciembre siguiente a las 6:00 p.m. (fl. 148).

No se entra a analizar si los hechos por los que se produjo la sentencia referida son los mismos por los cuales se demanda la extradición del ciudadano italiano en referencia, por no ser requisito objeto de verificación para el concepto y, además porque la medida procesal requerida por la ley nuestra para la viabilidad de la extradición no se da en el presente caso. En efecto, la Embajada de Italia en Nota No. 1900 del 18 de los corrientes mes y año, dio respuesta al oficio No. 102 de fecha 31 de mayo inmediatamente anterior del Ministerio de Relaciones Exteriores, librado para atender el requerimiento de la Corte ya mencionado, informando que "no se ha producido todavía" contra Salgarello Palumbo, **"una ordinanza di rindio a giuduzui"**, o llamamiento a juicio que equivale a la Resolución de Acusación, pero "Queda sin embargo vigente la 'ordinanza di custodia cautelare' emitida por las autoridades judiciales italianas" (fl. 166).

Así las cosas, al no haberse dictado aún por parte de las autoridades judiciales italianas Resolución de acusación o su equivalente, no admite duda que en este caso concreto no se dan los presupuestos del artículo 549 del Código de Procedimiento Penal para conceder la extradición solicitada, luego se impone por parte de la Corte conceptuar adversamente a la petición del Gobierno Italiano contenida en su Nota Verbal No. 0184 del 29 de enero del corriente año.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION PENAL, CONCEPTUA DESFAVORABLEMENTE respecto de la solicitud de Extradición del ciudadano italiano Augusto Salgarello Palumbo, contenida en la Nota Verbal No. 0184 del 29 de enero de 1996.

Infórmesele al detenido, a su apoderado, envíensele las diligencias al Gobierno Nacional para lo de su competencia y copia de este concepto al Fiscal General para lo de su cargo.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

JURISDICCION DE MENORES/ MENORES

La jurisdicción es factor integrante del debido proceso, por cuanto es desarrollo del derecho fundamental al juez natural, competente para aplicar el procedimiento legalmente preexistente y para tomar las decisiones de rigor, según lo dispuesto por el artículo 29 de la Carta Política.

Consecuente con dicho principio, es necesario remitir la actuación o copias de la misma, con destino a la jurisdicción de menores por competencia, en eventos en los que aparezca plenamente comprobada, mediante prueba aducida en su oportunidad procesal, la menor edad del inculpado. Así lo ha considerado esta Sala, particularmente frente a situaciones presentadas a raíz del cambio de legislación por la entrada en vigencia del decreto 2737 de 1989, Código del Menor, claro está, partiendo de la base de que esa minoridad se halle demostrada a cabalidad con antelación (providencias de 27 de abril y 12 de julio de 1990, M.P. doctor Jaime Giraldo Angel y 17 de octubre de 1990, M.P. doctor Gustavo Gómez Velásquez, entre otras).

Corte Suprema De Justicia.- Sala De Casación Penal.- Santa Fe de Bogotá D.C. tres (3) de julio de mil novecientos noventa y seis (1996).

Magistrado Ponente: Dr. *Nilson Pinilla Pinilla*

Aprobado Acta No. 96 -jun.26/96.

Proceso No.10645.

Vistos

Corresponde a la Corte decidir el recurso extraordinario de casación interpuesto por la defensora del procesado Fernando Torres Rosas contra el fallo emitido por el Tribunal Nacional el 28 de diciembre de 1994, mediante el cual confirmó con modificaciones, la sentencia anticipada proferida por un Juzgado Regional de esta ciudad capital, que lo condenó por el delito de rebelión.

HECHOS

El 16 de noviembre de 1993, una patrulla del Grupo Guías de Casanare, perteneciente al Ejército Nacional, capturó en la Inspección de Gaviotas, municipio de San Luis de Palenque a Máximo González Rivadeneira y Fernando Torres Rosas, "cuando cumplían trabajos para la comisión de finanzas" del Frente XXVIII de las FARC, siéndoles incautados sendos revólveres y al primero dos granadas de fragmentación.

TRÁMITE PROCESAL

Puestos los capturados a disposición de las autoridades judiciales, la Fiscalía Veintinueve de la Unidad de Yopal, por resolución del 18 de noviembre del citado año ordenó abrir la correspondiente investigación, oyendo en indagatoria al día siguiente a los sindicados Máximo González Rivadeneira y Fernando Torres Rosas, oportunidad en la que este último manifestó haber nacido el 18 de noviembre de 1975 y no tener documentos de identificación (f.18 del c. de copias).

El 9 de diciembre de 1993, la Fiscalía Regional de Santa Fe de Bogotá, Unidad Especializada de Terrorismo, a la cual pasaron las diligencias, definió la situación jurídica de los procesados con medida de aseguramiento de detención preventiva por el delito de rebelión, sin hacer referencia alguna a la edad de Torres Rosas; providencia cuya notificación personal a los detenidos en la Cárcel del Circuito de Yopal se ordenó hacer mediante fax librado al funcionario competente (fs.36 y Ss. *ibidem*).

Habiendo solicitado el procesado Máximo González Rivadeneira la "acumulación" de este proceso a otro que se le seguía por el delito de homicidio y manifestando su voluntad de acogerse a los beneficios de la sentencia anticipada del artículo 37 del Código de Procedimiento Penal, y levantada el acta respectiva, se ordenó la remisión del proceso a un Juzgado Regional de esta ciudad, para que dictara la correspondiente sentencia, operándose la ruptura de la unidad procesal.

Entre tanto, prosiguiendo esta actuación sobre el cuaderno de copias, el defensor del procesado Fernando Torres Rosas pidió a la Fiscalía la celebración de la actuación prevista en la norma citada para efectos de la sentencia anticipada y realizada dicha diligencia en la que el sindicado aceptó la autoría del delito de rebelión conforme al cargo formulado por la Fiscalía comisionada al efecto, se profirió por el Juzgado Regional de Santa Fe de Bogotá sentencia de primera instancia, condenándolo a la pena principal de 56 meses de prisión y multa equivalente a ochenta salarios mínimos mensuales legales, por el delito de rebelión tipificado en el artículo 1° del Decreto 1857 de 1989, adoptado como legislación permanente por el decreto 2266 de 1991 (fs.15 y Ss. del segundo cuaderno); fallo apelado por su defensora y confirmado por el Tribunal Nacional, mediante la

sentencia que es objeto del recurso de casación, con la única reforma de adicionarla en el sentido de condenar a Torres Rosas a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal.

Después de presentada la demanda, la actora allegó a la Corte copia de un Registro Civil de Nacimiento a nombre de Fernando Torres Rosas, expedida por el Registrador Municipal de Pore (Casanare), conforme a la cual se establece que para la fecha de la captura por los hechos que motivaron la formación del proceso (16 de noviembre de 1993), faltaban dos (2) días para que el referido Torres Rosas cumpliera dieciocho (18) años de edad.

Demanda de Casación

Con fundamento en la causal tercera de casación se acusa la sentencia impugnada por haber sido dictada en juicio viciado de nulidad por la presunta existencia de irregularidades sustanciales que afectaron el debido proceso y conculcaron el derecho a la defensa del procesado, solicitándose a la Corte la invalidación del proceso a partir del momento en que se produjo el acto viciado.

Afirma en síntesis la demandante que al procesado Fernando Torres Rosas no le fue notificada la providencia que le resolvió la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva, no obstante la importancia y trascendencia de dicho proveído, privándosele de la oportunidad de conocer su contenido y de ejercitar contra dicha medida los recursos que la ley le concede.

Luego expresa que otra de las irregularidades generadoras de nulidad consiste en la ausencia dentro del plenario del acta que contenga los cargos formulados por el Fiscal y aceptados por el procesado Torres Rosas, equiparada por la ley a la resolución de acusación y cuya omisión en el proceso impedía el proferimiento de sentencia anticipada en contra de su representado.

Concepto del Ministerio Público

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, examina los cargos endilgados a la sentencia en el orden en que aparecen presentados, para concluir que ninguno está llamado a prosperar porque si bien es cierto que no existe constancia de haberse notificado en forma personal al procesado Fernando Torres Rosas la providencia que le resolvió su situación jurídica con medida de aseguramiento, sin embargo, dicha notificación se cumplió por conducta concluyente en los términos del artículo 191 del Código de Procedimiento Penal, pudiendo "...aseverarse que el sindicado se enteró de aquella decisión, pues la conducta procesal por él observada

con posterioridad a ese hipotético enteramiento así lo demuestra y elimina la posibilidad de una declaratoria de nulidad por este aspecto.

...pues el procesado participó en acto posterior cuyo requisito de procedibilidad es el de la ejecutoria de la providencia referida."

Por lo demás, la censura por ausencia de cargos en contra del procesado recurrente es totalmente infundada, si se tiene en cuenta que a folio 10 de uno de los cuadernos remitidos a esta corporación aparece el acta que contiene lo ocurrido durante la diligencia de sentencia anticipada suscrita en Yopal el 22 de junio de 1994, en la que Fernando Torres Rosas acepta expresamente la imputación por rebelión que le hizo la Fiscalía.

A pesar de ello, el señor Delegado se muestra partidario de casar oficiosamente la sentencia por incompetencia del juez originada en la menor edad del sindicado, pedimento que respalda con el siguiente razonamiento:

"Fernando Torres Rosas, al momento de la comisión del hecho punible, no había cumplido aún dieciocho (18) años de edad, razón por la cual, de conformidad con el artículo 34 del Código Penal, reformado por los artículos 28 y 165 del Decreto Ley 2737 de 27 de noviembre de 1989, estaba sometido a jurisdicción y tratamiento especiales regulados en aquel decreto, por medio del cual se expidió el Código del Menor, sin importar que ahora cuente con la mayoría de edad, pues esas disposiciones especiales se aplican en relación con el hecho cometido.

El artículo 18 del citado decreto dispone que sus normas son de orden público y se aplicarán de preferencia a disposiciones contenidas en otras leyes, en tanto que el mencionado artículo 28 define al menor como aquella persona que no haya cumplido los dieciocho (18) años de edad, quien puede estar en situación irregular cuando haya sido autor o partícipe de una infracción penal, según los términos del artículo 29 del Código del Menor.

Según lo anterior, es obligatorio concluir que el procesado Torres Rosas no había podido ser investigado y juzgado por autoridades jurisdiccionales ordinarias encargadas de realizar tales actos en relación con los mayores de edad; sin esfuerzo se concluye, entonces, que al haberse violado las normas mencionadas, se incurrió en una causal de nulidad absoluta e insaneable en tanto que el procedimiento observado configura una irregularidad sustancial que afecta el debido proceso, por falta de jurisdicción de la autoridad que adelantó la etapa instructiva y de aquella que profirió la sentencia correspondiente."

Luego agrega:

"De acuerdo con esto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia deberá declarar la nulidad de todo lo actuado en relación con el procesado Fernando Torres Rosas, incluida la providencia que dispuso

la iniciación de investigación penal y deberá poner a disposición de las autoridades de menores competentes (jueces de menores) al incriminado, quien deberá permanecer retenido en un centro de recepción o establecimiento similar, según lo dispone el artículo 170 del Código del Menor, mientras el juez competente resuelve lo pertinente sobre su situación."

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La Sala examinará la demanda y el concepto fiscal, comenzando por los cargos planteados, que gravitan en el marco de la causal tercera de casación, para referirse luego al pedido oficioso de nulidad formulado por la Procuraduría Delegada.

CAUSAL TERCERA

Con sobrada razón advierte el señor agente del Ministerio Público que el cargo de nulidad por no aparecer notificada personalmente al sindicado detenido Fernando Torres Rosas, la providencia que le definió la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva por el delito de rebelión, no se abre paso. Si bien es cierto que en las copias del proceso no aparece que tal diligencia se haya realizado, dicha posible irregularidad quedó subsanada por conducta concluyente al solicitar el procesado sentencia anticipada (artículo 37 del Código de Procedimiento Penal), prevalido de que se encontraba ejecutoriada la resolución definitoria de su situación jurídica, requisito de procedibilidad de dicho beneficio conforme a la norma en mención.

Tampoco fructifica la censura de nulidad por ausencia de cargos en contra del procesado recurrente, pues basta remitirse al folio 10 del cuaderno de la Unidad de Fiscalías de Yopal para cerciorarse de la existencia del acta correspondiente, suscrita en dicha ciudad el 22 de junio de 1994, en la que Fernando Torres Rosas acepta expresamente la imputación de rebelión que le hizo la Fiscalía acusadora.

CASACIÓN OFICIOSA

Corresponde entonces adentrarse en el examen de la nulidad planteada por el señor Procurador Delegado por incompetencia del juez, originada en la menor edad del incriminado Fernando Torres Rosas para la época en que estuvo incurriendo en el hecho punible a él endilgado.

La jurisdicción es factor integrante del debido proceso, por cuanto es desarrollo del derecho fundamental al juez natural, competente para aplicar el procedimiento legalmente preexistente y para tomar las decisiones de rigor, según lo dispuesto por el artículo 29 de la Carta Política.

Consecuente con dicho principio, es necesario remitir la actuación o copias de la misma, con destino a la jurisdicción de menores por competencia, en eventos en los que aparezca plenamente comprobada, mediante prueba aducida en su oportunidad procesal, la menor edad del incul-

pado. Así lo ha considerado esta Sala, particularmente frente a situaciones presentadas a raíz del cambio de legislación por la entrada en vigencia del decreto 2737 de 1989, Código del Menor, claro está, partiendo de la base de que esa minoridad se halle demostrada a cabalidad con antelación (providencias de 27 de abril y 12 de julio de 1990, M.P. doctor Jaime Giraldo Angel y 17 de octubre de 1990, M.P. doctor Gustavo Gómez Velásquez, entre otras).

Sin embargo, este caso es diferente por cuanto la menor edad que se predica del procesado Fernando Torres Rosas no fue un hecho fehacientemente probado en oportunidad procesal, aunque sí una sería expectativa puesta de presente por él al momento de rendir indagatoria, tres días después de su captura, sin que con posterioridad a dicho momento aparezca prueba indicativa de haber persistido en actos de rebelión. En dicha diligencia, recibida el 19 de noviembre de 1993, el indagado le manifestó expresamente al funcionario instructor: "nací el 18 de noviembre de mil novecientos setenta y cinco... tengo dieciocho años, ayer los cumplí...", no obstante lo cual se omitió el cumplimiento del deber funcional impuesto por el artículo 28, inciso segundo del Decreto 2737 de 1989, que dice:

"Cuando no haya certeza acerca de la edad de la persona que requiera la protección prevista en este Código y se tengan razonables motivos de duda, el Juez, antes de tomar las medidas aplicables a los mayores, la determinará mediante los medios de prueba legalmente establecidos."

Sin haberse clarificado esa situación dubitativa en cuanto a la verdadera edad del sindicado Fernando Torres Rosas, se adelantó proceso en su contra, optando por el procedimiento abreviado de la sentencia anticipada para culminar con condena a pena privativa de la libertad, dejándose en el vacío, por deficiente o precaria instrucción, una definición necesaria para determinar si se trataba de sujeto pasivo de medidas de protección, de competencia de la jurisdicción de menores y bajo el respectivo procedimiento, o de persona imputable sujeta a penas y a competencia y procedimientos ordinarios. No obstante la incertidumbre creada al respecto ante lo expuesto por el indagado, se adelantó la actuación sin dilucidar lo que resultaba indispensable por expreso mandato legal y para definir el encauzamiento mismo de la acción judicial.

Significa lo anterior, que en el juzgamiento de Fernando Torres Rosas se dejó de acopiar información fundamental, de la cual dependía el régimen a seguir, radical e insubsanablemente diferente según el resultado de la comprobación sobre su edad, omisión que afecta gravemente el debido proceso, por la comprobada existencia de una irregularidad sustancial, sin que proferidas ya las sentencias de instancias y restando tan sólo la definición del presente recurso extraordinario exista medio alguno de convalidación, de suyo imposible por la naturaleza misma de la irregularidad.

No queda otra alternativa que declarar la nulidad, a partir inclusive del auto de fecha junio 3 de 1994 (f.285), por medio del cual la Fiscalía Regional de Santa Fe de Bogotá, Unidad Especializada de Terrorismo, señaló fecha para la actuación previa a la sentencia anticipada, a fin de que la Unidad de Fiscalía actualmente competente subsane la irregularidad advertida y proceda a establecer, de acuerdo con lo dispuesto en la citada norma del Código del Menor, la real edad del incriminado para la época en que se presentaron los actos constitutivos del delito de rebelión, y hecho lo cual, adopte las medidas legales pertinentes.

La nulidad oficiosa, decretada de acuerdo con lo señalado por los artículos 228 y 305 del Código de Procedimiento Penal, se ha establecido que surge, no de la falta de competencia de los funcionarios judiciales, como sugiere la Procuraduría Delegada en su concepto, sino por la irregularidad sustancial nacida del quebranto o inobservancia de un acto propio del debido proceso (art. 304-2 *ib.*), que precisamente impidió determinar oportunamente esa competencia y el procedimiento a seguir.

Ahora bien, como la invalidez del proceso cobija el acta contentiva de la aceptación de cargos por parte del procesado, equiparada por la ley instrumental a la resolución de acusación del procedimiento ordinario (art. 37B, ord. 2° *ibidem*), con lo cual vuelve el asunto a la etapa de instrucción, Fernando Torres Rosas se hace acreedor a la libertad provisional por haber transcurrido el término de 240 días de privación efectiva de la libertad, contado a partir de su captura, sin haberse calificado el mérito del sumario (artículo 415 *ib.*, numeral 4° y parágrafo), beneficio del cual entrará a disfrutar una vez haya constituido caución prendaria por valor de doscientos mil pesos ($200.000.oo) a favor de la Dirección Regional de Fiscalías de Santa Fe de Bogotá, y suscrito la correspondiente diligencia de compromiso (artículo 419 *ibidem*).

Es natural que no opera la retención del incriminado en un centro de recepción o establecimiento similar a órdenes de un juez de menores, como conceptúa la Procuraduría Delegada con fundamento en lo que dispone el artículo 170 del Código del Menor, por cuanto la causal de nulidad es diferente de la por él sugerida con otro fundamento, además de que Fernando ya tiene más de dieciocho años y, en todo caso, media una causal de la cual se deriva su excarcelación, por el transcurso del tiempo bajo detención preventiva y sin resolución de acusación o medida válida que haga sus veces.

Por demás está mencionar, a esta altura del análisis, que la copia del registro civil de nacimiento de Fernando Torres Rosas, aportada extemporáneamente por la defensora, no puede en este momento ser apreciada como prueba por cuanto la casación no es medio extraordinario de impugnación de apertura probatoria, sino un enjuiciamiento lógico y jurídico de la sentencia impugnada, que no tolera la aducción de probanzas con la demanda o con posterioridad a su admisión. Tal documento, u otra

prueba fidedigna sobre la edad del aprehendido, debió ser allegado mucho antes, fuese por gestión oficial o por iniciativa de la defensa, en oportunidad que permitiese apreciar su autenticidad o, eventualmente, tacharlo o controvertirlo.

Consecuente con lo dicho, la Sala desestimará la demanda, casará oficiosamente la sentencia impugnada y declarará la nulidad de lo actuado por violación del debido proceso, a partir inclusive, del auto por medio del cual la Fiscalía Regional señaló fecha para la actuación conducente a la sentencia anticipada; dispondrá la libertad provisional del detenido Fernando Torres Rosas, previa constitución de caución prendaria por la suma indicada y suscripción de la correspondiente diligencia de compromiso, y ordenará que, por conducto del Tribunal Nacional, le sean remitidas las diligencias a la Unidad de Fiscalía Regional que corresponda, para que subsane la irregularidad advertida.

Decisión

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal, oído el concepto del Procurador Delegado,

Resuelve:

1°. DESESTIMAR la demanda de casación presentada por la defensora del procesado Fernando Torres Rosas.

2°. CASAR OFICIOSAMENTE la sentencia condenatoria objeto de impugnación.

3°. Decretar la NULIDAD del proceso a partir inclusive del auto de 3 de junio de 1994, por medio del cual la Fiscalía Regional de Santa Fe de Bogotá, Unidad Especializada de Terrorismo, señaló fecha para la realización de la diligencia previa a la sentencia anticipada, y remitir el expediente a la Unidad de Fiscalías que señale la Dirección Regional de Fiscalías de este distrito capital, para que se subsane la irregularidad advertida.

4°. Ordenar la LIBERTAD PROVISIONAL del detenido Fernando Torres Rosas, previa constitución de caución prendaria a favor de la Dirección Regional de Fiscalías de Santa Fe de Bogotá por la suma de doscientos mil pesos ($200.000.oo) y suscripción de la respectiva diligencia de compromiso.

Líbrese la correspondiente orden de libertad, que sólo se hará efectiva si no aparece requerido por otra autoridad.

Devuélvase el expediente a la Dirección Regional de Fiscalías de esta ciudad, por conducto del Tribunal Nacional.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria

PRESCRIPCION/ AUTO INTERLOCUTORIO

La declaración de la prescripción de la acción penal respecto de un determinado delito, es una decisión que no por haberse tomado en una sentencia de primera o segunda instancia deja de ser interlocutoria, naturaleza ésta que la hace impermeable al recurso extraordinario de casación, en cualquiera de sus modalidades.

Es frecuente, ha dicho la Corte, que por razones de economía procesal, se incluyan dentro de una misma providencia decisiones de carácter distinto, como ocurre cuando en un proveído interlocutorio se ordenan pruebas, o cuando en una sentencia de instancia se decretan nulidades parciales o se declara la extinción de la acción penal por un delito o respecto de uno de los procesados, sin que ello traduzca modificación de la naturaleza jurídica de la decisión de menor entidad, la cual continúa definiéndose por su contenido, conforme a la clasificación que de las providencias judiciales trae el artículo 179 del Código de Procedimiento Penal (Cas. agosto 31/95, Mag. Pte. Dr. Didimo Páez Velandia, entre otras).

Sobra decir que la providencia mediante la cual se declara la extinción de la acción penal por prescripción, es de naturaleza interlocutoria, ya sea que la decisión se adopte separadamente o en el cuerpo de una sentencia de instancia, carácter que surge no sólo de su definición normativa, sino de la calificación que de su naturaleza hace el artículo 36 ibidem.

Dicho carácter impide que en su contra pueda plantearse censura alguna en sede de casación, pues este recurso extraordinario solamente procede contra sentencias, específicamente contra sentencias de segunda instancia.

*Cuando se plantean errores de hecho por falsos juicios de existencia, la fundamentación de la censura no puede limitarse a la simple enumeración de los medios de prueba supuestamente omitidos o imaginados; es necesario, hacer una reevaluación probatoria con inclusión de la prueba preterm*itida *o exclusión de la prueba supuesta, según cada caso, para, con fundamento en ella, entrar a demos-*

trar que las conclusiones del fallo habrían sido distintas de no haberse incurrido en el error denunciado. No se olvide que los fallos de instancia están amparados por la doble presunción de acierto y legalidad, y que es al actor, a quien corresponde desvirtuarla.

Corte Suprema De Justicia. - *Sala De Casación Penal* - Santa Fe de Bogotá, D. C., tres de julio de mil novecientos noventa y seis.

Magistrado Ponente: Dr. *Fernando Arboleda Ripoll.*

Aprobado acta No.98

Proceso No.11186.

Se pronuncia la Sala sobre la admisibilidad formal de la demanda de casación presentada por la apoderada de la parte civil.

ANTECEDENTES

Mediante sentencia de 27 de abril de 1995, el Juzgado Octavo Penal del Circuito de esta ciudad, al dictar sentencia dentro de las causas acumuladas Nos. 14890 y 23.324, condenó a los procesados Manuel Antonio Chávez García y Carlos Alfonso Castro Moreno a la pena privativa de la libertad de 8 meses de prisión, como coautores responsables del delito de perturbación a la posesión de inmueble, y absolvió al primero de ellos de los cargos que le habían sido formulados por el delito de falsedad en documentos.

Al revisar este pronunciamiento por vía de apelación, el Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá, mediante el suyo de 19 de julio de 1995, que ahora es objeto de recurso extraordinario de casación, decretó la prescripción de la acción penal respecto del delito de perturbación a la posesión de inmueble, por el cual habían sido condenados Manuel Antonio Chávez García y Carlos Alfonso Castro Moreno, y confirmó la absolución por la falsedad en documentos (fls.121 ss. cd. Tribunal).

LA DEMANDA

En un primer cargo, la apoderada de la parte civil acusa la sentencia impugnada de violar directamente la ley sustancial, por indebida aplicación del artículo 80 del Código Penal y falta de aplicación del artículo 356 *ibidem*, al decretar el Tribunal la prescripción de la acción por delito de perturbación a la posesión de inmueble.

Sostiene la demandante que si bien es cierto la resolución de acusación quedó ejecutoriada el 26 de marzo de 1990, no lo es menos que la conducta típica se prolongó hasta el 5 de febrero de 1991, cuando el inmueble fue restituido por orden del Juzgado 24 Civil del Circuito de Santa Fe de Bogotá, y que es, por tanto, a partir de esta fecha, que debe contarse el término prescriptivo.

A continuación, en cargo separado, acusa la sentencia impugnada de violar indirectamente, por falta de aplicación, el artículo 224 del Código Penal, que tipifica la falsedad por supresión de documento privado, como consecuencia de errores de hecho derivados de falsos juicios de existencia en la apreciación de las pruebas.

Sostiene que el Tribunal, al reconocer que existía duda sobre la responsabilidad del procesado Manuel Antonio Chávez García en el punible de falsedad, y entrar a absolverlo, desconoció la existencia de las siguientes pruebas, suficientes para proferir un fallo de condena:

-El folio 7 del cuaderno original, en donde aparece como salario pactado la suma de $100.000.oo, documento que fue el allegado y que motivó la investigación.

-Las planillas de nómina salarial, visibles a folios 33, 34, 35 y 36 del cuaderno del Tribunal, y las obrantes a folios 32 y 34 del cuaderno original.

-La inspección judicial practicada por el Inspector 10A Distrital de Policía al Colegio Vocacional Paulo VI, en donde el apoderado del querellado exhibió el contrato de trabajo que hoy reposa a folios 7 del cuaderno original (fls.180 y 181).

Sostiene que el Tribunal, al dejar de apreciar la prueba en conjunto y sustentar una duda que ya había sido despejada en la resolución de acusación, violó por falta de aplicación el artículo 224 del Código Penal, ya que en el plenario se demostró suficientemente el actuar contrario al ordenamiento punitivo del procesado Manuel Antonio Chávez García, quien "buscaba legitimar su actuar en el Colegio Vocacional Paulo VI, y obtener un salario cuando ya no era rector nombrado por Rojas Rodríguez" (fls.182).

Pide, en consecuencia, que se case la sentencia recurrida y se dicte la que deba reemplazarla.

Se Considera

La declaración de la prescripción de la acción penal respecto de un determinado delito, es una decisión que no por haberse tomado en una sentencia de primera o segunda instancia deja de ser interlocutoria, naturaleza ésta que la hace impermeable al recurso extraordinario de casación, en cualquiera de sus modalidades.

Es frecuente, ha dicho la Corte, que por razones de economía procesal, se incluyan dentro de una misma providencia decisiones de carácter distinto, como ocurre cuando en un proveído interlocutorio se ordenan pruebas, o cuando en una sentencia de instancia se decretan nulidades parciales o se declara la extinción de la acción penal por un delito o respecto

de uno de los procesados, sin que ello traduzca modificación de la naturaleza jurídica de la decisión de menor entidad, la cual continúa definiéndose por su contenido, conforme a la clasificación que de las providencias judiciales trae el artículo 179 del Código de Procedimiento Penal (Cas. agosto 31/95, Mag. Pte. Dr. Didimo Páez Velandia, entre otras).

Sobra decir que la providencia mediante la cual se declara la extinción de la acción penal por prescripción, es de naturaleza interlocutoria, ya sea que la decisión se adopte separadamente o en el cuerpo de una sentencia de instancia, carácter que surge no sólo de su definición normativa, sino de la calificación que de su naturaleza hace el artículo 36 *ibidem*.

Dicho carácter, impide que en su contra pueda plantearse censura alguna en sede de casación, pues este recurso extraordinario solamente procede contra sentencias, específicamente contra sentencias de segunda instancia, y es evidente que la decisión cuestionada por la demandante, relativa a la declaratoria de la prescripción de la acción penal, no tiene esa significación.

La demanda, entonces, queda reducida al segundo cargo, que la actora hace consistir en violación indirecta de la ley sustancial, por falta de aplicación del artículo 224 del Código Penal, proveniente de errores de hecho por falsos juicios de existencia en la apreciación de las pruebas.

Esta censura, *ab initio*, se exhibe incompleta en su fundamentación, pues la recurrente, al desarrollarla, no entra a demostrar la incidencia del error en la parte dispositiva del fallo, limitándose, como se dejó visto, a relacionar los medios de prueba supuestamente pretermitidos por el fallador, sin ir más allá de su simple enumeración. Dicho de otra forma, la demanda no demuestra, ni procura hacerlo siquiera, de qué manera las omisiones denunciadas desvirtúan las conclusiones de los falladores de instancia.

La insular consideración de la demandante, en el sentido de que la duda declarada en el fallo impugnado ya había sido despejada en la resolución de acusación, ninguna relación guarda con la demostración del error denunciado, aparte de que desconoce que los presupuestos para dictar sentencia son sustancialmente distintos de los requeridos para proferir el pliego de cargos.

Cuando se plantean errores de hecho por falsos juicios de existencia, la fundamentación de la censura no puede limitarse a la simple enumeración de los medios de prueba supuestamente omitidos o imaginados; es necesario, hacer una recvaluación probatoria con inclusión de la prueba pretermitida o exclusión de la prueba supuesta, según cada caso, para, con fundamento en ella, entrar a demostrar que las conclusiones del fallo habrían sido distintas de no haberse incurrido en el error denunciado. No

se olvide que los fallos de instancia están amparados por la doble presunción de acierto y legalidad, y que es al actor a quien corresponde desvirtuarla.

Nada de ello hace la casacionista, quien, de esta manera, deja el cargo sin fundamentación, motivo de suyo suficiente para inadmitir la demanda, pues a la Corte, en virtud del principio de limitación que preside el recurso, no le es permitido llenar los vacíos del libelo con miras a una eventual revisión del proceso.

Por no cumplir, entonces, las exigencias mínimas requeridas por el artículo 225 del estatuto procesal para su aceptación, se impone rechazar *in limine* la demanda en estudio (art.226 *ibidem*).

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

RESUELVE:

INADMITIR la demanda de casación presentada por la apoderada de la parte civil en este asunto. Por tanto, se declara DESIERTO el recurso.

Notifíquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria

COLISION DE COMPETENCIA

Es a la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia a quien le corresponde resolver el conflicto de competencia suscitado entre el Fiscal 25 de los Tribunales Superiores de Santafé de Bogotá y Cundinamarca, y el Juez Séptimo Penal del Circuito de esta ciudad, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3°, del artículo 17 de la Ley 270 de 1996, por no estar atribuido su conocimiento a ninguna de las salas especializadas o a otra autoridad judicial.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 228 de 1995, cuando señala que «los jueces penales y promiscuos municipales del lugar donde se cometió el hecho, o en su defecto, los del municipio más cercano al mismo, conocerán en primera instancia «De las contravenciones especiales de que trata esta ley, de las demás previstas en la Ley 23 de 1991 y todas aquellas sancionadas con pena de arresto por la Ley 30 de 1986 y normas complementarias», está fijando un límite temporal para la competencia y respecto a la cualificación de los delitos transformados en contravenciones especiales por el mismo estatuto, que para el presente caso son los de hurto calificado y agravado en cuantía inferior a diez salarios mínimos legales mensuales.

Así, se tiene que esta clase de conductas cometidas con anterioridad al 22 de diciembre de 1995, cuando entró a regir la Ley 228 del mismo año, por mandato legal continúan siendo delitos y las ejecutadas a partir de esa fecha, contravenciones especiales, conociendo de los primeros las autoridades que venían haciéndolo, esto es, en primera instancia, los Fiscales Locales en la instrucción y acusación y los Jueces Penales Municipales en el juzgamiento, y de las segundas, exclusivamente, los Jueces Penales y Promiscuos Municipales, en primera instancia, con el procedimiento de la ley ordinaria y de la Ley 228, respectivamente, sin que esto signifique el no reconocimiento de la aplicación de normas favorables, de ser viable, en un caso concreto.

Corte Suprema de Justicia. - *Sala de Casación Penal.* Santafé de Bogotá.D.C., cuatro (4) de julio de mil novecientos noventa y seis (1996).

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos Augusto Gálvez Argote*

Aprobado Acta No. 18

Proceso: 11642

VISTOS

Se pronuncia la Corte sobre la colisión de competencia negativa que el Fiscal 25 Delegado ante los Tribunales de Santafé de Bogotá y Cundinamarca propusiera y que el Juzgado Séptimo Penal del Circuito aceptara negándose en consecuencia a conocer del presente asunto.

HECHOS

El 30 de julio de 1995 a eso de las tres de la mañana, una patrulla adscrita a la Estación Décimo Quinta de la Policía Metropolitana de la capital capturó a Carlos Felipe Rojas Garzón y Jairo Humberto Triana Salazar, al ser sindicados por el señor Juan de Dios Salinas Luna de haberlo despojado, minutos antes, de una chaqueta de cuero por un valor estimado de $90.000.oo, y de ocasionarle una herida abierta en la frente, al parecer, con un vidrio.

ANTECEDENTES

1. Siendo que el presente conflicto es consecuencia del sucesivo tránsito legislativo que en materia contravencional se ha suscitado durante los últimos tres lustros, el cual dicho sea en verdad ha generado la dificultad interpretativa entre los funcionarios colisionantes, resulta imprescindible y para lograr una mejor comprensión de la decisión a tomar, proceder a integrar los antecedentes procesales que de suyo demuestran la legislación frente a la cual se ha visto abocado el trámite en esta actuación, con las consideraciones conceptuales que la posibiliten.

2. En efecto, los hechos sucedieron el 30 de julio de 1995, habiéndose iniciado la investigación por el Fiscal 214 Local el 30 de julio del mismo año, cuando la acción descrita como hurto calificado y/o agravado estaba tipificada como delito por los artículos 350 y 351 del Código Penal, radicando la competencia para su instrucción en los Fiscales Locales y su juzgamiento en los Jueces Penales Municipales, siempre que la cuantía fuera inferior a 50 salarios mínimos (art. 73.1 C.P.P.) y a los Fiscales Seccionales y Jueces del Circuito aquellos cuya cuantía excediera de los referidos 50 salarios mínimos, pues la Ley 23 de 1991, en cuanto se refiere al hurto, únicamente les daba el carácter de contravenciones especiales al simple, al de uso y al entre condueños, cuya cuantía no excediera de 10 salarios mínimos mensuales legales, de conocimiento de los Inspectores Penales de Policía.

3. Con esta competencia, el Fiscal 83 Local, a quien le correspondió continuar con la investigación, vinculó al proceso a los sindicados profi-

riéndoles medida de aseguramiento el 4 de agosto de 1995, la cual al ser apelada subsidiariamente, fue concedida ante los Fiscales Delegados de los Tribunales Superiores de Santafé de Bogotá y Cundinamarca el 19 de septiembre del mismo año, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 125 del Código de Procedimiento Penal que expresamente les asigna a estos funcionarios la segunda instancia de las decisiones tomadas por aquéllos.

4. El 24 de agosto de 1995 el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1410, vigente hasta el siguiente 18 de octubre, fecha ésta en que la Corte Constitucional decidió la inexequibilidad del Decreto 1370 de 16 de agosto del mismo año, por medio del cual se declaró el estado de conmoción interior.

Esta transitoria disposición convirtió en contravenciones especiales el hurto agravado y calificado, cuya cuantía fuera inferior a 10 salarios mínimos legales mensuales, que hasta ese momento se encontraban tipificados como delitos, asignando el conocimiento de los cometidos a partir de su vigencia, en única instancia, a los Jueces Penales y Promiscuos Municipales, estableciendo expresamente en el parágrafo del artículo primero que, "De los hechos punibles cometidos con anterioridad a la entrada en vigencia de este Decreto, conocerán las autoridades competentes al momento de su realización", esto es, que la instrucción de los antes delitos y ahora contravenciones especiales, de hurto agravado y calificado, radicaba en las Fiscalías Locales.

5. Cuando el proceso ya se hallaba al despacho del Fiscal Delegado ante los Tribunales de Bogotá y Cundinamarca para decidir sobre el recurso de apelación interpuesto contra la resolución detentiva proferida por el Fiscal local, el 21 de diciembre de 1995 entró a regir la Ley 228, por virtud de la cual nuevamente -al igual que lo hiciera el Decreto 1410 de 1995-, convirtió en contravenciones especiales los delitos de hurto calificado y agravado, cuya cuantía no superare los diez salarios mínimos mensuales legales, atribuyendo en los artículos 16, en concordancia con el 72.2 del Código de Procedimiento Penal, la competencia para conocer en primera instancia de las que se "cometan a partir de su vigencia" a "los jueces penales y promiscuos municipales del lugar donde se realizó el hecho, o en su defecto, los del municipio más cercano al mismo", y en segunda, a los correspondientes Jueces Penales y Promiscuos del Circuito.

6. En estas condiciones, el Fiscal Delegado ante los referidos Tribunales, decidió declararse incompetente para desatar el objeto de la impugnación, por cuanto al interpretar el artículo 16 de la Ley 228, entendió que la expresión, "se cometan a partir de su vigencia", si bien en su criterio significaría que las conductas cometidas con anterioridad quedaron como delitos, por favorabilidad, debe colegirse que también son contravenciones y, por ende, de competencia de los Jueces Penales Municipales en

primera instancia y del Circuito en segunda. A su turno, el Juez colisionado discrepó de un tal criterio, afirmando la exégesis de dicha expresión para concluir que las conductas de hurto calificado y agravado cometidas con anterioridad a la Ley 228 continuaban siendo delitos y las ejecutadas con posterioridad contravenciones, bifurcándose en esta forma la competencia para el conocimiento de unas y otras.

CONSIDERACIONES

1. Es a la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia a quien le corresponde resolver el conflicto de competencia suscitado entre el Fiscal 25 de los Tribunales Superiores de Santafé de Bogotá y Cundinamarca, y el Juez Séptimo Penal del Circuito de esta ciudad, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3°, del artículo 17 de la Ley 270 de 1996, por no estar atribuido su conocimiento a ninguna de las salas especializadas o a otra autoridad judicial.

2. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 228 de 1995, cuando señala que "los jueces penales y promiscuos municipales del lugar donde se cometió el hecho, o en su defecto, los del municipio más cercano al mismo", conocerán en primera instancia "De las contravenciones especiales de que trata esta ley, de las demás previstas en la Ley 23 de 1991 y todas aquellas sancionadas con pena de arresto por la Ley 30 de 1986 y normas complementarias", está fijando un límite temporal para la competencia y respecto a la cualificación de los delitos transformados en contravenciones especiales por el mismo estatuto, que para el presente caso son los de hurto calificado y agravado en cuantía inferior a diez salarios mínimos legales mensuales.

3. Así, se tiene que esta clase de conductas cometidas con anterioridad al 22 de diciembre de 1995, cuando entró a regir la Ley 228 del mismo año, por mandato legal continúan siendo delitos y las ejecutadas a partir de esa fecha, contravenciones especiales, conociendo de los primeros las autoridades que venían haciéndolo, esto es, en primera instancia, los Fiscales Locales en la instrucción y acusación y los Jueces Penales Municipales en el juzgamiento, y de las segundas, exclusivamente, los Jueces Penales y Promiscuos Municipales, en primera instancia, con el procedimiento de la ley ordinaria y de la Ley 228, respectivamente, sin que esto signifique el no reconocimiento de la aplicación de normas favorables, de ser viable, en un caso concreto.

4. Esto por cuanto, respecto de las conductas cometidas en vigencia de la Ley 228, es el propio artículo 16 el que fija el juez competente y el procedimiento a seguir, y en relación con las anteriores que continúan siendo delitos, si bien el nuevo estatuto no consagró una disposición específica como sí lo hizo el Decreto 1410 de 1995 en el que se determinó que de "los hechos punibles cometidos con anterioridad a la entrada en vigencia de este decreto, conocerán las autoridades competentes al momento

de su realización", para la Corte no admite duda que al continuar siendo delitos los cometidos con anterioridad al 22 de diciembre de 1995, continúan rigiéndose por el Código Penal y de Procedimiento Penal.

5. En estas condiciones, y por mandato del artículo 125 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el artículo 19 de la Ley 81 de 1993, que establece las funciones de los fiscales delegados ante los Tribunales de distrito, le corresponde al Fiscal 25 Delegado ante los Tribunales Superiores de Santafé de Bogotá y Cundinamarca, conocer del recurso de apelación de que trata el presente asunto y que oportunamente fue concedido por el Fiscal Local, quien deberá tomar la decisión legal que considere pertinente.

Por lo expuesto, la *Corte Suprema De Justicia, Sala Plena*,

RESUELVE:

DIRIMIR la colisión de competencias planteada, en el sentido de atribuirle el conocimiento en segunda instancia de la investigación adelantada contra Carlos Felipe Rojas Luna y Jairo Humberto Triana Salazar, por el hecho punible de hurto calificado y agravado, a la Fiscal 25 Delegado ante los Tribunales de Santafé de Bogotá y Cundinamarca, ante la cual se remitirá el proceso.

Copia de esta decisión se enviará al Juez Séptimo Penal del Circuito de Santafé de Bogotá, para su información.

Cúmplase.

Carlos Augusto Gálvez Argote, José Roberto Herrera Vergara, Fernando Arboleda Ripoll, Nicolás Bechara Simancas, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Antonio Castillo Rugeles, Jorge Enrique Córdoba Poveda, Francisco Escobar Henríquez, Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Pedro Lafont Pianetta, Carlos Eduardo Mejía Escobar, Rafael Méndez Arango, Dídimo Páez Velandia, Jorge Iván Palacio Palacio, Nilson Elías Pinilla Pinilla, José Fernando Ramírez Gómez, Rafael Romero Sierra, Juan Manuel Torres Fresneda, Germán Gonzalo Valdés Sánchez, Ramón Zúñiga Valverde.

Blanca Trujillo de Sanjuán, Secretaria.

LA SECRETARIA GENERAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEJA CONSTANCIA:

Que los señores Magistrados doctores Jorge Antonio Castillo Rugeles, Dídimo Páez Velandia, José Fernando Ramírez Gómez, y Germán Gonzalo Valdés Sánchez, dejaron de asistir con excusa justificada a la sesión de Sala Plena celebrada el día 27 de junio de 1996, por lo tanto no suscriben la presente providencia.

Santafé de Bogotá, D.C., veintisiete(27) de junio de mil novecientos noventa y seis (1996).

Blanca Trujillo de Sanjuán, Secretaria.

CONFESION/ FLAGRANCIA/ DEMANDA DE CASACION

Conforme lo puntualiza el artículo 37 B del Código de Procedimiento Penal, modificado por la ley 81 de 1993 en su numeral 4o, el interés para recurrir, en tratándose del procesado o su defensor, está restringido al debate sobre la dosificación de la pena, el subrogado de la condena de ejecución condicional, la condena para el pago de perjuicios, y la extinción del dominio sobre los bienes.

Siendo ello así, y presentándose el Recurso de Casación únicamente en lo que tiene que ver con la pretensión de rebaja por confesión, la Sala considera que existe interés para recurrir y por ende presupuesto para decidir de fondo, ya que la rebaja a que se refiere el artículo 299 del Código de Procedimiento Penal, modificado por la Ley 81 de 1993, artículo 38, constituye un factor dosimétrico de la pena y no una circunstancia modificadora del hecho punible en sus aspectos básicos de tipicidad, antijuridicidad o culpabilidad. Y que al margen de la naturaleza de la punibilidad, o de su función interna en la teoría del delito, es evidente que el legislador incluyó de manera expresa los factores de simple medición de pena, dentro de aquellos que podían ser objeto de impugnación en los casos de sentencia anticipada y audiencia especial, bajo la consideración de que siendo ellos de resorte exclusivo de la Judicatura, mas no inherentes a la función de acusar propia de la Fiscalía, nada tenían que ver con los acuerdos o con el allanamiento a los cargos regulados en las figuras previstas por los artículos 37 A y 37 del Código de Procedimiento Penal respectivamente.

Se considera como estado de flagrancia, la identificación o individualización que se haga del delincuente por la circunstancia de que varias personas hayan podido presenciar la realización del hecho, que lo hayan sorprendido con objetos que determinen su participación, o que inmediatamente después de cometido el delito sea perseguido o cuando por voces de auxilio se pide su captura.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D. C., cinco (5) de julio de mil novecientos noventa y seis (1996).

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

Aprobado Acta No. 82 (30-05-96)

Proceso: 9574

VISTOS

El Juzgado Sexto Penal del Circuito de Manizales, dictó sentencia anticipada el veintisiete de enero de mil novecientos noventa y cuatro en la cual CONDENO en primera instancia a Jorge Angel Guizao Garcés a la pena principal de treinta (30) años y dos (2) meses de prisión y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, por periodo igual a la principal, como responsable del delito de HOMICIDIO AGRAVADO y PORTE ILEGAL de armas de fuego de defensa personal. Apelada la anterior determinación por el procesado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, en providencia de marzo nueve de mil novecientos noventa y cuatro, la modificó en cuanto fijó como pena principal la de veintiocho años y dos meses de prisión y como accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un periodo de diez años. En lo demás, la confirmó.

El defensor del procesado, interpuso contra la citada providencia, recurso de casación, y presentada la demanda oportunamente, esta Corporación la declaró ajustada a las formalidades legales.

Emitido el respectivo concepto del Procurador Segundo Delegado en lo Penal, se procede ahora a tomar la respectiva decisión de fondo.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

El día veintitrés de noviembre del año de 1993, a la altura de la calle 21 con carrera 25 de la ciudad de Manizales, le fueron propinados varios disparos de arma de fuego a la doctora Gloria Luz Duque Estrada en momentos en que conducía su vehículo y los cuales le causaron la muerte en forma casi inmediata.

Agentes de la Policía Nacional se dispusieron a seguir al agresor, dando así captura a Jorge Angel Guizao Garcés en un sitio cercano al barrio "El Nevado", a quien si bien no se le encontró el arma en su poder, ésta posteriormente fue hallada en un lugar aledaño al de la aprehensión.

La investigación fue iniciada por la Fiscalía Diecinueve de la Unidad Previa y Permanente de Manizales, la cual escuchó en indagatoria al sindicado.

Luego, el conocimiento del asunto pasó a la Fiscalía Once, adscrita a la Unidad Especializada de Fiscalías, despacho que al resolver la situación jurídica del indagado le profirió medida de aseguramiento de detención preventiva.

Practicadas algunas diligencias, el procesado Guizao Garcés Solicitó la realización de una sentencia anticipada conforme a los términos del

artículo 37 del Código de Procedimiento Penal, modificado por la Ley 81 de 1993. Una vez en firme la providencia que resolvió su situación jurídica, se llevó a cabo diligencia de audiencia previa a la sentencia anticipada, al cabo de la cual se dictó el fallo de primer grado, el que por vía de apelación encontró confirmación en el Tribunal con las modificaciones ya conocidas.

La Demanda de Casación

Un solo cargo plantea el censor contra la sentencia de segundo grado, al amparo de la causal primera por ser "Violatoria de una norma de Derecho Sustancial".

Manifiesta el recurrente que el cargo enunciado consiste en no habérsele dado aplicación al artículo 299 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el artículo 38 de la Ley 81 de 1993.

Para demostrarlo hace referencia al concepto de flagrancia y explica que en su formación concurren dos requisitos como son la actualidad y la identificación o individualización del autor.

En el caso de Jorge Angel Guizao Garcés, en ningún momento fue sorprendido cometiendo el homicidio y ningún declarante hace referencia a situaciones concomitantes con la verificación de los disparos que ocasionaron la muerte de la doctora Duque Estrada; que los únicos que se refieren a circunstancias relacionadas con los hechos son Augusto Noreña Toro y José Acsair Toro Gómez quienes relatan particularidades subsiguientes a los disparos.

Según el libelista, conforme al contenido de sus declaraciones, no encontraron a nadie cometiendo el delito y por lo tanto no pueden servir de sustento para afirmar que el procesado fue sorprendido en situación de flagrancia; y si esto es así, tampoco puede predicarse respecto de los policiales que actuaron en el operativo, por cuanto no estuvieron en el lugar de los hechos en momentos en que ocurrieron.

La afirmación de Augusto Noreña Toro relativa a que "vió a alguien corriendo se metió por acá en la cintura algo y siguió corriendo" no sirve, a juicio del libelista, para crear estado de cuasiflagrancia ya que para que concurra la formación del concepto de flagrancia es necesario la identificación o individualización y según este declarante lo vió desde un tercer piso, y dijo que "*no lo logré ver bien*", por lo tanto no lo individualizó con certeza.

Respecto a la declaración de José Acsair Toro que dice que "después de escuchar los disparos ví cuando un individuo de más o menos treinta años, de bigote, de pelo lacio y negro, trigueño, mas bien bajo, contextura un poco gruesa guardaba en su cintura un arma niquelada", no permite deducir, a juicio del demandante, en cuanto al delito de homicidio, una

situación de cuasiflagrancia que implique que la confesión hecha por su representado no sea de aquellas de las que trata el artículo 299 del C. de P.P., que dan lugar a una rebaja por confesión.

Explica que la cuasiflagrancia no se presenta simplemente cuando una persona es sorprendida con objetos o instrumentos, sino cuando se deduzca fundadamente que momentos antes había cometido un delito. Oír unos disparos y ver con posterioridad a ellos que se guardaba en la cintura un arma niquelada, no sirve como fundamento para decir que una persona acaba de cometer un delito, y menos cuando el mismo Toro Gómez afirma que a quien vió guardar el arma en su cintura "iba tranquilo, despacio, sin mirar a nadie": tampoco se puede afirmar que los agentes del orden que intervinieron en la aprehensión de su representado, sabían que había sido sorprendido en situación de flagrancia.

Agrega que el hecho de presenciar circunstancias relacionadas con la comisión de un delito, sin comunicarlas a la autoridad, le resulta irrelevante en lo relacionado con la flagrancia. Entonces, si el declarante no participó en la captura del individuo, ni dió información con miras a verificarse la misma, su papel se convirtió en el de simple testigo.

Más adelante hace referencia a los argumentos en que el fallo de segundo grado se sustentó para negar la rebaja de pena por confesión, a lo que agrega que la negativa a aplicar el citado artículo, contiene el carácter de violación indirecta y fue el resultado de un error de hecho por parte del Tribunal, al distorsionar el sentido de la prueba existente en el proceso, ya que á la misma se le hizo producir efectos que no se derivan de su contenido.

Al haberse fundamentado el Tribunal en argumentos como "el capturado responde a las características dadas por quienes lo vieron ejecutar el crimen" y "cometió el hecho en situación de flagrancia, pues, se reitera, fue visto por varias personas en la comisión del hecho", tergiversó la prueba obrante en el proceso, para con ello negar la aplicación del citado artículo.

También indica, que de ser cierto el señalamiento que se hace en la sentencia relativo a que "en ningún momento existió duda de que se acababa de ejecutar el crimen", jamás se justificaría que al Sr. Noreña Toro lo hubieran amedrantado, presionado y acosado en la Sijin para la verificación del reconocimiento fotográfico y del procesado.

Para el libelista, ni el informe de la policía ni ninguna otra pieza afirman que Guizao Garcés fue determinado en cuanto a su identidad, por cuanto su aprehensión se fundó sólo en el porte del arma y en la confesión del implicado; por lo tanto, la certeza sobre su identidad se adquirió con su confesión la cual fue factor determinante para verificar lo sucedido y por ello no existe razón para negarle a su representado la rebaja de pena, al no poderse predicar la flagrancia del delito.

Solicita entonces se case el fallo impugnado y en su lugar se dicte el que ha de reemplazarlo, en el que se tase la pena relativa al homicidio con aplicación de la rebaja de que trata el artículo 299 del estatuto procesal penal.

CONCEPTO DE LA PROCURADURÍA SEGUNDA DELEGADA EN LO PENAL

Inicia esa representación del Ministerio Público afirmando que la demanda que se revisa carece de técnica y razón en el fundamento de la censura.

Es así como faltando a una metodología armónica del reproche, formula el libelista la violación de una norma de derecho sustancial por falta de aplicación del artículo 299 del C. de P.P., para realizar un discurso propio de un alegato de instancia; luego, termina concretando que la infracción denunciada tiene el carácter de indirecta a causa del error de hecho en que se dice incurrió el *ad quem*, por tergiversación de la prueba, pero sin que con la fundamentación hecha logre demostrar el yerro fáctico alegado.

Después de referirse a lo que ha dicho la Corte sobre el error por falso juicio de identidad, manifiesta que para su reconocimiento es necesario que el vicio aparezca manifiesto de la simple confrontación del contenido de la prueba y lo plasmado sobre la misma en la sentencia.

Como quiera que el demandante se refiere a los testimonios de Augusto Noreña Toro y José Acsair Toro Gómez, desconoce que el sentenciador para negar la rebaja de la pena no se basó en la situación de sorprendimiento en flagrancia del procesado, sino en circunstancias relativas al tema de la cuasiflagrancia, y sin que de todas formas concrete el recurrente en qué consistió la tergiversación de la prueba alegada.

Expresa más adelante el Ministerio Público, que las razones expuestas por el demandante encaminadas a demostrar por qué se produjo su captura, no sirven para demostrar el falso juicio de identidad enunciado; en este evento, se aparta de la realidad fáctica del proceso, al no resultar cierto que Guizao Garcés se hubiese capturado porque los agentes del orden lo vieran portando un arma ya que en su huida la había hecho desaparecer y sólo fue encontrada por información del mismo capturado.

En cuanto al presunto falsamiento de los testimonios de Cristian Augusto Noreña Toro y José Acsair Toro Gómez, no le asiste razón al fundamento del libelista, pues el simple cotejo entre lo afirmado por el fallador y el texto reproducido de tales declaraciones refleja el contenido fáctico de medios de prueba, sin que sea dable predicar su distorsionamiento y antes bien se desvirtúa el fundamento de la acusación.

En consecuencia sugiere no casar la sentencia impugnada.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Como en el evento que nos ocupa el fundamento de la censura lo constituye la falta de aplicación del artículo 299 del Código de Procedimiento Penal que trata de la reducción de la pena en caso de confesión, es de considerar de manera previa, si existe interés al recurrente para interponer el recurso.

2. Ante todo se debe recordar que conforme lo puntualiza el artículo 37 B del Código de Procedimiento Penal, modificado por la Ley 81 de 1993 en su numeral 4o, el interés para recurrir, en tratándose del procesado o su defensor, está restringido al debate sobre la dosificación de la pena, el subrogado de la condena de ejecución condicional, la condena para el pago de perjuicios, y la extinción del dominio sobre los bienes.

3. Siendo ello así, y presentándose el recurso de Casación únicamente en lo que tiene que ver con la pretensión de rebaja por confesión, la Sala considera que existe interés para recurrir y por ende presupuesto para decidir de fondo, ya que la rebaja a que se refiere el artículo 299 del Código de Procedimiento Penal, modificado por la Ley 81 de 1993, artículo 38, constituye un factor dosimétrico de la pena y no una circunstancia modificadora del hecho punible en sus aspectos básicos de tipicidad, antijuridicidad o culpabilidad. Y que al margen de la naturaleza de la punibilidad, o de su función interna en la teoría del delito, es evidente que el legislador incluyó de manera expresa los factores de simple medición de pena, dentro de aquellos que podían ser objeto de impugnación en los casos de sentencia anticipada y audiencia especial, bajo la consideración de que siendo ellos de resorte exclusivo de la Judicatura, más no inherentes a la función de acusar propia de la Fiscalía, nada tenían que ver con los acuerdos o con el allanamiento a los cargos regulados en las figuras previstas por los artículos 37 A y 37 del Código de Procedimiento Penal respectivamente.

4. En lo que tiene que ver con la censura, la Fiscalía Delegada precisó en la diligencia de formulación de cargos, luego de reseñar los hechos, la captura y la actitud subsiguiente del imputado:

"La muerte de la doctora Gloria Luz Duque se encuentra plenamente demostrada con los documentos legales que obran a folios 27, 87 y 94 del expediente, como autor material de dicho ilícito siempre ha sido señalado Jorge Angel Guizao Garcés, quien como se ha dicho confesó ampliamente su participación en el delito, esto corroborado con la declaración de los agentes...".

Asimismo, dedujo con precisión fáctica y jurídica las circunstancias agravantes que concurrían en el caso, los tipos penales infringidos de manera concursal y las disposiciones legales donde se encontraban recogidos unos y otras, además de la prueba en que hallaba acreditadas las

bases de su decisión de formular cargos. Previo a ello esperó la ejecutoria de la providencia que resolvió situación jurídica al procesado y convocó a la Defensora del implicado, quien asistió al acto.

5. Remitido el proceso al Juzgado del Circuito, se produjo el fallo de primera instancia en que se dijo, en el capítulo relativo a la tasación de la pena, que no se reconocería beneficio de rebaja por confesión al condenado "porque el señor Guizao Garcés fue capturado en flagrancia por las unidades de la Policía Nacional minutos después de haber cometido su crimen y la norma citada es clara cuando dice 'fuera de los casos de flagrancia' ".

Como la apelación versaba sobre pretensiones de reconocimiento de beneficios por colaboración eficaz con la justicia y de rebaja por confesión libre "no desvirtuada por otras pruebas", el Tribunal Superior al desatar la alzada y luego de referirse en extensión a los hechos y a las pruebas concluyó que no procedían tales rebajas y, en torno a la confesión, luego de precisar el alcance que la jurisprudencia de esta Sala ha dado al concepto de flagrancia concluyó así:

"En tales condiciones, esta Sala de Decisión tiene que llegar a la inevitable conclusión de que el encartado de autos (Jorge Angel Guizao Garcés), cometió el hecho en situación de flagrancia, pues, se reitera, fue visto por varias personas en la comisión del hecho, también fue perseguido minutos después de consumado el homicidio y capturado, y por los datos suministrados por el acusado, poco tiempo después fue encontrada el arma homicida, que había sido arrojada por él implicado, en su fallida escapada de los agentes perseguidores".

"Se debe concluir, entonces, que la confesión hecha por el encartado, fue producto de la evidencia que pesaba en su contra, y no de presunto arrepentimiento, ya que fue acorralado por diferentes unidades policivas cuando pretendía eludirlas".

6. Considera el censor, como ya se dijo, que la sentencia de segundo grado es violatoria de una norma de derecho sustancial, que consiste en no habérsele dado aplicación al artículo citado, modificado por el artículo 38 de la Ley 81 de 1993.

Para demostrarlo, el libelista realiza una serie de consideraciones probatorias y hace referencia a algunos apartes del fallo impugnado, luego de lo cual concluye que la negativa a la rebaja de la pena por confesión contiene acá el carácter de violación indirecta, resultado de un error de hecho por parte del Tribunal, al distorsionar la prueba existente en el proceso, ya que a la misma se le hizo producir efectos que no se derivan de su contenido. No discute el actor el entendimiento o alcance que a la norma le dió el sentenciador, sino la manera como dedujo que la prueba obrante en el proceso revelaba una situación de flagrancia que se consideró demostrada por error de hecho en su apreciación.

Este error de hecho lo hace recaer, concretamente, en las declaraciones vertidas por los testigos Augusto Noreña Toro y José Acsair Toro Gómez, porque según él, de su contenido no se desprende que hayan encontrado a nadie cometiendo un delito y por lo tanto no sirven para predicar que el procesado fue sorprendido en situación de flagrancia, porque, a su modo de ver, estos sólo relatan circunstancias subsiguientes a los disparos, y en ellos tampoco se puede sustentar la cuasiflagrancia sino a lo sumo una situación de sospecha, "un juicio ligero".

Es cierto que el concepto de flagrancia, comprende dos situaciones a saber: la actualidad relativa al momento de la realización del hecho o inmediatamente después, y la identificación o por lo menos la individualización del autor.

El Tribunal Superior de Manizales, al referirse a los citados testigos dijo:

"Cristian Augusto Noreña Toro (fl. 66), afirma que escuchó los disparos. Vió a un individuo corriendo, de quien da su descripción física y agrega que éste vestía de blue-jeans azul oscuro y camisa blanca, datos que proporcionó a los agentes que emprendieron la persecución del agresor." (fl. 142 C.Tribunal).

"El señor José A.Toro, dice haber escuchado los disparos que acabaron con la vida de la Dra. Gloria Luz Duque, y observó al agresor a unos diez metros de distancia, dando su descripción física, pues que se trata de un individuo de unos treinta a treinta y cinco años de edad, de bigote, pelo lacio y negro, trigueño, mas bien bajo, observó cuando guardaba el arma homicida y se alejaba del lugar. Cree poder estar en capacidad de reconocerlo..." (fl. 142 C. Tribunal).

Conforme a los elementos de juicio obrantes en el plenario, además de los que se acaban de destacar, el Tribunal sostuvo:

"En el evento *sub examine*, se tiene que el agresor fue visto por varias personas luego de haber disparado contra su víctima, con el arma en la mano o tratando de guardarla, hasta el punto de describir sus rasgos fisonómicos, la forma como vestía y el lugar por donde huyó, una vez cometido el crimen. Con los datos obtenidos, como ya se dijo, los agentes del orden, en considerable número, emprendieron la persecución del encartado, por diferentes áreas (operación envolvente). Los policiales, siempre guiados por algunas personas que les señalaban el lugar por donde se dirigía el presunto criminal, lograron darle alcance. Al intimarle rendición y ya en poder de los agentes, al ser interrogado sobre la autoría del crimen que se acababa de realizar, procedió a confesarles. Como no le encontraron el arma con la cual también le había disparado a ellos (los agentes) y frente a la pregunta de dónde la tenía, el capturado que no es otro que Jorge Angel Gulzao Garcés les dijo que la había dejado cerca, precisamen-

te por el lugar donde pretendió escapar y, efectivamente, poco tiempo después el arma fue encontrada por los agentes. Es de anotar que el capturado responde a las características dadas por quienes lo vieron ejecutar el crimen, e igualmente las ropas que vestía en ese momento. De tal suerte que en ningún momento existió la menor duda de que se trataba de la misma persona que acababa de ejecutar el crimen. Todo lo anterior, corroborado por la versión suministrada por el incriminado al aceptar la autoría del hecho delictuoso" (fols. 151 y 152 Cuaderno del Tribunal).

La sentencia que ataca el libelista tuvo como fundamento probatorio para estimar el estado de flagrancia en cabeza de Jorge Angel Guizao Garcés, no sólo las declaraciones vertidas por los señores Cristian Augusto Noreña Toro y José Aesair Toro Gómez, sino la del agente José Reinerio Villegas, quien informó sobre la forma como se llevó a cabo la captura del implicado a quien le preguntó por el arma utilizada y éste le respondió que se le había caído por una peña.

También se tuvieron en cuenta las versiones de los agentes William González y José David Betancourt quienes dan cuenta de la persecución y captura de Jorge Angel Guizao conforme las señas que les daba la gente acerca de la ruta seguida por éste, la ropa que vestía y demás características.

Así mismo la manifestación del agente José Wilmer Murillo Arias, quien hace referencia a su participación en la búsqueda y posterior captura del procesado al que encontró escondido y el cual le indicó que el arma la había dejado en un matorral.

En igual sentido declaró el agente Martín Gutiérrez Toro, quien puso de manifiesto que una vez tuvieron conocimiento del hecho procedieron a la búsqueda y captura del delincuente conforme a la información que habían obtenido acerca de sus características y la forma como vestía; que aún cuando en el momento de la aprehensión no le fue incautada el arma, esta se encontró con posterioridad.

Entendiendo entonces que se considera como estado de flagrancia, la identificación o individualización que se haga del delincuente por la circunstancia de que varias personas hayan podido presenciar la realización del hecho, que lo hayan sorprendido con objetos que determinen su participación, o que inmediatamente después de cometido el delito sea perseguido o cuando por voces de auxilio se pide su captura, no queda duda alguna que conforme a los elementos de juicio obrantes en autos el aquí sentenciado fue capturado en tal situación, lo que de entrada excluye la aplicación de la rebaja en comento.

Es que la situación de flagrancia se dedujo fundamentalmente del operativo envolvente al que se refiere el *ad quem* de manera constante, actividad policiva que se desarrolló en un lapso de pocos minutos ya que parte

de los uniformados se encontraban apenas a dos cuadras del lugar donde sucedió el homicidio, razón por la cual la reacción oficial fue inmediata y fue por ello que distintas personas (no necesaria, ni exclusivamente los deponentes Toro y Noreña Toro) en actitud acumulada y sucesiva fueron señalando al extraño que huía hasta facilitarse su captura.

Precisamente los propios agentes narraron este proceder y fueron dichos medios de prueba (sus testimonios) los que sirvieron para demostrar la flagrancia así no se hubieran constituido en atestaciones directas sobre el hecho del homicidio sino sobre la persecución que lo subsiguió.

Por tanto, infructuoso resulta para los fines pretendidos por el libelista, acudir a fragmentos de los testimonios cuya tergiversación no demuestra conforme a la técnica que se exige en esta sede extraordinaria, sino que hace de ellos una interpretación subjetiva de su contenido, resultando así incierto el yerro impetrado.

La falta de razón del demandante, es motivo para que la Corte desestime la censura.

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

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia recurrida a nombre del procesado Jorge Angel Guzao Garcés, de fecha, origen y naturaleza conocidos a través de esta providencia.

Cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

ESTATUTO ANTICORRUPCION/ ANONIMO

El Estatuto Anticorrupción, Ley 190 de 1995, estableció en su artículo 38 la aplicabilidad 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 reúna tales características o a ella no se agreguen los medios probatorios que aporten información suficientemente seria como para iniciar una investigación de oficio.

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

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

Aprobado Acta No.95 (25-06-96)

Proceso: 11647

VISTOS

Decide la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia lo que en derecho corresponda respecto del escrito remitido a la Secretaría de la Sala a través del despacho del Fiscal General de la Nación.

ANTECEDENTES

Mediante escrito dirigido al Fiscal General de la Nación, personas sin ninguna identificación le solicitan a ese funcionario que se investigue al Representante a la Cámara Juiro Romero, al Senador de la República Hugo Castro Borja, al Gobernador del Valle, al Alcalde Municipal de Cali y al Concejal de esa ciudad Armando Mosquera.

Por razón del fuero de los dos funcionarios primeramente nombrados, la Secretaría Privada del Fiscal General de la Nación remitió las diligencias a esta Corporación para que se investigara a los dos Congresistas.

El escrito enviado a la Sala no tiene ninguna firma que lo respalde y apenas presenta unos garabatos, absolutamente ilegibles, de los que resulta imposible concluir la identidad de quien así suscribe.

La denuncia, por darle alguna denominación, se limita, en lo que tiene que ver con el Representante Jairo Romero, a expresar que le parece conveniente que se le investigue "por sus públicos vínculos con el señor Julián Murcillo".

Consideraciones de la Corte

El Estatuto Anticorrupción, Ley 190 de 1995, estableció en su artículo 38 la aplicabilidad 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 reúna tales características o a ella no se agreguen los medios probatorios que aporten información suficientemente seria 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 o personas que envían el escrito del que hoy se ocupa la Corte, se limita, en lo que tiene que ver con el Representante Romero, a preguntarse el porqué no se le investiga, si se saben sus vínculos con Julián Murcillo, como si la amistad, cercana o lejana, con una persona determinada, fuera un hecho ilegal o por lo menos información suficiente de alguna conducta al margen de la ley, contenido del que salta, de bulto su falta de concreción respecto de algún hecho punible.

Así las cosas, resulta evidente que la Rama Judicial del Estado no puede acometer el costo de una investigación sin elementos de juicio necesarios como para señalar los derroteros mínimos de ella, por lo que tal como lo señalan los artículos 38 del Estatuto Anti Corrupción y 27-1° de la Ley 24 de 1992, se inadmitirá la denuncia formulada en contra del Representante a la Cámara Jairo Romero.

Ahora bien, como en el escrito igualmente se cita al Senador Hugo Castro Borja, y a este mismo Despacho se le han repartido diligencias (radicación No. 11.848) que hacen mención a la misma situación que allí

se refiere, presunta relación con el llamado "cartel de Cali", también se inadmitirá la denuncia anónima respecto del Senador *Hugo Castro Borja*, ya que no tiene objeto ordenar la expedición de copias, pues la naturaleza de ella y su vaguedad tornan imposible su utilización como fundamento para iniciar alguna investigación o para apoyar las que puedan iniciarse.

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 Jairo Romero y el Senador Hugo Castro Borja.

2°.-En firme esta decisión, archívese el expediente.

Notifíquese y Cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DIVULGACION Y EMPLEO DE DOCUMENTOS RESERVADOS

El artículo 289 del C.P. es, en efecto, una de las llamadas normas penales en blanco, que por tal motivo, para que surtan el efecto buscado por el legislador deben complementarse con elementos normativos ajenos provenientes del mismo ordenamiento penal o de otro jurídico para precisar o actualizar la conducta a punir; de lo contrario el encuadramiento típico resulta imposible, pues contienen un vacío conceptual de imperativa provisión.

Al acudir el Tribunal al Estatuto propio del ejercicio profesional de la medicina para completar la naturaleza del documento "historia clínica reservada", simplemente llenó el vacío de la definición conductual del artículo 289 del C.P. para lograr la correcta adecuación típica. No sobrepasó la posibilidad que le confería la correcta interpretación de la ley porque el Estatuto extrapenal es una normatividad jurídica especializada y perfectamente atendible, que no por ser del orden disciplinario podía soslayarse arbitrariamente.

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

Magistrado Ponente:Dr. *Didimo Páez Velandia*

Aprobado Acta No.103

Proceso: 9459

Conoce la Corte del recurso de casación incoado contra la sentencia dictada el 24 de septiembre de 1993 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, en la cual, por revocación de la de primera instancia, se condenó al médico Oscar Castaño Valencia a la pena principal de seis meses de arresto y a la accesoria correspondiente, como autor responsable del delito de *divulgación y empleo de documentos reservados.*

Por tratarse de hecho punible sancionado con pena inferior a la que autoriza el recurso tradicional de casación, la impugnación fue interpuesta por la defensa con fundamento legal en el tercer inciso del artículo 218 del C. de P.P. y concedida por la Corte en auto del 3 de febrero de 1994 (ed.5).

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

En rueda de prensa convocada el 26 *de julio de 1989* por los directivos del Instituto de Seguros Sociales seccional Manizales, el entonces Director de esta entidad, el médico Oscar Castaño Valencia, con el pregonado propósito de explicar el procedimiento realizado para la selección de médicos aspirantes a laborar allí uno de los cuales había sido el doctor Jaime Alberto Miranda Arroyo, que al no ser aceptado expresó su inconformidad, dio a conocer detalles de su historia clínica como paciente psiquiátrico, que reposaba en su hoja de vida, con lo cual, según el denunciante que lo fue el mismo afectado, se le ocasionaron serios perjuicios de diversa clase, siendo tal la razón para que denunciase al primero por los delitos de *divulgación de documentos reservados e injuria*.

Adelantadas diligencias preliminares el entonces Juzgado 13 de I.C. de la mencionada ciudad inició investigación penal (fl.260 cd.ppl.1) y vinculó mediante indagatoria al sindicado. Una vez perfeccionado el sumario, el Juzgado 23 de la misma especialidad lo comprometió en juicio sofamente por el primero de los delitos por los que fue denunciado, *en resolución acusatoria del 30 de abril de 1992*, mientras que por el de injuria ordenó la cesación de procedimiento (fls. 513-546 Cd.ppl.2).

Por el mismo hecho punible fue absuelto en sentencia de primera instancia emanada del Juzgado 1° Penal del Circuito de Manizales (fl.783-803 cd.ppl.2), pero apelada que fue esta decisión por la parte civil, el Tribunal Superior del Distrito la revocó y lo condenó a la pena referida (fls.820 838 cd.ppl.2), en la sentencia que ha sido recurrida extraordinariamente por la defensa.

LA DEMANDA

Dos cargos con fundamento legal en la causal 1a. y uno en la causal 3a., ambas del artículo 220 del C. de P.P. formula el censor al fallo de la segunda instancia:

Cargo Primero.-

Es violatorio, de manera directa, de la ley sustancial en la forma de *interpretación errónea* del numeral 4° del artículo 40 del C.P., error de tipo, porque le atribuye un sentido que contraría, según precisa, "...su misma esencia y finalidad, haciéndole... virtualmente inaplicable".

Previa transcripción de un fragmento de la sentencia y referencia a la doctrina nacional respecto de los elementos normativos del tipo penal afirma que el fallo acusado omite importante parte de la tesis de conocido tratadista nacional, en la que se basa, sobre el error de tipo como excepción al principio del conocimiento de la ley, *el casacionista* se da a la tarea de distinguir esa intelección del artículo 289 del C.P. por el *ad quem*, pues dice, excluye "los casos en que el tipo contiene elementos normativos es-

pecializados en los que, cualitativamente, debe agregarse un juicio valorativo particular respecto de esos elementos", lo que implica que no pueden ser fácilmente percibidos por los sentidos; como erradamente lo afirma el Tribunal.

Ratificando su criterio, afirma que el Tribunal excluyó, en su interpretación, "los elementos normativos especializados que requieren en el agente un juicio valorativo particular...".

Ocupándose de la citada disposición legal, explica que contiene "una serie de elementos normativos especializados, de carácter extrapenal constituidos por unas "categorías jurídicas extrapenales que no pueden percibirse con una simple comprobación sensorial" y, que es una norma penal en blanco "en cuanto la clasificación de 'reservados' se hace para los documentos en otras disposiciones, civiles, ..." y que esa clasificación tampoco puede establecerse por "una simple comprobación sensorial". Puntualiza que ese elemento normativo es "la condición reservada del documento" divulgado.

Concretándose al caso en estudio afirma que "los documentos divulgados por el acusado...provenían de una historia clínica siquiátrica del querellante, pero estaban incorporados al archivo administrativo de la Jefatura de Salud del ISS, despacho del doctor Castaño Valencia en esa época, lo que les hacía en principio problema, no tan común y corriente como ser captado por una simple comprobación sensorial".

Tras aseverar el acierto sobre el tema en consideración, de la sentencia de primer grado y reiterar su ya conocido criterio, afirma que el error del Tribunal determinó la condenación de su cliente; si no hubiera incurrido en él, lo habría absuelto al concluir que "obró con la convicción errada e invencible de que el contenido del archivo administrativo de la Jefatura de Salud del ISS a su cargo, era de libre conocimiento o libre acceso, incluido el extracto de la historia clínica siquiátrica de Jaime Miranda Arroyo, incorporada a ese archivo tiempo atrás, sin su intervención personal, incluso sin su conocimiento". Si el Tribunal hubiera interpretado correctamente la norma tipificadora, habría entendido que no podía darse por integrada "en la esfera del dolo" por contener elementos "sobre los cuales debe preceder un juicio valorativo de carácter jurídico extrapenal y especializado", por lo cual justamente el acusado se procuró previamente a la divulgación de los documentos el concepto de los asesores jurídicos del ISS sobre el carácter no reservado de los mismos, basado en la Ley 23 de 1981, artículo 34, lo que confirma que actuó "con el convencimiento errado e invencible de que su comportamiento no infringía la ley penal, ni irrogaba agravio a ningún bien jurídico tutelado...", de ahí que asumiera la responsabilidad de lo que hacía, que siempre consideró ajustado a derecho". Volviendo finalmente a otro aparte de la sentencia en el que dice radica el yerro interpretativo, solicita que se case y sustitutivamente se absuelva al procesado.

Cargo Segundo.-

Primero Subsidiario.- La sentencia es violatoria en forma indirecta de la ley sustancial por error de hecho manifiesto en la apreciación de determinadas pruebas.

Tras advertir: *a*... "Que el núcleo probatorio del error sobre el tipo" invocado como causal de inculpabilidad no aceptada en la sentencia lo constituye la constancia firmada por los abogados al servicio del I.S.S. Carlos Arturo Yela y Gregorio Fidel León de fecha 21 de julio de 1986, cinco días antes de la rueda de prensa en el sentido de que el concepto sobre la salud mental del médico Jaime Miranda Arroyo obrante en "un archivo general" de la oficina del Jefe de División de Salud era un documento público accesible a "cualquier persona", precisamente por hallarse en ese archivo y no en su historia clínica, sin que ello implicara violación de la reserva establecida en el artículo 34 de la Ley 23 de 1981;

b. Que ese documento fue aducido legalmente como prueba por el acusado siendo reconocido por sus signatarios;

c. Que la parte civil jamás lo tachó de falso ni aportó prueba que controvirtiera a sus firmantes; y,

d. Que dicha prueba debió ser analizada por el Tribunal como lo ordena el artículo 254 del C.P.P.: afirma el censor que el Tribunal distorsionó, por "un falso juicio de identidad" la tantas veces mencionada prueba documental al analizarla en forma tal que en "un decurso degradante y sucesivo", virtualmente la hizo desaparecer del proceso con desconocimiento de las reglas de la sana crítica.

Explicando los asertos precedentes el profesional dedica su discurso seguidamente a controvertir la premisa probatoria del Tribunal de que el archivo administrativo en donde reposaba la historia clínica del doctor Miranda no fue examinada por los abogados del I.S.S. previamente a la emisión de su concepto del 21 de julio porque ellos opinaron ante una "consulta verbal" del procesado sobre si podía divulgar la historia "administrativa" del doctor Miranda.

Concluye entonces que la inferencia del Tribunal es "una suposición..., una valoración irrazonada de la prueba" que aceptó "El pensamiento" de la parte civil, de que el documento "...es espurio". Por lo tanto, al aceptar el Tribunal que el procesado carecía del concepto de los abogados al momento de divulgar la historia clínica en cuestión y desechar el error de tipo que se propuso por la defensa, lanzó la afirmación "contra la fuerza misma de la prueba legalmente aportada...en una franca suposición, un falseamiento de la realidad...".

Pero además el Tribunal no apreció en conjunto la prueba, pues disgregó de un grupo de pruebas, la documental prealudida, separándola "de su contexto histórico" e incurriendo en falso juicio de identidad, "pues su valoración no coincide con la naturaleza de la prueba". Las pruebas de las

cuales se separó erradamente para su valoración el documento fueron la inspección a la Secretaría de Salud del I.S.S. y los testimonios de los abogados Carlos Arturo Yela, Gregorio Fidel León y Blanca Inés Benítez, las cuales demostraban la "real existencia en la División de Salud, que fuera despacho del procesado para la época de los hechos", del archivo llamado "Doctor...Miranda...*Expediente Historia Administrativa*"; y la existencia en ese archivo del "resumen de la historia clínica del Doctor...Miranda..., durante su permanencia en clínica neurosiquiátrica del Valle Ltda.".

Igualmente los testimonios de los abogados establecían que el concepto para la divulgación de los documentos firmados por los abogados fue obtenido antes de la rueda de prensa. En apoyo de este dicho transcribe apartes de los testimonios de los abogados referidos.

Reiterando la censura sostiene que el Tribunal afirmó "el ánimo criminal del procesado y no su error sobre el tipo como circunstancia de inculpabilidad", gracias al yerro probatorio denunciado.

Después de explicar la relación causal entre la errada apreciación de que habla y el fallo de condena, volviendo a los planteamientos anteriores solicita que la Corte case la sentencia y sustitutivamente absuelva al procesado "reconociendo su inculpabilidad al tenor del ordinal 4° del artículo 40 del C.P.".

Cargo Tercero.-

Segundo Subsidiario.- La sentencia se dictó en juicio viciado de nulidad por vulneración al debido proceso.

Varios fueron los principios reguladores de esa garantía que se transgredieron en el proceso y de lo cual resultó la referida nulidad: el principio de igualdad -artículo 20 del C.P.P.-; Los principios de legalidad y de especialidad -artículo 1° del C.P.P.-; el principio de unidad probatoria -artículo 2° del C.P.P.-.

Asevera, en relación con el primero, que el Tribunal hizo caso omiso de los alegatos de la defensa porque sólo los refirió de manera "tangencial y anecdótica", mientras que al escrito presentado por la parte civil, que compartió y transcribió "a espacio" le dedicó notable atención. Infringió así el fallador el artículo 180 del C. de P.P. que ordena consignar un resumen de la acusación y de los alegatos de los sujetos procesales en la sentencia.

Atinente al principio de especialidad, sostiene que al concretar la responsabilidad del procesado el Tribunal no podía incluir los artículos 1-15, 2,9,37 y 47 de la Ley 23 de 1981 sobre Ética Médica porque estas normas se refieren "específicamente a obligaciones ético-profesionales de los médicos" y no a "probable o eventual responsabilidad penal". Esta ley solamente podía tomarse como referencia normativa "para completar el tipo penal en blanco del artículo 289 del C.P., en tanto en su artículo 34 define qué es la historia clínica, y le asigna la calidad de documento sometido a reserva". Unos son los deberes éticos del médico y "otros sus deberes

jurídico-penales; infringir los primeros comporta sanción disciplinaria por parte del Tribunal de Ética Médica, mientras transgredir la ley penal traduce sentencia judicial; por tanto al confundir el fallo acusado la naturaleza y los alcances de la legislación aludida regresó "a la etapa de la moralidad indiferenciada, inaceptable y violatória del debido proceso".

La unidad probatoria fue vulnerada debido a la "consideración fragmentaria de la prueba que contiene la transcripción" de la rueda de prensa porque alude solamente a la segunda parte de ella donde el procesado "hace referencias al Doctor Miranda Arroyo", omitiendo la primera parte de la entrevista, en la que el acusado se dedicó a informar "amplia y detenidamente sobre el concurso médico".

También desconoció el principio de la unidad probatoria "al considerar la sentencia una prueba que conceptúa determinante de la intención antijurídica del procesado", como fue su anticipada aceptación de la responsabilidad civil "consecuente a sus afirmaciones", omitiendo considerar las explicaciones de esa afirmación, rendidas en su ampliación de indagatoria en la audiencia pública por el acusado, en la que manifestó su convicción de haber actuado correctamente, basado en el consejo de sus asesores jurídicos.

De igual manera hubo violación al mismo principio de unidad probatoria al considerar como indicio "sustancial de responsabilidad la consulta que el acusado elevó al Tribunal de Ética Médica".

El acusado adujo haber obtenido autorización expresa del Presidente del Tribunal de Ética Médica, Doctor Jaime Villegas, para la divulgación de la historia clínica del médico denunciante, pero dicho funcionario negó haber dado tal autorización, aunque sí conversó con el procesado respecto de los "peritazgos del doctor Miranda".

La sentencia desconoce el conjunto probatorio al respecto y por ello concluye contrariamente a la verdad procesal, pues desvincula la cuestión de la prueba indiciaria del contexto de la rueda de prensa, de los informes del periódico LA PATRIA y de la entrevista al médico denunciante que generó la aclaración del Presidente del Tribunal de Ética Médica, así como de la indagatória del procesado y el testimonio del doctor Jaime Villegas.

Si no se hubiera fragmentado la apreciación de la prueba en la forma mencionada la conclusión del fallador habría sido diferente, pues el procesado nunca sostuvo haber sido autorizado para revelar la historia clínica del denunciante.

Terminando su alegación dice el demandante que "hay entonces, debidamente demostrados, una serie de contenidos en la sentencia violatoria del derecho fundamental al debido proceso, que irrogaron injustamente al

acusado un resultado contrario a la verdad procesal a la ley, y a la justicia". Solicita, para terminar la casación de la sentencia, que su procurado sea absuelto en sede extraordinaria.

Los no Recurrentes.- Alegato Apreciatorio de la Parte Civil

En escrito en el que ninguna referencia hace a la demanda de casación, el señor representante de la parte civil formula consideraciones tendientes a solicitar el mantenimiento de la sentencia recurrida extraordinariamente, mediante el recuento del contenido procesal y amplia alusión a las reflexiones del Tribunal, específicamente en lo atinente a la desestimación del aducido error de tipo en que la defensa sustentó en los debates de instancia su pretensión absolutoria. Para abundar en razones el profesional relaciona, también en amplitud, aparres de un fallo de la Corte Constitucional que tuteló, en caso similar, el derecho a la intimidad.

Con cita del artículo 34 de la Ley 23 de 1981 definitorio de la naturaleza de la historia clínica del paciente y reiteraciones sobre la comisión del hecho punible por parte del procesado, cierra la alegación con la antedicha solicitud confirmatoria.

El Ministerio Público

A la pretensión del casacionista se opone el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, con juiciosas reflexiones al cabo de las cuales sugiere que se mantenga el fallo acusado.

Ocupándose en primer lugar de la censura *tercera, en la* que se pregona la nulidad de la sentencia, considera que carece de asidero porque ninguna de las vulneraciones que se pregonan tuvo ocurrencia.

Es así como, previamente cuestionando la estructuración técnica de la demanda, que objeta por no allanarse a la realidad procesal y por ser, más bien un glosario de afirmaciones sin solidez, destaca que el principio del debido proceso se respetó a plenitud en el aspecto de *igualdad de las partes* cuando el Tribunal dedicó especial atención al alegato de la parte civil, pues fueron los intereses de ésta, atacados por el fallo absolutorio de la primera instancia los que determinaron la interposición del recurso de apelación por ese sujeto procesal; de tal manera los argumentos del recurrente debían, como en efecto lo fueron, ser estudiados por el sentenciador de segundo grado, sin que ello implicara la omisión del estudio del alegato de la defensa. Al contexto pertinente de la sentencia hace alusión el funcionario al descartar el reclamo del actor.

En relación con la transgresión al principio de legalidad destaca que el fallador, al acudir al Estatuto de la Ética Médica al efectuar la adecuación típica de la conducta del procesado, lo que hizo fue complementar el tipo en blanco del artículo 289 del C.P. en lo referente a la calidad de reservado que tiene el documento llamado "historia clínica de un paciente".

Atinente a la violación del principio de la unidad probatoria, que el censor localiza en tres aspectos probatorios, advierte el Procurador que la inconformidad en verdad alude a la valoración de algunos de los elementos de juicio por el fallador, con la que el profesional no está de acuerdo; vale decir la objeción debió ser formulada bajo la egida de la causal primera de casación y, al no haberse hecho así, el cargo resalta su deficiencia técnica casacional.

Lo anterior porque el debate lo orienta el actor a reclamar por el desconocimiento de una causal excluyente de culpabilidad a su poderdante discutiendo las conclusiones probatorias del Tribunal, acudiendo a afirmaciones variadas que desatienden las premisas gobernantes de la demanda de casación, cuando de proponer la nulidad del proceso se trata.

Decir que la rueda de prensa se analizó en forma fragmentaria y que por ello se imputó al acusado el delito materia de condenación, que es en lo que radica la primera afirmación de violación de la unidad probatoria, es atribuir a la sentencia un error de hecho en la apreciación probatoria, que no podía tratarse a través de la causal tercera del artículo 220 del C. de P.P.

Idéntica situación descalificante de la demanda emerge de la acusación de que la indagatoria del procesado fue analizada parcialmente por el fallador para inculparlo, negándole el alcance absolutorio que sus explicaciones contenían.

Otro tanto considera el funcionario, acaece respecto de los reparos según los cuales se omitió en el estudio probatorio del Tribunal la consideración integral de algunas de las pruebas tales como la rueda de prensa, los informes del diario la Patria y la entrevista al médico denunciante.

Con estas acotaciones solicita la desestimación del cargo tercero de la demanda.

Para oponerse a la censura de la violación directa de los artículos 40.4 y 289 que pregona el actor en el cargo primero, el Ministerio Público hace amplia referencia a las consideraciones del Tribunal relativas a la calidad de reservado del documento cuya divulgación ilícita sanciona la ley penal y concluye que la interpretación dada al artículo 34 de la Ley 23 de 1981 con el que integró el tipo penal prealudido, fue la correcta. Destaca que esa disposición complementaria, incluída en el Estatuto de la Etica Médica, aunque es de carácter administrativo, con consecuencias de esta misma índole en caso de transgresión, no obsta para que asuma la condición de complemento normativo del tipo penal del artículo 289 citado.

Añade que al rechazar el fallador la exculpante alegada consideró factores que concurrían inequívocamente a la atribución de culpabilidad al acusado, como ser médico que ejercía la docencia universitaria y ocupar el cargo que detentaba. Así desentimó toda posibilidad de ignorancia del

precepto administrativo en comentario y de prohibición de divulgación de los documentos sometidos a reserva en el campo de la práctica de la medicina y acertadamente estableció que la comprensión del precepto así tipificado requería solamente una percepción sensorial común a cualquier persona.

Ampliando su concepto consigna apreciaciones en torno a la función del principio de legalidad en el tipo penal y reflexiona sobre la manera como deben analizarse, conforme a la hermenéutica jurídica, los diversos elementos estructurantes del tipo en el proceso de adecuación de la conducta, encontrando que en el caso concreto el sentenciador aplicó las necesarias previsiones para arribar a la conclusión que desató la objeción del demandante.

Error de juicio no cometió, en la opinión del funcionario, el fallador, que si bien no teorizó en el aspecto de la invencibilidad del error, sí consideró esta condición al estudiar la prueba y rechazar la exculpante basado en las características del sujeto agente.

Tampoco el cargo segundo cumple con las exigencias de orden técnico de la demanda de casación, según el pensar del señor representante de la sociedad.

Encuentra que la descalificación por el actor al estudio probatorio del Tribunal comporta contradicciones conceptuales inaceptables en el tema de la *violación indirecta* de la ley sustancial.

Tras precisar la clase de errores de hecho aducibles en la demanda de casación y discurrir extensamente al respecto, anota que el censor desconoce los lineamientos básicos sobre el tema, dedicándose a criticar, para rechazarlo, el criterio probatorio del juzgador en su análisis de los varios elementos de juicio en los que apoyó sus inferencias y conclusiones.

Es así que al cuestionar el fallo por no aceptar que la divulgación de la historia clínica del denunciante se realizó con autorización del Tribunal de Ética Médica y con previa consulta a los asesores jurídicos del I.S.S., incurre el censor en contradicciones al afirmar coetáneamente que la comunicación en que se resolvió por los abogados la consulta del acusado se analizó separadamente del haz probatorio y fuera de su contexto histórico pero, que la apreciación de esa prueba obedeció a consideraciones subjetivas y suposiciones desconocedoras de la naturaleza de la prueba.

Esta mezcla de aseveraciones envuelve una aparente acusación por falso juicio de existencia de la prueba, que además de confusamente expuesta se aparta de la realidad procesal.

De otra parte, al criticar la valoración del Tribunal atribuyéndole desconocimiento de los motivos del procesado para divulgar la historia clínica tantas veces mencionada, el discurso se dedica a objetar el grado de credibilidad del fallador a las explicaciones de la indagatoria, vale decir a

plasmar el criterio interpretativo del impugnante sobre la sentencia, más no a indicar y demostrar el error que aduce.

Por lo demás la afirmación de que el único fundamento del Tribunal para rechazar el error de tipo devino del rechazo de la comunicación de los abogados estimando que ellos no revisaron los documentos para conceptuar y que además su comunicación fue posterior a la rueda de prensa, el censor se aparta de la verdad en cuanto las consideraciones a este respecto plasmadas en la sentencia son adicionales a la que tuvo en cuenta las características especiales del procesado para incurrir en el reato.

Las reflexiones del casacionista así propuestas, conducen según el Procurador a tener la demanda como una especie de alegación de instancia, no aceptable en sede de casación e imponen también la desestimación de esta censura, llevándolo a solicitar en últimas la no casación impetrada.

Consideraciones de la Corte

Pese a ser el delito materia de la sentencia uno de los que por su penalidad no admiten el recurso de casación, éste fue concedido a discrecionalidad de la Corte de acuerdo al tercer inciso del artículo 218 del C. de P.P., por cuanto el demandante adujo al solicitarlo la necesidad de desarrollo jurisprudencial sobre la causal de inculpabilidad del numeral 4° del artículo 40 del C.P., conocida doctrinariamente como error de tipo y la necesidad de protección de la garantía fundamental del debido proceso.

Se ocupará pues la Sala, en el orden de prioridad que impone la alegación de la nulidad parcial del proceso, del cargo atinente a ésta.

Cargo Tercero.

Violación de la garantía del debido proceso por desconocimiento del principio de igualdad de las partes (art. 20 del C.P.P.).

Cierto es que el apelante de la sentencia absolutoria que fuera proferida por el fallador de la primera instancia fue el representante de la parte civil y que para el efecto argumentó controvirtiendo las consideraciones fundamentales de esa decisión judicial. Indiscutible entonces el deber del Tribunal en su condición de juez de segunda instancia de analizar las razones de la inconformidad y cotejarlas con el fallo recurrido: obviamente esto no le impedía al Tribunal estudiar los fundamentos de la parte oponente que respaldaban a dicho fallo, como en efecto lo hizo. Al así proceder, el *ad quem* atendió la obligación de prestar oídos a los sujetos procesales en igualdad de condiciones, garantizando la imparcialidad del juzgamiento; de ello es muestra fehaciente el contexto de la sentencia en su parte considerativa, y más específicamente al tratar del aspecto de la culpabilidad -que encontró manifestada en forma dolosa-, al desechar el invencible error de que habló la defensa y que el Juzgado había aceptado para impartir absolución.

El que se hubieran rechazado los planteamientos de la defensa no implicaba, como equivocadamente parece haberlo entendido el recurrente, atentado alguno contra la garantía de la igualdad, pues en su trabajo de discernir el fallador tenía que decidirse por alguna de las propuestas de los memorialistas en el evento de compartirla, que tal fue lo que sucedió.

Incuestionable entonces que la pretensión anulatoria por la razón en examen carece de fundamento.

Idéntico resultado obtiene la acusación de vulneración del principio de legalidad por haberse estructurado el tipo penal con el auxilio de la Ley 23 de 1981, es decir el Estatuto de la Ética Profesional de los médicos, respecto de la condición de documento reservado de la historia clínica del paciente.

El artículo 289 del C.P. es, en efecto, una de las llamadas normas penales en blanco, que por tal motivo, para que surtan el efecto buscado por el legislador deben complementarse con elementos normativos ajenos provenientes del mismo ordenamiento penal o de otro jurídico para precisar o actualizar la conducta a punir; de lo contrario el encuadramiento típico resulta imposible, pues contienen un vacío conceptual de imperativa provisión.

Al acudir el Tribunal al Estatuto propio del ejercicio profesional de la medicina para completar la naturaleza del documento "historia clínica *reservada*", simplemente llenó el vacío de la definición conductual del artículo 289 del C.P. para lograr la correcta adecuación típica. No sobrepasó la posibilidad que le confería la correcta interpretación de la ley porque el Estatuto extrapenal es una normatividad jurídica especializada y perfectamente atendible, que no por ser del orden disciplinario podía soslayarse arbitrariamente.

Bajo este punto de vista no se menguó ni desconoció el principio de legalidad del delito. No existe entonces la pregonada necesidad de protección de la garantía del debido proceso.

Menos surge esa necesidad garantista por el alegado desconocimiento del estudio de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica, y en particular del estudio conjunto de la prueba -unidad probatoria .

No se remite a duda, como bien lo advierte el Ministerio Público, que el motivo de disenso del demandante se ancla en su inconformidad con la apreciación probatoria adelantada por el Tribunal para revocar el fallo absolutorio de la primera instancia.

Es así como asevera, de una parte, que la transcripción de la rueda de prensa concedida por el procesado, en la que incurrió en el hecho punible se hizo en forma parcial; que se dejó de apreciar la explicación del acusa-

do respecto de su pública aceptación de la responsabilidad civil que pudiera generar la entrevista periodística en que publicó la historia clínica del denunciante, y que erró en la apreciación del indicio de responsabilidad resultante de la consulta al Tribunal de Etica Médica porque no analizó conjuntamente pruebas tales como los testimonios del Presidente del dicho Tribunal médico, la entrevista al médico denunciante que motivó la carta aclaratoria de aquél, ni las explicaciones del acusado en su indagatoria.

La explicación del reparo, como puede verse, lejos está de pertenecer a los motivos que ameritan la solicitud de nulidad por la vía casacional seleccionada por el demandante. Todo él, constituido como está por implicaciones de naturaleza probatoria debió ser propuesto a través de la causal primera del artículo 220 del C. de P.P., e imperativo como lo es el principio de limitación en el recurso de casación, no corresponde a la Corte enmendar los yerros conceptuales del libelo que inciden en la intelección de la idea directriz de las censuras propuestas.

De ahí que asista la razón al Procurador cuando glosa el aspecto técnico de la alegación destacando las falencias de esta índole que tan severamente la descalifican.

Pero es que además, haciendo caso omiso de estas inconsistencias, no advierte la Corte necesidad de proteger la garantía que afirma el actor fue desconocida, pues ella se revela incólume en el devenir procesal íntegro.

No prospera el cargo.

Cargo Primero.

Violación directa de los artículos 10.4 y 289 del C.P. por errónea interpretación de estas normas, que condujo a la negación del reconocimiento de la causal excluyente de culpabilidad contenida en la primera.

Según el demandante erró el Tribunal al considerar en su estudio del factor normativo contenido en esa definición típica: "documento que deba permanecer en reserva", que es suficiente que el agente activo del hecho punible tenga apenas un conocimiento general de la antijuridicidad de la conducta y que ese factor no requiere para su comprensión condiciones especiales en las personas, bastando su conocimiento de todos los elementos que la rodean para, así, bajo estas consideraciones rechazar el error de tipo por desconocimiento de uno de los elementos integrantes de la descripción legal.

De cara a las disposiciones legales que el Tribunal consideró en el proceso de encuadramiento típico y al contexto del reparo, tiénese que la acusación pregona la errada interpretación del numeral 4° del artículo 40 del C.P. y del artículo 34 de la Ley 23 de 1981 (Estatuto de la Etica Médica), y la consecuente errada interpretación del artículo 289 del C.P.

Pues bien; el fallador tuvo en cuenta el amplio ejercicio profesional del acusado en calidad de docente de la facultad de medicina de la Universidad de Caldas así como la investidura oficial y especializada que ostentaba, que hacían suponer en sana lógica su conocimiento del Estatuto Ético regente del cuerpo médico y de las implicaciones de su transgresión en el campo disciplinario. Siendo así era evidente que no podía desconocer que la divulgación de la historia clínica del médico denunciante era dar a la publicidad un documento reservado que sólo podía pasar a dominio de la comunidad con autorización del paciente implicado. De esta suerte, totalmente pertinente era el acudir al artículo 34 del Estatuto Ético Médico consagratorio de la calidad de reservado del documento historia clínica, en orden a completar la adecuación típica de la conducta del acusado en el artículo 289 del C.P.

Este precepto, norma en blanco, imponía al fallador acudir al Estatuto Médico para verificar la obligada reserva de la historia clínica; no de otra manera el tipo penal adquiría su connotación integral.

Con esta comprensión del contenido y alcance de dichos dispositivos legales, adecuados a la prueba militante en un análisis serio y coherente, fuerza es concluir que tampoco en la interpretación de la causal de inculpabilidad alegada erró el sentenciador.

Clara muestra del acierto interpretativo la constituyen las reflexiones contenidas en la parte motiva de la decisión impugnada, de las que no escapa la explicación expuesta a manera de defensa por el acusado, de que para la divulgación contó con el asentimiento del Tribunal de Ética Médica previa consulta al respecto y con el concepto jurídico de los abogados del I.S.S., siendo estas consideraciones complementarias a la fundamental de que las condiciones personales calificadas del acusado lo excluían de la inculpabilidad que su defensor con insistencia sostuvo, aunque sin éxito, pues que el alegado error resultó también en criterio del Tribunal, vencible, justamente por las calidades del sujeto activo del delito.

En estas condiciones, nada aporta el caso en examen, ni la alegación del casacionista como para generar su aducida necesidad de desarrollo o cambio jurisprudencial en relación con el concepto de inculpabilidad consagrado en el numeral 4° del artículo 40 del C.P., comunmente llamado error de tipo.

Por consiguiente, no prospera el cargo.

Cargo Segundo.

Violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho en la apreciación de determinadas pruebas.

La controversia del casacionista se arraiga en discutir las conclusiones del Tribunal sobre la forma y oportunidad en que los abogados del I.S.S. conceptuaron que la historia "administrativa" del médico denunciante podía ser divulgada.

En sentir del recurrente el fallador supuso que la historia clínica del mencionado profesional no fue examinada por los juristas para emitir su concepto sino que opinaron ante una "consulta verbal" del médico acusado sobre si se podía dar a conocer la historia "administrativa" aludida. Esta suposición, según el actor se basó en la aceptación del pensamiento de la parte civil de que el documento de los abogados era espurio.

Como lo enseña el discurso, el actor simplemente opone al criterio judicial el suyo propio, sin indicar de donde provino el error que pudiera haber provocado la errada apreciación de la prueba por el Tribunal; se limita a descalificar la conclusión alcanzada por el fallador buscando invertirla en esta sede extraordinaria, pero sin demostrar la razón de su dicho.

Olvida la elemental pero básica obligación de enjuiciar la sentencia indicando con claridad y precisión los errores de evaluación probatoria y demostrándolos con la objetividad que permita al juez extraordinario establecer su trascendencia en la decisión impugnada con miras a su rompimiento.

Se ha dicho con insistencia por la Sala que la apreciación probatoria del fallador de la segunda instancia sólo puede ser desconocida en sede casacional cuando se puntualizan y demuestran por el demandante los errores de objetiva detección, se prueba, e igualmente se establece su eficacia para modificar el sentido o el alcance de la decisión cuestionada. Si estos parámetros son soslayados en la demanda ésta pierde su carácter como sustento del recurso extraordinario, relegándose a la categoría de glosario insustento, o incompleto, pero de todas maneras desestimable. No basta que se conceptualice el error que se adujo cometido por el sentenciador para habilitar como correcto el reparo, la demostración debe ser completa y pertinente, y además extenderse a todas las pruebas que soportan la decisión, pues de quedar en pie las suficientes para mantener la imputación, resulta igualmente inane la censura.

En el caso presente entremezcla el actor para controvertir al Tribunal, bajo el concepto de "falso juicio de identidad", situaciones que podrían comportar falsos juicios de existencia, cuando afirma que se disgregó erróneamente de otras la prueba documental contenida en la constancia de los abogados del I.S.S. de haber sido consultados sobre la posibilidad de divulgación de la historia clínica tantas veces referida y su anuencia a esa publicación por el acusado por tratarse de una historia administrativa constitutiva de documento público de libre acceso a cualquier persona sin que ello implicara la violación del artículo 34 de la Ley 23 de 1981 (Estatuto de la Ética Médica). A continuación, sin la necesaria precisión, asegura que la apreciación fue errada, pero como se advirtió en precedencia, no demuestra cuál fue la distorsión del contenido de la prueba referida, dejando de puntualizar a la vez si los testimonios de los abogados, que

cataloga de confirmatorios de su concepto jurídico que autorizó la publicación, fueron omitidos en el estudio probatorio, prefiriendo, con cíclica reiteración convertir en error de hecho por falso juicio de identidad el criterio judicial contra el cual propone sin sustentación adecuada, el suyo.

Por este método en definitiva, termina sustrayéndose del recurso extraordinario, cuya sustentación, según también lo ha dicho con insistencia la Corte, traduce y así debe plantearse, un juicio en derecho contra la sentencia de segundo grado.

Soslayadas por el censor las exigencias en referencia, impera concluir que tampoco esta censura cobra eficacia.

No prospera el cargo.

Por lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA en SALA DE CASACION PENAL, oído el concepto del Ministerio Público y acogido, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia recurrida. En firme *Devuélvase* el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

PRUEBA/ FALSO JUICIO DE VALORACION/ NULIDAD

Si las pruebas no tuvieron existencia material en el proceso, porque no se decretaron ni practicaron, el fallador no podía incurrir en error de hecho por su falta de apreciación. Este error necesariamente implica que habiendo sido incorporada la prueba, el fallador la ignore definitivamente, o la soslaye limitándose, v. gr. a mencionarla específica o genéricamente pero sin dedicarle la atención que le impone el trabajo de apreciación del caudal probatorio con miras a la decisión que adoptará. Y al no apreciarla y decidir por ese motivo en forma equivocada -error de juicio del sentenciador-, la actuación procesal conserva su validez, sólo que demostrado el error y su trascendencia en el sentido y/o el alcance del fallo, puede llegar a invertir o menguar estos aspectos en sede casacional, en los casos en que el recurso extraordinario sea procedente y haya sido interpuesto y correctamente sustentado -causal 1a. de casación-.

Contrariamente, cuando la prueba, con eventual contundencia demostrativa de la irresponsabilidad o de la responsabilidad del procesado -caso éste de sentencia absolutoria legítimamente impugnada-, no se practica porque el funcionario desatiende expresa o tácitamente la petición de su allegamiento o limita indebidamente su oficiosa actividad investigativa -error de procedimiento-, esto es, la prueba nunca llegó a formar parte de la investigación, la actuación pierde su validez en la medida en que esa omisión en la dinámica investigativa afecte los derechos fundamentales que la Carta Política garantiza a las partes en la actuación procesal. La sentencia y con ella el proceso parcialmente, deben entonces ser anulados a través del recurso legalmente interpuesto y jurídicamente sustentado causal 3a. de casación-.

Fluye como consecuencia, la incompatibilidad de los motivos de casación que informan los numerales 1o. y 3o. del artículo 220 del C. de P.P., que por consiguiente, deben proponerse separadamente y en forma supletoria, como lo ordena el mismo precepto en su parte final.

Proponerlos conjuntamente como acontece en el caso que se estudia, hace ineficaz la objeción, por carecer de claridad y precisión en su fundamentación.

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

Magistrado Ponente: Dr. *Diámo Páez Velandia*

Aprobado Acta No.101

Proceso: 9479

Conoce la Corte del recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín del *10 de diciembre de 1993*, que condena a Eduardo Alonso Escobar Lopez a la pena principal de cuatro años y diez meses de prisión y la accesoria correspondiente, como autor responsable de un concurso sucesivo y homogéneo de delitos de extorsión en perjuicio del ciudadano Francisco Javier Rivera.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

En repetidas ocasiones en el transcurso de los meses de *agosto y septiembre de 1991* al ciudadano *Francisco Javier Rivera*, propietario de un negocio de heladería en la ciudad de Medellín, le fueron enviadas misivas escritas, en las que a nombre de las denominadas "Milicias Populares" de esa ciudad, le exigían sumas de dinero que, según le indicaban, debía depositar en una agencia de "Transportes Titiribí", en paquetes cuyo destinatario sería un tal 'Ramón Huertas', con la advertencia de que de no cumplir la exigencia, se atentaría contra su vida y la de sus seres queridos (fls. 49-51 y 63-64 cd. ppl.1).

Los hechos habían sido puestos en conocimiento de la autoridad en septiembre de 1991 por el ofendido, a raíz de lo cual el entonces Juzgado 17 I.C. de Medellín abrió investigación y vinculó mediante indagatoria a los sujetos Marco Tulio Palacio Córdoba y Jesús Alonso Velásquez Jaramillo, calificando el mérito sumarial con resolución de reapertura (fls. 43-145); y, hallándose en tal estado el asunto, a instancia del ofendido fue capturado el sujeto Eduardo Alonso Escobar, al que tenía identificado como integrante y posible cabecilla de la banda de delincuentes (fls. 1-3) que lo había hecho víctima, por lo que la ahora Unidad Primera de Fiscalía inició investigación (fl. 61 y dispuso adjuntar a ésta la actuación prerreferida (fl. 146).

Oído en indagatoria Escobar, *fue comprometido en juicio el 31 de mayo de 1993* por el concurso de hechos punibles de extorsión (fls. 190-195 cd. ppl.1) y, bajo esta misma imputación, condenado por el Juzgado 12° Penal del Circuito de Medellín (fl. 234 cd. ppl.1) a la pena conocida, pues el Tribunal Superior del Distrito confirmó esa sentencia al desatar el recur-

so de apelación interpuesto (fls. 246-253 cd. ppl.1). El fallo de segundo grado fue impugnado extraordinariamente por el procesado.

LA DEMANDA

Dos reparos conforman la demanda presentada para sustentar el recurso de casación, ambos fundados legalmente en la causal 1a. del artículo 220 del C. de P.P., así:

Primero.- La sentencia incurrió en error de hecho, por:

"ignorar la existencia de medios probatorios, que si los hubiera tenido en cuenta y valorado en la debida forma, no habría decidido el proceso con sentencia condenatoria, pues se le cercenó el derecho de defensa y se desechó la solicitud de oír varias y distintas declaraciones de testigos claves, que hubiesen podido determinar la verdadera ubicación y estadía de mi defendido en el instante preciso ... de los hechos...; solicitud que se presentó desde iniciado el proceso investigativo hasta su final".

Sustentando el planteamiento y previa reiteración de la clase de error de hecho atribuída al fallador, asevera que el funcionario investigador se abstuvo de decretar la recepción de los testimonios de Jairo Acevedo, Alberto Arteaga y *Javier Ríos*, quienes darían cuenta de que él no estaba en la ciudad de Medellín para la época de los hechos y por tanto, demostraban su inocencia.

Considera el profesional que a causa de ésto, se vulneró *el derecho de defensa* amparado por la Constitución Nacional y se transgredió el artículo 249 del C. de P. P. que ordena investigar imparcial y diligentemente todos los aspectos de la acusación. Añade que la jurisdicción no expidió pronunciamiento alguno sobre la solicitud del procesado, haciendo así imposible la demostración de su inocencia. De haberse tenido en cuenta las pruebas referidas, dice, "otro sería el acontecer judicial y como consecuencia otra decisión habría de tomarse".

Segundo.- La sentencia contiene error de hecho por distorsión del sentido del informe suscrito por los agentes de policía del grupo 'Unase' y de su ratificación por los policiales Jairo Hernández, Huber Vargas y José Galtán de los cuales se infiere sin duda, que los verdaderos responsables de los hechos fueron los primeros investigados, esto es, Marco Tulio Palacio y Jesús Alonso Velásquez.

Haciendo referencia a las exposiciones de los tres mencionados policiales en que todos relatan que al capturar al ya nombrado Marco Tulio Palacio Córdoba al momento de reclamar una de las sumas exigidas bajo amenaza de muerte al ofendido y compelerlo a llevarlos -a los agentes- hasta donde el destinatario del dinero, aquél, al ingresar a la residencia en donde habitaba los condujo directamente hacia donde un tal 'Alonso', que recibió el paquete, y al que también capturaron. Este personaje, ho-

mónimo del sentenciado, es, a juicio del casacionista, el verdadero coparticipe de las extorsiones.

A continuación, cuestiona a los funcionarios investigador y fallador *por no* haber conferido crédito a las exposiciones de los policiales, prefiriendo otorgárselo a las de "sujetos de poca calidad social" que vivían en las mentadas residencias, parangonando las condiciones personales de unos y otros y resaltando cómo, en su sentir, la razón estuvo de parte del funcionario que definió la situación jurídica de "los verdaderos culpables" en la investigación que se incorporó a ésta, extrañándose de:

"...tanta disparidad de criterios para valorar unas pruebas que de sí son evidentes, y por el hecho de que transcurridos varios años, por iniciativa y propia inspiración del ofendido, quien jamás se preocupó por poner en conocimiento de autoridad competente, que el verdadero culpable del ilícito que lo lesionó ... era un señor Eduardo Alonso Escobar..., venga ahora a poner en movimiento todo el aparato judicial porque sólo a él se le ocurrió incriminar y señalar como el cerebro ... a mi defendido, dando cabida y facilitando la coartada a los verdaderos responsables...".

Finalmente, explica la incidencia de los errores que denuncia, y formula la solicitud de casación, para que su poderdante sea absuelto mediante fallo sustitutivo en esta sede.

El Ministerio Público

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal disiente de la pretensión del censor por encontrar la demanda desconocedora de las pautas técnicas de casación que la gobiernan y termina solicitando la no casación impetrada.

Afirma que *ambos cargos*, son incompletos por no indicar las normas sustanciales que se estiman violadas; que el primero, no señala el sentido de la violación, ni indica la trascendencia de los errores que pregona; que ninguno cuestiona en su totalidad el conjunto probatorio considerado por el sentenciador para condenar.

Además, *el primero* resulta contrario a la lógica, pues objeta una falta de actividad probatoria en el juez a través de la causal primera de casación, cuando lo correcto habría sido invocar la causal 3a. de casación, dado que la glosa estaba encaminada a evidenciar el quebranto del derecho de defensa por desconocimiento del principio de la investigación integral; en tanto que *el segundo* se limita a ofrecer, con una parcializada visión de la prueba, una disparidad de criterio con el fallador en el examen de la misma, cuestionando así la credibilidad otorgada a los elementos de juicio considerados en el fallo, sin lograr demostrar en qué consistió la distorsión del sentido de la prueba que menciona.

Pide, en consecuencia, se desestime la demanda.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

No se remite a duda la inconsistencia de orden técnico de la demanda que destaca el Ministerio Público, ni la falta de fundamento en las objeciones, circunstancias éstas que inducen al mantenimiento de la sentencia de las instancias. En efecto:

El examen del *cargo primero* descubre, por una parte, la omisión en la cita de las normas sustanciales que pudieran haber resultado transgredidas con el error de hecho que por ignorar "la existencia de una prueba" se pregona, y que hubieran podido resultar indebidamente aplicadas, como para que, en la hipótesis de haberse presentado ese yerro de apreciación probatoria, se proveyera a su enmienda a través de este recurso extraordinario.

Pero en verdad, no es esa la más significativa de las fallas del discurso argumental. La que hace inepta la censura consiste en la confusión conceptual sobre la naturaleza del error aducido y sus efectos procesales.

Dice la demanda, con apoyo en la causal 1a. del artículo 220 del C. de P. P., que el Tribunal incurrió en error por ignorar "la existencia de una prueba, que si la hubiere valorado, habría definido el proceso en sentido diferente". Sin embargo, renglones adelante lo que cuestiona, es que el funcionario al que correspondía, *no hubiera ordenado* la práctica de la prueba testimonial solicitada por el procesado, esto es, que la prueba *no hubiera sido incorporada al proceso* por inactividad judicial.

Luego explica que *por no* haberse practicado y examinado esa prueba, se cercenó *el derecho de defensa* del acusado, para finalmente, al exponer la "incidencia de los anteriores errores", afirmar que "de haberse escuchado los testimonios" no decretados, "hubiese sido posible descubrir la exacta (sic) verdad" sobre el paradero del implicado el día de los hechos; y finaliza deprecando con base en lo dicho, la absolución.

Esta forma de razonar comporta insalvable inconveniente a los fines de la demanda. En efecto:

Si las pruebas no tuvieron existencia material en el proceso, porque no se decretaron ni practicaron, el fallador no podía incurrir en error de hecho por su falta de apreciación. *Este error necesariamente implica que habiendo sido incorporada* la prueba, el fallador la ignore definitivamente, o la soslaye limitándose, v. gr. a mencionarla específica o genéricamente pero sin dedicarle la atención que le impone el trabajo de apreciación del caudal probatorio con miras a la decisión que adoptará. Y al no apreciarla y decidir por ese motivo en forma equivocada -error de juicio del sentenciador-, la actuación procesal *conserva su validez*, sólo que demostrado el error y su trascendencia en el sentido y/o el alcance del fallo, puede llegar a invertir o menguar estos aspectos en sede casacional, en los casos en que el recurso extraordinario sea procedente y haya sido interpuesto y correctamente sustentado -causal 1a. de casación .

Contrariamente, cuando la prueba, con eventual contundencia demostrativa de la irresponsabilidad o de la responsabilidad del procesado -caso éste de sentencia absolutoria legítimamente impugnada-, no se practica porque el funcionario desatiende expresa o tácitamente la petición de su allegamiento o limita indebidamente su oficiosa actividad investigativa -error de procedimiento-, esto es, la prueba nunca llegó a formar parte de la investigación, *la actuación pierde su validez* en la medida en que esa omisión en la dinámica investigativa afecte los derechos fundamentales que la Carta Política garantiza a las partes en la actuación procesal. La sentencia y con ella el proceso parcialmente, *deben entonces ser anulados* a través del recurso legalmente interpuesto y jurídicamente sustentado -causal 3a. de casación-.

Fluye como consecuencia, la incompatibilidad de los motivos de casación que informan los numerales 1o. y 3o. del artículo 220 del C. de P. P, que por consiguiente, deben proponerse separadamente y en forma supletoria, como lo ordena el mismo precepto en su parte final.

Proponerlos conjuntamente como acontece en el caso que se estudia, hace *ineficaz* la objeción, por carecer de claridad y precisión en su fundamentación.

El cargo, pues, *no prospera*.

Por cuanto hace al *segundo* reproche, también la demanda debe desestimarse.

Vuelve a omitirse la mención de las normas sustanciales supuestamente vulneradas, como en el cargo precedente; pero además, y en ello estriba la inconsistencia fundamental, en verdad no existe reparo aducible en casación.

Obsérvese cómo la pregonada distorsión del sentido del informe policial y de los testimonios que lo ratifican se hace consistir, no en que el contenido o el sentido material y lógico de esos elementos de juicio hubieran sido cambiados por el fallador, sino en que no les confirió credibilidad en cuanto que, en la opinión del censor, indicaban que el personaje de nombre homónimo con el del sentenciado: 'Alonso', que al igual que éste vivía en las mismas residencias, era el que había enviado al primero de los capturados a recibir el dinero de una de las varias extorsiones al ofendido denunciante, porque fue a ese sujeto al que en presencia de la policía se dirigió con ese nombre y le entregó el sobre contentivo del fruto del delito.

Ello es lo que enseña el escrito de demanda, en que asevera el actor, abogando en pro de las declaraciones de los policiales, que "Ni para el funcionario instructor, ni para el juez, ni la Honorable Sala de Decisión, las anteriores declaraciones merecen ni la más mínima credibilidad", para, a renglón seguido dolerse de que por el contrario, ese crédito se hubiera conferido a los coprocesados primeramente investigados que incriminaron

al sentenciado señalándolo como la persona que envió a uno de ellos a recoger el dinero al sitio a donde el ofendido lo llevó (fl. 270 cd. ppl.1), cuando en contraste, el fallo de la primera instancia, no controvertido por el del Tribunal, reza:

"De otro lado, a Marco Tulio fue la persona que los agentes Jairo Hernández, Huber Vargas y Martha Inés Quintero capturaron cuando recogió el paquete en la empresa transportadora y allí mismo indicó que lo había mandado *Alonso*, a quien como se vio posteriormente reconoció, lo que deja a las claras quien era el autor c (sic) la extorsión investigada, que no es otro que el sindicado López Escobar (sic)... ";

y a su vez, el del Tribunal puntualiza:

"Esa conducta de Escobar López aflora con innegable solidez primordialmente del testimonio de Marco Tulio Córdoba, quien lo señaló en rueda de presos como el mismo sujeto a quien se refirió en su indagatoria como responsable de haberlo enviado a la empresa transportadora a reclamar el producto de las extorsiones cuando residían en el mismo hospedaje... .

"Ese señalamiento encuentra refuerzo en varios hechos circunstanciales que por la vía de la inferencia lógica dan firmeza a la acusación. ... Está demostrado ..." (fl. 215).

El reparo pues, se reduce a oponer un criterio evaluativo de la prueba a otro, aquél, el del demandante y éste el del fallador, pero sin que exista error aducible en casación que hubiera dado origen a éste y que la Corte pueda remediar en lo de su competencia.

Innumerables veces se ha precisado por la Sala, que el falso juicio de identidad en materia de casación, traduce una desviación por el Juez, del contenido o del sentido lógico y jurídico de la prueba, una distorsión de tal magnitud, que sería tanto como suponer o ignorar la prueba y, que para que pueda ser corregido en sede extraordinaria, debe recaer en la prueba que ha servido de sustento al fallo acusado y además, tener la suficiente connotación, como para trascender el sentido o el alcance de éste, modificando uno u otro o ambos, total o parcialmente.

Pero además, debe el casacionista derrumbar toda la prueba de soporte de la decisión que denuncia, pues de persistir alguna que logre su prevalencia, la objeción devendrá incompleta.

En conclusión tiénese que el error de hecho que propala la demanda, no sólo, *no existe*, *sino que* la objeción desborda el campo de la casación, en la medida en que simplemente procura que la Corte, sin existir el error, reste toda credibilidad a las pruebas que el Tribunal analizó y en un proceso racional de crítica aceptó como veraces, y se la conceda a otras pruebas, las seleccionadas por el actor, y por este medio, invierta el sentido del fallo de las instancias, desconociendo así la normatividad reguladora de

la prueba y básicamente el principio de la doble presunción de acierto y de legalidad de que vienen precedidos los fallos de las instancias.

Bajo estas condiciones, fuerza es declarar que tampoco *prospera el cargo.*

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

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia recurrida. En firme. *Devuélvase* el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese y cúmplase.

Dídimo Páez Velandia. Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Luis Bernardo Alzate Gómez, (conjuez) *Jorge A.Gómez Gallego. Carlos E. Mejía Escobar, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

NULIDAD/ ACUMULACION JURIDICA DE PENAS/ DEMANDA DE CASACION

Es verdad de a puño, y desde antiguo lo viene reiterando la jurisprudencia, que la proposición de nulidades no puede obedecer a la búsqueda sin razón de ritualismos excesivos desconocedores de la prevalencia del derecho sustancial que por mandato constitucional debe primar sobre lo meramente formal, siendo en sede de casación, por tratarse de yerros in procedendo, obligación del casacionista demostrar el desconocimiento de las bases fundamentales de la instrucción o el juzgamiento, o la vulneración de garantías fundamentales de los sujetos procesales.

De otra parte, ha sido también criterio aceptado, y por disposición legal lo es así, que el fenómeno de la acumulación, implica aparte de la economía procesal que entraña al tramitarse por un mismo funcionario y bajo un mismo procedimiento, diversos procesos adelantados en contra de una misma persona (art. 91.1 C. P. P.), la posibilidad primaria de que el procesado se beneficie con la acumulación jurídica de penas.

También se ha insistido, en que el interés para recurrir en casación, dado que una de sus expresas y legales finalidades, es la de reparar los agravios inferidos a las partes en el fallo impugnado, necesariamente con el recurso debe pretenderse hacer más favorable la situación del procesado, bien pretendiendo su absolución, la aminoración de su responsabilidad o de la pena, o el restablecimiento de derechos y garantías constitucionales fundamentales vulneradas en las instancias.

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

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos Augusto Gálvez Argote*

Aprobado Acta No.101

Proceso: 10208

Vistos

Ritуado el trámite del artículo 37 del Código de Procedimiento Penal, el Juzgado 52 Penal del Circuito de Santafé de Bogotá, profirió sentencia anticipada en contra de Ingrid Mike Leuro Lieb, condenándola a la pena principal de sesenta y ocho (68) meses de prisión, la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, y al pago de los perjuicios como coautora de los delitos de falsedad material de particular en documento público agravado por el uso en concurso con varios delitos de estafa, falsedad en documento privado, uso de documento público falso y peculado por apropiación, este último en calidad de cómplice, negándole el subrogado de la condena de ejecución condicional.

Apelado el anterior fallo, el Tribunal Superior de esta ciudad, modificó lo concerniente a la pena principal y accesoria, en el sentido de condenar a *Ingrid Mike Leuro Lieb* a cincuenta y siete (57) meses y diez (10) días de prisión y por el mismo tiempo a la interdicción de derechos y funciones públicas por los delitos de falsedad material en documento público agravada por el uso, en concurso con falsedades en documento privado, peculado por apropiación en modalidad de cómplice y estafas agravadas por la cuantía, al tiempo que ordenó "que el Juzgado *a quo* compulse las copias pertinentes con destino a la autoridad policiva, a efecto de que esta conozca de la contravención de estafa en concurso homogéneo y sucesivo, de conformidad con lo puntualizado en el respectivo capítulo de esta providencia", esto es, lo pertinente a las estafas de que fue víctima la señora Ofelia Carvajal Salazar, confirmando en lo demás la sentencia impugnada.

Contra la decisión del *ad quem* el defensor de la procesada interpuso el recurso de casación que ahora resuelve la Corte.

Hechos

Por tratarse de hechos que generaron la iniciación de cuatro procesos, la Sala acogerá los que aparecen relatados por el Tribunal, ya que recogen en su integridad y de manera clara y detallada los que culminaron con la sentencia objeto de impugnación:

"*Dentro de la cronología que toma como punto de partida en el 25 de Marzo de 1992, en esta ciudad de Santafé de Bogotá, Ingrid Mike Leuro Lieb, primero contribuye eficazmente para que el empleado oficial Jorge Osvaldo Quiroga Alba defraude al Banco Popular por la suma de setenta millones de pesos ($70.000.000.oo), al sustraerse cheque de gerencia #1056402 de entre los títulos valores que estaba encargado de manejar y custodiar, que girado apócrifamente al no corresponder a cancelación soportada alguna por $135.640.000,oo fue usado mediante consignación en la cuenta de ahorros que Ingrid Mike tenía en la Corporación Conavi bajo la*

sigla "Cubrimos" y que dispuesta la transferencia a otra de la misma propietaria, el 25 de Marzo de 1992, en la misma fecha hizo retiros por $50.000.000.oo y $20.000.000.oo.

En segundo término, en calendas que van del 6 al 9 de Noviembre de 1992 y concretamente en aquella fecha, sobre cuenta corriente abierta a nombre de la razón social "Cubrimos Ltda.", con la cédula de ciudadanía falsa #37.943.616 del Socorro (Santander) expedida a Mercedes Rosas Zafra, Ingrid Mike Leuro Lieb, quien había adoptado tal nombre, consignó comprobantes de pago Credibanco, elaborados en tarjetas de crédito falsas, por varios millones de pesos y contra dicho depósito giró cheques por valor de $1.144.000.oo y $2.000.000,oo, que el Banco Ganadero, Sucursal Hacienda Santa Bárbara, pagó el primero y se produjo la retención de Ingrid cuando el Beneficiario del segundo cheque, Ricardo Martínez Barreto, a quien esperaba Ingrid, gestionaba el pago del segundo.

Por último, entre el 16 de Enero y 4 de Marzo de 1993, Ingrid Mike Leuro Lieb, engañando a Ofelia Salazar Carvajal y utilizando tarjetas de crédito elaboró comprobantes de venta inauténticos por valores de $425.000,oo #410963 de 16 de Enero de 1993, otro consignado el 19 de Enero de 1993 por $469.000,oo, un tercero de 23 de Febrero de 1993 por $680.000,oo, otro de la misma fecha por $675.000.oo y otro por $685.000.oo, sobre cuyos depósitos y giró (sic) y retiró el dinero.

El mismo procedimiento lo aplicó Ingrid Mike contra el establecimiento comercial "Fama Electrodomésticos M." de Miguel Martínez, entre el 11 y 20 de Febrero de 1993; cursando por tales hechos investigación separada.".

ACTUACIÓN PROCESAL

Con base en la denuncia formulada por la señora Ofelia Carvajal Salazar y el informe sobre la captura de *Ingrid Mike Leuro Lieb*, La Fiscalía 123 de la Unidad Primera de Patrimonio Económico, profirió resolución de apertura de la investigación el 14 de abril de 1993, vinculando mediante indagatoria a la aprehendida a quien le resolvió la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva por los delitos de *falsedad material de particular en documento público, falsedad en documento privado y estafa*.

La anterior decisión fue adicionada con posterioridad en virtud del recurso de reposición interpuesto por el representante del Ministerio Público, en el sentido de imponer a la procesada la prohibición de salir del país.

Cerrada la investigación se calificó el mérito probatorio del sumario profiriendo resolución acusatoria en contra de *Ingrid Mike Leuro Lieb* el 9 de agosto de 1993 por los delitos de falsedad en documento privado y estafa cometidos en concurso homogéneo y heterogéneo y ordenó compul-

sar copias para que se investigue a las otras personas que se hallaban sin identificar.

Contra la anterior decisión el defensor de la procesada interpuso recurso de apelación del cual conoció la Fiscalía Delegada ante los Tribunales de Santafé de Bogotá y Cundinamarca, confirmando lo concerniente a los cargos por los que se acusó a *Leuro Lieb*, concediéndole la libertad provisional, al tiempo que dispuso ponerla a disposición de la Fiscalía 129 de la Unidad Primera Patrimonio Económico y adicionó la parte resolutiva en el sentido de que en las copias compulsadas por el *a quo* se investigara también el delito de concierto para delinquir.

En la etapa del juicio, mediante auto del 25 de febrero de 1994, el Juzgado 52 penal del Circuito resolvió negativamente la solicitud de acumulación presentada por el defensor respecto de los procesos que se adelantaban contra *Ingrid Mike* en las Fiscalías 129 y 198 y en el Juzgado 87 Penal Municipal, así como la terminación anticipada del proceso solicitada por la misma procesada.

No obstante lo anterior, *Leuro Lieb* posteriormente manifestó su deseo de acogerse a la sentencia anticipada, habiéndose llevado a cabo la diligencia de formulación de cargos el 18 de abril de 1994, y ante la insistencia del defensor para la acumulación de los demás procesos que cursaban en contra de la procesada, obtenida la información correspondiente en cuanto que el proceso que se adelantaba ya en el Juzgado 20 Penal del Circuito por los delitos de falsedad en documento público, uso de documento público y peculado, en calidad de cómplice, se había proferido resolución acusatoria el 10 de marzo de 1992, habiendo manifestado su deseo de acogerse a la sentencia anticipada antes de la ejecutoria de tal decisión, así como en el que se adelantaba en el Juzgado 18 Penal del Circuito por los delitos de falsedad en documento privado y estafa quien a su vez remitió el proceso a ese Juzgado (52 Penal del Circuito), puesto que la procesada había aceptado dichos cargos el 12 de abril de 1992, procedió a decretar la acumulación de dichos procesos, profiriendo por todos ellos una sola sentencia aprobatoria de los acuerdos de carácter condenatorio.

Apelada la anterior decisión, recibió confirmación del Tribunal, con las modificaciones anteriormente descritas.

La Demanda

En un único cargo, el defensor de *Ingrid Mike Leuro Lieb*, acusa la sentencia de segunda instancia, con fundamento en la causal tercera de casación, esto es, por haberse proferido sentencia en un juicio viciado de nulidad, por desconocimiento, en su criterio, del debido proceso en cuanto a las normas de competencia.

En la demostración de la censura, considera el actor que el Tribunal no podía convalidar la sentencia de primera instancia, puesto que "estándose en presencia de la audiencia especial, como en el caso que nos ocupa cumplida en diferentes procesos que finalmente se acumularon, debe partirse de la existencia de bases objetivas para la demostración de los hechos imputados, pero no es menos cierto que además de ese requisito tanto de demostración del hecho como de la aceptación por parte del procesado de su autoría, la ley requiere que todas las actuaciones se surtan de acuerdo con la normatividad vigente", pues en la resolución acusatoria proferida por la Fiscal 123 por los delitos de estafa en concurso homogéneo y sucesivo en concurso heterogéneo con falsedad también en concurso homogéneo -refiriéndose a las conductas relacionadas con la elaboración de los comprobantes de credencial y Crédito Visa- se incurrió, en su criterio, en el error de sumarlos como si se estuviera ante el ya desaparecido delito continuado "llevando este efecto al concurso homogéneo y sucesivo actual que presupone, por su propia naturaleza, que cada acto constituya individualmente considerado una violación a la ley penal, lo cual ocurre de manera repetida y por tantas veces cuantos actos de esa naturaleza realice el sujeto activo".

Y como además, considera que por la cuantía de los hechos constitutivos de estafa, relacionados con los comprobantes de las tarjetas de crédito, es inferior en todas a los 10 salarios mínimos mensuales legales, que según nuestro derecho positivo marca la diferencia entre el delito y la contravención, siendo los de cuantías inferiores a dicho tope, contravenciones, el competente para conocer de tales conductas, específicamente, son los inspectores de Policía, aspecto que fue advertido por el Tribunal.

Por lo anterior, considera entonces el actor que no podía la funcionaria instructora, proferir la resolución acusatoria que sirvió de "Fundamento para llevar, por el mecanismo de la acumulación los demás procesos contra *Ingrid Mike Leuro Lleb* y los que en definitiva se han decidido en la sentencia acusada", así como que del mismo vicio padece la audiencia especial celebrada por el Juez 52 Penal del Circuito, ya que ésta tiene los efectos de la resolución de acusación, condenando a la procesada a pena de prisión por hechos que configuran contravención".

De esta manera concluye, que la sentencia impugnada es violatoria del artículo 29 de la Carta Política y de los artículos 14, 3 y siguientes de la Ley 23 de 1991 y el artículo 72 del Código de Procedimiento Penal, siendo por tanto, nula "de nulidad absoluta por haberse incurrido en la causal 1a. del artículo 304 del C.P.P.".

Igualmente, considera el casacionista que el Tribunal no podía subsanar el yerro confirmando la sentencia por los delitos y "ordenando compulsar copias para ante los inspectores de policía, porque la verdad real es que el juzgamiento se presentó y lo mismo la condena y que por tal

cvento la procesada se encuentra purgando pena", incumpliendo así lo dispuesto en el artículo 305 de la normatividad procedimental, ya que no ordenó reponer la actuación y desconoció también lo previsto en el numeral 5 del artículo 308 *ejusdem*, puesto que no existe otro medio para subsanar tal irregularidad por falta de competencia, atentando de esa manera contra el debido proceso.

Finalmente, solicita a la Corte "case la sentencia recurrida y reconozca la causal propuesta a partir e inclusive de la resolución de acusación de agosto 9 de 1993, proferida por la señora Fiscal 123 y se disponga en consecuencia reponer la actuación".

CONCEPTO DEL PROCURADOR DELEGADO EN LO PENAL

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal solicita a la Corte la desestimación del cargo y por ende, no casar el fallo impugnado, ya que luego de hacer un análisis sobre la naturaleza de las nulidades, así como de los funcionarios competentes para decretarlas, aceptando el hecho de que las estafas de las que fue víctima la señora Ofelia Carvajal Salazar, son de cuantía inferior a 10 salarios mínimos mensuales vigentes para la época en que sucedieron los hechos, que por lo mismo, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 23 de 1991, eran de competencia de las Inspecciones de Policía, por constituir una contravención especial, encuentra ajustado a derecho lo decidido por el Tribunal, ya que la orden de compulsar copias con estos fines, en nada afectó la relación jurídico procesal tramitada, pues se trata de una nulidad parcial.

Además, la solicitud del casacionista, agrega el Delegado, corresponde a un entendimiento meramente formal de las nulidades, cuya tradición jurisprudencial y doctrinaria se vinieron a recoger en normas a partir de la entrada en vigencia del Decreto 050 de 1987 y actualmente con el Decreto 2700 de 1991.

CONSIDERACIONES

1o. Es verdad de a puño, y desde antiguo lo viene reiterando la jurisprudencia, que la proposición de nulidades no puede obedecer a la búsqueda sin razón de ritualismos excesivos desconocedores de la prevalencia del derecho sustancial que por mandato constitucional debe primar sobre lo meramente formal, siendo en sede de casación, por tratarse de yerros *in procedendo*, obligación del casacionista demostrar el desconocimiento de las bases fundamentales de la instrucción o el juzgamiento, o la vulneración de garantías fundamentales de los sujetos procesales.

2o. De otra parte, ha sido también criterio aceptado, y por disposición legal lo es así, que el fenómeno de la acumulación, implica aparte de la economía procesal que entraña al tramitarse por un mismo funcionario y bajo un mismo procedimiento, diversos procesos adelantados en contra

de una misma persona (art. 91.1 C.P.P.), la posibilidad primaria de que el procesado se beneficie con la acumulación jurídica de penas.

3o. También se ha insistido, en que el interés para recurrir en casación, dado que una de sus expresas y legales finalidades, es la de reparar los agravios inferidos a las partes en el fallo impugnado, necesariamente con el recurso debe pretenderse hacer más favorable la situación del procesado, bien pretendiendo su absolución, la aminoración de su responsabilidad o de la pena, o el restablecimiento de derechos y garantías constitucionales fundamentales vulneradas en las instancias.

4o. En el caso *sub júdice*, el demandante con pleno desconocimiento no sólo del proceso, sino de los criterios que orientan las nulidades, pretende, como con acierto lo afirma el Delegado, la declaratoria de la nulidad de lo actuado, sobre fundamentos estrictamente formales que lejos de favorecer los intereses de quien defiende, lo que inusitadamente busca es que se retrotraiga la actuación a etapas procesales legalmente cumplidas y definidas.

En efecto, en primer lugar, debe advertirse que no fue por el trámite de la audiencia especial por el que finalmente se profirió sentencia en contra de *Leuro Lieb*, sino por el de sentencia anticipada, puesto que ha de recordarse que en dos oportunidades aceptó los cargos una vez proferida la resolución de acusación, lo cual haría improcedente la audiencia especial.

De otra parte, el argumento del casacionista sobre la incompetencia de la Fiscal 123 para proferir resolución de acusación, se cae por su propio peso, pues si bien es cierto que las conductas engañosas, constitutivas de estafa se le imputaron en calidad de delitos en la etapa instructiva, siendo contravenciones especiales, la competencia de la Fiscal de todas maneras estaba dada por los delitos de falsedad en documento privado.

Lo anterior resultaría suficiente para responderle al casacionista que la pretendida declaratoria de nulidad a partir de la resolución de acusación proferida por la Fiscal 123, carece por completo de lógica y sentido, de no ser porque además, los efectos que aspira a que tenga el reconocimiento de la supuesta irregularidad hacen manifiesta la falta de interés del defensor para recurrir el fallo en casación porque de decretarse la pretendida nulidad, lo único que lograría el defensor de *Ingrid Mitce Leuro Lieb* sería que por medio de procesos adelantados separadamente y a través del trámite ordinario previsto en forma genérica en el Código de Procedimiento Penal, se le condenara por los mismos delitos por los que la sentencia de segunda instancia confirmó la anticipada, aprobatoria de la aceptación de cargos, proferida por el Juzgado 52 Penal del Circuito.

De otra parte, no es cierto, como parece entenderlo el casacionista, que la condena que finalmente confirmó el fallo atacado, implique que la

procesada *Leuro Lleb* se encuentre condenada a pena de prisión por conductas que legalmente tipifican contravenciones especiales, pues, de la redosificación que allí se hace de la pena impuesta, es claro que no se tuvieron en cuenta las conductas engañosas de las que fue víctima la señora Ofelia Carvajal Salazar.

Tampoco entonces, resulta cierta la afirmación del impugnante, en cuanto que no podía el Tribunal subsanar la irregularidad limitándose a compulsar las copias con destino a los Inspectores de Policía, porque no ordenó que se repusiera la actuación, ya que como con tino lo dice el Delegado, es abundante la jurisprudencia de esta Sala en reiterar, en casos como el presente, que la nulidad por incompetencia solamente puede ser declarada por el funcionario competente, quien además, debe disponer, de ser necesario, a partir de qué actuación se impone reponer el trámite procesal viciado.

No prospera el Cargo.

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

RESUELVE:

NO CASAR el fallo impugnado.

Cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria

DEMANDA DE CASACION/ IN DUBIO PRO REO/ VIOLACION DIRECTA DE LA LEY

Para que pueda invocarse en sede de casación la violación directa del art.445 del C. de P. P. (indubio pro - reo) es preciso que el juzgador no obstante haber aceptado la existencia de la duda, se abstenga de aplicar la norma citada y, por lo mismo, condene al acusado.

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

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Enrique Córdoba Poveda*

Aprobado acta No.101

Proceso: 11586

VISTOS

Se pronuncia la Corte sobre la admisibilidad formal de la demanda de casación presentada por la defensora del procesado *Isaac Germán Sandoval Escobar*, contra la sentencia del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, por medio de la cual se confirmó en su integridad la proferida por el Juzgado Cuarenta y Nueve Penal del Circuito de la misma ciudad por el delito de homicidio.

ANTECEDENTES

Mediante pronunciamiento fechado el 26 de octubre de 1995, el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, al desatar el recurso interpuesto, confirmó la sentencia emitida por el Juzgado Cuarenta y Nueve Penal del Circuito de la misma ciudad.

Inconforme con esta decisión, la defensora del procesado interpuso el recurso extraordinario de casación, el cual fue concedido. En el término legal se presentó la demanda.

ACTUACIÓN PROCESAL

La libelista formula dos cargos contra la sentencia de segunda instancia, a saber:

En la primera censura, al amparo de la causal primera de casación acusa al Tribunal de haber incurrido en violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho al distorsionar el sentido de los testimonios de Edgar José Poveda Luque, Pablo Emilio Medina Luque y Elizabeth Hernández.

Luego de trascribir y cuestionar algunos apartes de las citadas declaraciones, concluye que:

"Si estos testimonios fueron clave para el cargo contra mi procurado, cómo entender que *German Sandoval* hubiera podido estar al mismo tiempo agrediendo a *Pablo Emilio Medina Luque y a Edgar José Poveda Luque*, que se encontraba veinte metros adelante?. Y cómo darle credibilidad a que era el único que portaba armas si en los dos sitios hubo heridos con arma cortopunzante?. Ingenuo resultaría aceptar que existiendo como antecedente la agresión de que fue víctima *Wilson Castro* con la cacha del revólver que portaba *Pablo Emilio Medina*, aquél y sus acompañantes se hubieran ido desarmados a cobrar venganza, luego de haber proferido amenazas como las que relató durante la audiencia pública Yeimy Brillith Rojas Gónzalez, compañera del occiso *Emerson Fandiño Bernal*...".

Como normas violadas enuncia los artículos 5 del Código Penal y 254, 294 y 445 del Código de Procedimiento Penal.

Como un segundo reproche, bajo los lineamientos de la violación directa de la ley sustancial, la demandante acusa al sentenciador de no haber aplicado el artículo 445 del Código de Procedimiento Penal, corretivo del principio universal del *in dubio pro reo*.

En lo que se puede entender como la demostración del cargo, la libelista dijo:

"No existe en el plenario una sola afirmación de testigo presencial que diga con certeza y sin lugar a dudas, haber visto que *Isaac Germán Sandoval Escobar hiriera a Emerson Fandiño Bernal*; las que obran son suposiciones, presunciones y referencias de oídas...".

Por las precedentes argumentaciones, solicita a la Corte casar la sentencia y en su lugar dictar fallo absolutorio en favor del procesado.

Consideraciones de la Corte

Surge evidente que la demanda de casación que a nombre del procesado *Isaac Germán Sandoval Escobar* presentó su defensora, no reúne los requisitos formales de claridad y precisión que exige el artículo 225 del Código de Procedimiento Penal.

Si bien es cierto que el enunciado de los cargos consignados en la demanda se ajusta a las previsiones legales y jurisprudenciales, también

lo es que el desarrollo que a ellos se les dió no compagina con las hipótesis escogidas por la libelista.

En efecto, en lo que corresponde a la formulación jurídica del primer reparo, se observa que no obstante enmarcarse dentro de los parámetros de la violación indirecta de la ley sustancial por errores de hecho generados en la apreciación de la prueba testimonial, su labor demostrativa la hizo consistir en oponerse al grado de estimación probatoria que el Tribunal otorgó a los testimonios que la casacionista acusa como distorsionados.

Así planteado el cargo bien puede concluirse que la inconformidad de la recurrente no es otra que la de pretender, como si se tratara de una adicional instancia, revivir el debate probatorio ya agotado con las decisiones de primer y segundo grado.

Mírese cómo lo que ha querido la demandante es desconocer la valoración que el *ad quem* dio a las tres citadas declaraciones, las cuales califica como "claves para el cargo contra mi procurado", para a renglón seguido resaltar el testimonio de la compañera del occiso como contentivo de la "verdad". Tales disquisiciones riñen no sólo con el enunciado de la censura sino que se alejan del sendero del error de hecho propuesto para desembocar, antitécnicamente, en un error de derecho generado por falso juicio de convicción.

Reiterada ha sido la jurisprudencia de la Corte en el sentido de que no es posible demandar en esta sede el grado de valor positivo o negativo que los falladores le otorgaron a los medios de convicción; pues bien sabido es que en nuestro sistema procesal, como regla general, no opera la tarifa legal como sustento de la apreciación probatoria, sino el de la persuación racional o sana crítica.

Por último, debe recordarse que cuando se trata de error de hecho originado en falso juicio de identidad, el libelista tiene la obligación de enseñarle a la Corte que el sentenciador le dió a la prueba un alcance material equivocado, desfigurando su contenido objetivo, para luego resaltar la trascendencia del yerro frente a la decisión impugnada.

En cuanto al segundo cargo, la falta de técnica es mucho más evidente, pues desconoce que cuando el ataque se dirige por violación directa de la ley sustancial, el debate es eminentemente jurídico, es decir, no se debe tener en cuenta el aspecto fáctico o probatorio, por cuanto que el yerro sólo recae sobre la aplicación de la norma al caso en concreto.

Para que pueda invocarse en sede de casación la violación directa del art.445 del C. de P. P. (*indubio pro - reo*) es preciso que el juzgador no obstante haber aceptado la existencia de la duda, se abstenga de aplicar la norma citada y, por lo mismo, condene al acusado, que no es el caso que nos ocupa.

Como puede verse, la libelista no respetó estos postulados, ya que centró la demostración del cargo exclusivamente en señalar que "no existe testigo presencial que diga con certeza y sin lugar a dudas, haber visto que *Isaac Germán Sandoval Escobar* hiriera a *Emerson Vandiño Bernal*; las que obran son suposiciones, presunciones y referencias de oídas", afirmaciones que no son propias del supuesto de ataque escogido.

Así las cosas, frente a los anotados yerros de la demanda y dado que a la Corte no le es permitido, en virtud del principio de limitación, entrar a suplir sus inconsistencias, se impone su rechazo, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 226 del Código de Procedimiento Penal.

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

RESUELVE:

RECHAZAR *IN LIMINE* la demanda de casación presentada por la defensora del procesado *Isaac Germán Sandoval Escobar*. En consecuencia, se declara desierto el recurso interpuesto.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria

IMPEDIMENTO/ HABER DICTADO PROVIDENCIA/ TRANSITO DE LEGISLACION/ AUDIENCIA PUBLICA

El actual Código de Procedimiento Penal que derogó el anterior (Decreto 050 de 1987) y que comenzó a regir el 1° de julio de 1992, estableció en el artículo 13 transitorio que aquellos procesos en trámite en los cuales se hubiere dado inicio a la diligencia de audiencia pública, en el momento de la entrada en vigor de la nueva ley, se continuarían tramitando por el código anterior.

Con base en la anterior preceptiva y teniendo en cuenta que en el presente proceso la diligencia de audiencia se inició el día 27 de noviembre de 1992, se ha de concluir que se debía seguir tramitando de conformidad con el código procesal actualmente vigente y que, por lo mismo, no le era aplicable el impedimento consagrado para las Salas Penales de los Tribunales en el artículo 535 del código anterior.

Esta norma trataba de garantizar la imparcialidad, para que los funcionarios que por cualquier razón hubiesen conocido de un proceso, no estuvieran prejuzgados al tener que resolver del mismo con posterioridad.

Esta fue una de las razones que determinaron la adopción de un sistema de tendencia acusatoria, en el que la Fiscalía se hace cargo de la instrucción y de la acusación y los jueces del juzgamiento.

Pero la pretendida imparcialidad que se quiso salvaguardar en vigencia del anterior código fue solamente parcial, puesto que el artículo que se comenta fue modificado por el 34 del Decreto 1861 de 1989, en el que se dispuso que las previsiones de dicha norma no serían aplicables en los Tribunales en los que existiese Sala Única o cuando la Sala Penal tuviese un número inferior a seis (6) Magistrados.

Lo anterior para evitar el traumatismo que la norma ocasionó inicialmente, puesto que en dichos Tribunales se hacía prácticamente imposible tramitar los procesos, porque los Magistrados quedaban impedidos por apelaciones interpuestas en el sumario y, por ende, las que se produjeran en la causa debían de ser conocidas por Salas totalmente integradas por conjueces.

Recuérdese, igualmente, que la instrucción y acusación a cargo de los Jueces de Instrucción Criminal y el juzgamiento de los Jueces Penales del Circuito y Superiores era sólo aplicable a los procesos de competencia de estos funcionarios, puesto que en los de conocimiento de los Jueces Municipales, de los Tribunales Superiores y de la Corte Suprema de Justicia, la instrucción, la acusación y el juzgamiento era de competencia de los mismos funcionarios.

Lo anterior demuestra que la pretendida garantía de imparcialidad de este sistema era limitada. Además, no debe olvidarse que durante toda la historia judicial del país era un mismo funcionario el que realizaba las funciones de acusación y juzgamiento, por estar insertos en un proceso de tendencia inquisitiva, sin que por ello hubieren sido calificados de parcializados.

Lo dicho nos lleva a concluir que la norma procesal según la cual la Sala que hubiera conocido de la apelación en la etapa sumaria quedaba impedida para conocer, en el mismo proceso, de cualquier providencia en la etapa de juzgamiento, fue de alcance restringido y no puede considerarse como de efectos sustanciales favorables al procesado, de modo que conllevara la anulación de los procesos en que no se le dio aplicación ultractiva.

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

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Enrique Córdoba Poveda*

Aprobado Acta No.101

Proceso No. 9185

Vistos

Agotado el trámite previo, procede la Corte a resolver los cargos presentados por el demandante en casación, contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, el 7 de octubre de 1993, mediante la cual se confirmó parcialmente el fallo condenatorio emitido por el Juzgado Treinta y Uno Penal del Circuito de la misma ciudad, al absolverlo en relación con el cargo de haber cobrado por la vía ejecutiva una obligación por valor de $1'300.000.oo y disminuyéndole la pena a 15 meses de prisión, por los delitos de fraude procesal en concurso homogéneo y estafa en grado de tentativa en concurso heterogéneo de hechos punibles, imputados a Julio Ernesto Jaramillo Vera.

Hechos

La Procuraduría Delegada los sintetizó así:

"*El veintitrés de julio de mil novecientos ochenta y siete, Julio Jaramillo Vera interpuso demanda ejecutiva contra Manuel Santos Muñoz para co-*

brar un cheque por valor de $1'400.000.oo. En el mismo ejecutivo adelantado ante el Juzgado 26 Civil del Circuito solicitó la acumulación de otra demanda ejecutiva contra el mismo para el cobro de un cheque por valor de $840.000.00 presentada el 11 de noviembre del mismo año, en el que se demostró que tal título valor respaldaba una deuda que también lo estaba con un pagaré que fue cobrado judicialmente por Printoja Vargas ante el Juzgado Primero Civil de Villavicencio".

ACTUACIÓN PROCESAL

Presentada y ratificada la denuncia por los hechos anteriormente reseñados, el Juzgado 45 de Instrucción Criminal profirió auto de apertura de investigación en el que ordenó, entre otras cosas, ampliar la denuncia y vincular mediante indagatoria a Julio Ernesto Jaramillo Vera, proveído que lleva fecha del 21 de mayo de 1990.

Presentada la demanda de constitución de parte civil, se admitió por auto del 11 de junio de 1990.

Ampliada nuevamente la denuncia y recaudadas varias pruebas, se cerró la investigación y se calificó el mérito del sumario el día 5 de noviembre de 1991 con resolución de acusación contra el procesado Jaramillo Vera como autor de los delitos de fraude procesal y estafa en la modalidad de tentativa. Así mismo, se le profirió medida de aseguramiento de detención preventiva con el beneficio de la libertad provisional, decisión que fue confirmada con algunas modificaciones por el Tribunal, el 14 de mayo de 1992.

El expediente pasó al Juzgado 31 Penal del Circuito, el que por auto del 5 de junio de 1992 abrió el juicio a pruebas, período del que sólo hizo uso la parte defensora.

Practicadas algunas pruebas, se celebró la audiencia pública y se pronunció la sentencia de primera instancia el día 11 de agosto de 1993, en la que se condenó al procesado Julio Ernesto Vera a la pena de prisión de 16 meses y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, como autor de los delitos de fraude procesal en concurso homogéneo y estafa en grado de tentativa en concurso heterogéneo de hechos punibles, otorgándole el subrogado de la condena de ejecución condicional.

Apelado el fallo el Tribunal al desatar el recurso concluyó con la confirmación parcial de la condena, al absolverlo del cargo que hacía referencia al cobro por la vía judicial ejecutiva de una obligación pecuniaria por valor de $1'300.000.oo, contenida en un cheque por valor de $1'400.000.oo, menos un abono de $100.000.oo.

LOS ARGUMENTOS DE LA DEMANDA

El procesado quien ostenta la calidad de abogado titulado formula, cuatro cargos contra la sentencia de segunda instancia. El primero de

ellos, por estimar el fallo violatorio del artículo 29 de la Constitución Nacional, en cuanto al debido proceso y artículos 29, numerales 3 y 4 del C. P. y 40 de la misma norma en sus numerales 3 y 4, por errónea aplicación, al considerar que el inriminado se había ubicado en la penalidad establecida por el artículo 182 *ibídem*-Código Penal, en cuanto a la infracción considerada como Fraude Procesal en concordancia con la cita del artículo 356 del mismo Código Penal, mediante la cual se establecen presupuestos necesarios para configurar el delito de Estafa ..."

A renglón seguido afirma que la violación a la ley sustancial en que incurrió el fallador de instancia fue indirecta, por haber deformado los hechos y dado el carácter de delictivo a algo que no lo tiene, pues se trataba de una actividad eminentemente civil, sin que existiera prueba fehaciente de que el ejecutado hubiera pagado ya la obligación.

Advierte que se tuvo como única prueba la existente en el proceso tramitado en el Juzgado 26 Civil del Circuito de Bogotá, desconociéndose la que aparece en el proceso ejecutivo de Marco Antonio Pantoja Vargas contra Covimeta Ltda. que fue finalmente la entidad que canceló la obligación, de conformidad con lo dispuesto por el Jizgado Primero Civil de Villavicencio, y que si se hubiese tenido en cuenta esta prueba se habrían dado los elementos para acogerse a las previsiones de los artículos 29 y 40 del C. P.

Luego hace una enumeración de las sumas que en su criterio le adeudaba, para insistir nuevamente que se le dio una equivocada interpretación a la prueba documental.

Formula un segundo cargo bajo el amparo de la causal primera de casación, por considerar que la sentencia es violatoria de manera indirecta de la ley sustancial por haberse apreciado erróneamente la prueba testimonial y, de manera concreta, la rendida por el testigo Marco Antonio Pantoja, al ser tomado de manera parcial, puesto que en ninguna parte afirmó que el pagaré lo hubiese recibido del procesado, sino que le fue entregado en garantía para respaldar los salarios y prestaciones sociales.

Insiste en que quien pagó la obligación contenida en el pagaré y que originó el proceso ejecutivo en Villavicencio fue Covimeta Ltda, entidad privada de la cual el procesado es su mayor accionista y, por tanto, la obligación en favor de Pantoja en ningún momento fue cancelada por Manuel Santos Muñoz.

Estima que de esta manera se violó la norma que consagra el principio de legalidad.

Un tercer cargo lo formula igualmente al amparo de la causal primera de casación, por considerar que la sentencia es violatoria de la ley sustancial por desestimación de la prueba existente, llevándolo a concluir que "Se profirió sentencia condenatoria en ambas instancias, desestimando la prueba fundamental y dándole valor equivocado y erróneo, con exclusividad únicamente al proceso ejecutivo del inriminado contra Santos Muñoz,

del Juzgado 26 Civil del Circuito de Bogotá y a la manifestación del denunciante, sin calificar la prueba documental del Juzgado Primero Civil del Circuito de Villavicencio, para aplicar el principio de exculpación o justificación del hecho e inexistencia delictual, por no estar calificada la ejecución que consagran los artículos 488 y 525 del C. C., contempladas dentro de la modalidad delictiva".

En un cuarto cargo predica la nulidad del fallo por falta de competencia funcional del Tribunal Superior de Santafé Bogotá porque estima que: "La misma Sala Penal del mismo Tribunal, no podía conocer del recurso de apelación, interpuesto contra la sentencia condenatoria del Juzgado 31 Penal del Circuito, en el mismo proceso, por estársele prohibiendo el artículo 34 del Decreto 1861 de 1989 en su inciso segundo y que hoy es el artículo 535 de la reforma en el ameritado Decreto, ya que esta norma establece claramente, el principio de exclusividad funcional, en razón de que su contexto dice lo siguiente: Las apelaciones que se surtan en la etapa de investigación, por delitos cuyo conocimiento corresponde en segunda instancia a los Tribunales, se decidirán por las Salas respectivas, las cuales no podrán conocer en ese mismo proceso de cualesquier providencia proferida en la etapa de juzgamiento".

Advierte que como la misma Sala había conocido de la resolución de acusación, no podía conocer de la sentencia.

Solicita se case el fallo impugnado para que se absuelva al procesado de todos los cargos "o en subsidio, se dicte la providencia que esa Alta Corporación considere ajustada a derecho y conservando la unificación de la doctrina".

Opinión del Procurador Tercero delegado en lo Penal

Inicia su concepto con el análisis de la nulidad propuesta y destaca la forma como el censor incumple las exigencias legales en relación con su formulación, recordándole el contenido del artículo 308 del C. de P. P. en el que se precisa que "quien alegue una nulidad tiene que demostrar que se trata de una irregularidad sustancial, que se han afectado los derechos de los sujetos procesales o que se han desconocido las bases fundamentales de la instrucción y el juzgamiento" principio éste que no fue cumplido cabalmente por el demandante quien si bien sentó como base de su denuncia el quebrantamiento de algunas normas procesales, omitió examinar en conjunto lo sucedido durante la actuación, para determinar la trascendencia de la irregularidad denunciada frente a la norma reguladora del debido proceso, o las normas propias de la competencia para demostrar por qué considera que con tal irregularidad se violó el principio de la competencia funcional, habida cuenta de que basa su petición de anulación en la falta de capacidad -agrega funcional- del Tribunal para resolver la apelación interpuesta contra la sentencia de primera instancia".

En relación con la censura, acepta que si bien en principio el artículo 535 del Decreto 050 de 1987 podría darle la razón, en virtud de que la misma Magistrada Ponente que conoció la apelación de la resolución de acusación fue quien desató la impugnación de la sentencia, el censor omitió considerar el tránsito de legislación que operó en materia procesal durante el trámite de la actuación.

Acepta que tal norma tenía como finalidad garantizar la imparcialidad del juez, figura que considera "necesaria en un sistema que si bien separaba las dos etapas fundamentales del proceso (instrucción y juzgamiento) y radicaba en cabeza de funcionarios diversos el trámite de las mismas, pertenecían ambos al mismo sistema judicial sin clara independencia entre ellos".

Estima que con la creación de la Fiscalía General se avanzó bastante en la preservación del principio de imparcialidad, por ser asignada a esta institución todo lo relacionado con la instrucción y la acusación; y es por ello que la normatividad procesal actualmente vigente no contempla las previsiones de la anterior, disponiéndose en el artículo 13 transitorio que los procesos en los que se hubiera iniciado la audiencia pública se continuarían tramitando con base en la anterior norma, situación que lo lleva a concluir que "en este caso prevalece la vigencia de la norma nueva sobre el espíritu del legislador en las anteriores disposiciones, pues para la fecha en que entró a regir el actual Código de Procedimiento Penal (Decreto 2700 de 1991), la audiencia pública aún no se había celebrado y por ello no se dió aplicación al artículo 535 comentado, porque además -insiste la Delegada- no fue que tal garantía hubiese sido olvidada por el legislador de 1991 sino que, dada la estructura del nuevo proceso penal, no era necesaria su inclusión".

Considera que la irregularidad denunciada no tiene entidad suficiente para que se acepte como una nulidad invalidatoria del proceso.

Sobre el primer cargo, en el que se plantea la violación de los artículos 29 de la C. N.; 29, numerales 3 y 4, y 40 numerales 3 y 4 del C. P., todos ellos por errónea aplicación, estima que la sola enunciación del ataque implica ya una deficiencia técnica, en tanto que la infracción de las disposiciones citadas generan consecuencias diversas, porque si es de la norma constitucional será una nulidad por falta de competencia, por vulneración del debido proceso o por afectación del derecho a la defensa. Y si se trata de la vulneración de las normas legales, éstas sólo manifiestan sus consecuencias en la sentencia, problema que bien puede corregirse en sede de casación.

Considera, además, que al pregonar la infracción simultánea de diversas normas penales, unas relacionadas con algunas de las causales de justificación y otras con las de inculpabilidad, hay falta de claridad en el planteamiento, lo que no permite establecer con precisión cual es el alcance de las pretensiones anunciadas.

Luego hace referencia a las afirmaciones del libelo con respecto a la presunta vulneración de los artículos 182 y 356 del C. P., de los cuales el censor se limita a aseverar que el fraude procesal exige para su tipificación la realización de actos dolosos y que en el caso a estudio no se dan porque se trató de ejercer un derecho, el cobro ejecutivo de una acreencia que está plenamente autorizado por el C. de P. C.

Después alude a las afirmaciones del demandante cuando predica la existencia de una errónea valoración de la prueba documental, comentando que "Sobre esta base, debe entenderse que el censor predica la existencia de un falso juicio de identidad en relación con las copias del proceso civil tramitado ante el Juzgado 26 de Bogotá porque en ellas no está fehacientemente comprobado que el ejecutado hubiera pagado la obligación, hecho éste que además se encuentra rebatido con las copias precedentes del Juzgado de Villavicencio (sobre las cuales se cometió un falso juicio de existencia por omisión, al decir del libelista) y con las cuales se establece que quien pagó la obligación fue la empresa Covimeta Ltda. no el denunciante Santos Muñoz".

Con relación al segundo de los supuestos yerros considera que el Tribunal sí tuvo en cuenta el proceso ejecutivo adelantado en Villavicencio, para concluir que el pagaré no ha podido ser entregado en garantía, como lo afirmó el procesado, sino para su cobro ejecutivo, situación que lo lleva a compartir lo reconocido en ambas instancias, en el sentido de que el sólo hecho de haber entregado en garantía el mencionado pagaré a Pantoja, constituye una forma de disponer de él, restándole, correlativamente, al cheque su capacidad de prueba de una obligación exigible, puesto que conteniendo materialmente la misma obligación que había sido pagada, el cobro -judicialmente posible- no resultaba, sin embargo, lícito.

Es decir, consideraron los juzgadores que resultaba irrelevante saber si era cierto o no que "sólo" había sido entregado en garantía, pues su condición de abogado hábil le permitía saber que tal proceder anulaba la obligación contenida en el cheque, por ser la misma del pagaré".

Solicita se rechace el cargo.

Con referencia al segundo cargo, sostiene que está signado con similares errores de técnica evidenciados en los anteriores, pues deja sus alegaciones en el plano de las simples invocaciones, sin demostración alguna de los errores supuestamente cometidos.

Es así como en la crítica que formula al testimonio de Pantoja, supuestamente cercenado en su contenido, no hace un análisis de la incidencia que tal declaración haya podido tener en el fallo impugnado, ni precisa las razones por las cuales el hecho de que Pantoja hubiera recibido el documento en garantía de sus salarios y prestaciones, es demostrativa de que el procesado hubiera actuado bajo una causal de inculpabilidad.

En lo que respecta al testimonio de Santos Muñoz critica al censor en cuanto se limita a discrepar porque se le haya dado el valor de plena prueba, con lo cual revela la verdadera intención del ataque, esto es, que se le dé credibilidad a la versión rendida por el denunciante, planteando de esta manera un falso juicio de convicción que no es posible en tratándose de este tipo de pruebas.

Solicita la no prosperidad del cargo.

En lo concerniente con el tercer cargo insiste en las falencias técnicas, cuando sostiene: "Inicialmente, sin invocar causal alguna de casación que sustente sus argumentos, el censor parece dirigir sus proposiciones por la vía de la violación directa de la ley, pues no hace referencia directa a las pruebas recaudadas en la tramitación del asunto, afirmando sin embargo que a un hecho lícito y autorizado por la ley civil, se le atribuyó naturaleza delictiva, aludiendo a la demostración de tal aseveración por medio de planteamientos anteriores".

Dice que el libelista se limita a mencionar algunas pruebas que en su criterio fueron indebidamente apreciadas, repitiendo razones de los cargos ya formulados y sin introducir nuevas.

En otro de sus apartes destaca la aseveración según la cual no existe fundamento para el proferimiento de la resolución de acusación, ni para la sentencia, lo que pareciera indicar que invoca una nueva causal de anulación, pero todo se queda allí en la mera enunciación, sin que se den argumentos que sirvan de fundamento a lo que se afirma.

Solicita no se case la sentencia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Al haberse propuesto una nulidad y siguiendo el principio de prioridad se hará en primer lugar el análisis de la misma, porque de llegar a prosperar sería inútil el estudio de los otros cargos formulados.

La irregularidad en la cual fundamenta la nulidad consiste en que la misma Sala del Tribunal que había conocido de la impugnación de la resolución de acusación, no podía resolver la apelación de la sentencia, fundamentándose para ello en el contenido del artículo 535 del C. de P. P. (Decreto 050 de 1987) que disponía que las salas que hubiesen conocido de apelación de autos en el sumario, no podrían desatar las que se interpusieran contra decisiones en la causa.

Para entrar a resolver el tema propuesto es menester destacar una serie de hechos respecto a determinadas fechas de la actuación procesal para determinar la aplicabilidad de la norma antes citada, si se tiene en cuenta que en el desarrollo de este proceso hubo tránsito legislativo.

Por auto del 21 de mayo de 1990 el Juzgado 45 de Instrucción Criminal dictó el auto de apertura de la investigación y la diligencia de audiencia pública se inició el 27 de noviembre de 1992.

El actual Código de Procedimiento Penal que derogó el anterior (Decreto 050 de 1987) y que comenzó a regir el 1° de julio de 1992, estableció en el artículo 13 transitorio que aquellos procesos en trámite en los cuales se hubiere dado inicio a la diligencia de audiencia pública, en el momento de la entrada en vigor de la nueva ley, se continuarían tramitando por el código anterior.

Con base en la anterior preceptiva y teniendo en cuenta que en el presente proceso la diligencia de audiencia se inició el día 27 de noviembre de 1992, se ha de concluir que se debía seguir tramitando de conformidad con el código procesal actualmente vigente y que, por lo mismo, no le era aplicable el impedimento consagrado para las Salas Penales de los Tribunales en el artículo 535 del código anterior, como parece entenderlo equivocadamente el libelista.

Esta norma trataba de garantizar la imparcialidad, para que los funcionarios que por cualquier razón hubiesen conocido de un proceso, no estuvieran prejuzgados al tener que resolver del mismo con posterioridad.

Esta fue una de las razones que determinaron la adopción de un sistema de tendencia acusatoria, en el que la Fiscalía se hace cargo de la instrucción y de la acusación y los jueces del juzgamiento.

Pero la pretendida imparcialidad que se quiso salvaguardar en vigencia del anterior código fue solamente parcial, puesto que el artículo que se comenta fue modificado por el 34 del Decreto 1861 de 1989, en el que se dispuso que las previsiones de dicha norma no serían aplicables en los Tribunales en los que existiese Sala Única o cuando la Sala Penal tuviese un número inferior a seis (6) magistrados.

Lo anterior para evitar el traumatismo que la norma ocasionó inicialmente, puesto que en dichos Tribunales se hacía prácticamente imposible tramitar los procesos, porque los Magistrados quedaban impedidos por apelaciones interpuestas en el sumario y, por ende, las que se produjeran en la causa debían de ser conocidas por Salas totalmente integradas por conjueces.

Recuérdese, igualmente, que la instrucción y acusación a cargo de los Jueces de Instrucción Criminal y el juzgamiento de los Jueces Penales del Circuito y Superiores era sólo aplicable a los procesos de competencia de estos funcionarios, puesto que en los de conocimiento de los Jueces Municipales, de los Tribunales Superiores y de la Corte Suprema de Justicia, la instrucción, la acusación y el juzgamiento era de competencia de los mismos funcionarios.

Lo anterior demuestra que la pretendida garantía de imparcialidad de este sistema era limitada. Además, no debe olvidarse que durante toda la historia judicial del país era un mismo funcionario el que realizaba las funciones de acusación y juzgamiento, por estar insertos en un proceso de tendencia inquisitiva, sin que por ello hubieren sido calificados de parcializados.

Lo dicho nos lleva a concluir que la norma procesal según la cual la Sala que hubiera conocido de la apelación en la etapa sumarial quedaba impedida para conocer, en el mismo proceso, de cualquier providencia en la etapa de juzgamiento, fue de alcance restringido y no puede considerarse como de efectos sustanciales favorables al procesado, de modo que conllevara la anulación de los procesos en que no se le dió aplicación ultraactiva.

En consecuencia, el cargo de nulidad debe ser rechazado, tal como lo solicita el Procurador Delegado.

El cargo presentado en el acápite primero no lo ubica el censor dentro de una determinada causal de casación, pues se limita a hablar de una errónea aplicación del artículo 29 de la C. N. y de los numerales 3 y 4 de los artículos 29 y 40 del C.P. Por su enunciado pareciera que se refiere a la violación directa, pero más adelante en lo que se puede entender como la demostración del mismo habla de violación indirecta por deformación de los hechos, surgida de la distorsión de las pruebas, puesto que se falló con fundamento en el proceso de ejecución adelantado en el Juzgado 26 Civil del Circuito de Santafé de Bogotá y porque considera que no existe elemento de juicio fehaciente que demuestre que la obligación estuviese cancelada, habida cuenta que se encuentra establecido que quien lo hizo fue Covimeta.

Como se observa del planteamiento, los errores de técnica son evidentes y, además, no precisa cuál es la prueba deformada, ni menos intenta demostrar la incidencia que ese supuesto error de hecho tuvo en la sentencia que es motivo de impugnación.

Señala que si no se incurre en los errores que plantea se hubieran podido reconocer las eximentes consagradas en los artículos 29 y 40 del C. P. (recuérdese que menciona los numerales 3 y 4 de ambos artículos).

Es obvio concluir que el planteamiento es absolutamente confuso y contradictorio, pues las justificantes y disculpantes propuestas son inconciliables entre sí, de tal manera que es imposible para la Corporación vislumbrar cual es la finalidad o propósito que busca el impugnante y este tipo de yerros técnicos no pueden ser corregidos por la Sala en virtud del principio de limitación.

En las condiciones precedentes, y tal como lo solicita el Procurador Delegado, debe rechazarse la censura formulada.

El cargo segundo lo presenta al amparo de la causal primera por una presunta violación indirecta de la ley penal, a pesar de que no lo dice, sino que se deduce de sus argumentaciones, porque estima que hubo una errónea apreciación de la prueba testimonial y, en particular, de la versión de Marco Antonio Pantoja, "ya que se desestimó en el aspecto fundamental, tomando parcialmente su relato", para más adelante aseverar que hubo "omisión del testimonio del señor Pantoja, rendido en audiencia

pública ...", planteamiento impreciso y confuso que le impide a la Sala conocer el verdadero rumbo de las pretensiones del censor y, por lo mismo, penetrar en el estudio a fondo de la causal invocada.

Por otra parte, tampoco demuestra la trascendencia del pretendido error en la sentencia.

Después afirma que hubo apreciación falsa de la prueba aludiendo al testimonio del denunciante, "dado que se tomó como plena prueba", pero en ningún momento dice en qué consiste el supuesto yerro, ni cual su incidencia en el fallo cuestionado, lo que lleva a concluir que se trata de un desacuerdo con la credibilidad que al mismo le dieron los funcionarios de instancia, desviando el ataque hacia el error de derecho por falso juicio de convicción, inadmisible, en principio, en esta clase de prueba en sede de casación.

Más adelante propone que los sentenciadores desestimaron la prueba documental, a saber, el proceso ejecutivo adelantado por Buntoja Vargas en el Juzgado Primero Civil del Circuito de Villavicencio -lo que no es cierto-, para plantear un falso juicio de existencia y, como ya se dijo, se trata de un mero desacuerdo respecto a la valoración probatoria que hicieron las instancias.

En tan precarias condiciones de técnica es preciso desechar el cargo formulado.

Plantea una "causal tercera" cuando asevera que hubo violación de la ley sustancial "al darle categoría de delito, con sentido jurídico a un hecho que carece de dicha modalidad, por aplicación indebida y en forma errada, calificando dentro del presupuesto de la penalización, lo que en sana lógica jurídica es el derecho de ejecución judicial".

No enuncia bajo qué causal formula la acusación, ni el sentido de la misma, ni precisa si se trata de una violación directa o indirecta, deduciéndose por las argumentaciones que lo que realmente plantea es una violación indirecta de la ley sustancial, por lo menos en lo que hace relación a este párrafo: "No hubo precisión específica de los cargos en el sentido correcto de legalidad, por falso juicio de identidad, ya que se desfiguró la realidad procedimental, al calificar y sentenciar hechos imaginarios, atribuyéndoles existencia legal, con presupuestos probatorios imaginarios y prefigurados y desconociendo por omisión, la certeza de inexistencia delictual, al desestimar la prueba en su conjunto documentalmente recogida y testimonialmente recogida".

Nuevamente omite decir cuál fue la prueba desestimada y cuál su trascendencia en el fallo cuestionado.

Sin embargo, tampoco le asiste la razón al impugnante, porque se demostró, y así lo entendieron las instancias, que la obligación había sido cancelada cuando luego de endosar el pagaré, la persona que lo recibió

inició juicio ejecutivo contra Covimela, (empresa en ese momento del señor Santos Muñoz) y, como consecuencia, se pagó la obligación que había surgido como resultado de un sobregiro garantizando con el citado título valor, conjuntamente firmado por el procesado y el denunciante, que al no ser cancelado por éste, fue pagado por aquél y quedaron en su poder tanto ese instrumento como el cheque girado por el denunciante e impagado por el banco girado.

En tales condiciones, el señor Jaramillo endosó el pagaré, que como ya se anticipó, dio origen a un proceso ejecutivo, tramitado en el Juzgado Primero Civil del Circuito de Villavicencio, dentro del cual la obligación inicialmente surgida quedó cancelada, pero con el cheque se presentó otra demanda que fue acumulada al proceso ejecutivo que se adelantaba en el Juzgado 26 Civil del Circuito de Bogotá, produciéndose el fraude procesal que ha sido objeto de investigación y análisis en este proceso.

Es evidente que el ejercicio profesional del derecho es una profesión lícita, de la misma manera que recurrir a los procedimientos judiciales para hacer valer los derechos de los ciudadanos, pero es imposible desconocer que cuando una obligación ha sido satisfecha y se inicia un proceso para obtener un doble pago con relación a la misma, surge un engaño para el juez encaminado a obtener una decisión contraria a la ley y, consecuentemente, la concreción del fraude procesal.

Son estos los argumentos expuestos por las instancias, con asidero en los elementos probatorios existentes en el proceso, y que nos llevan a concluir que tampoco por este aspecto le asiste la razón al censor y que por lo tanto, y como lo solicita el Procurador Delegado, debe rechazarse el cargo formulado.

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

RESUELVE:

No CASAR el fallo impugnado.

Cópiese y devuélvase al Tribunal de origen.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria

IMPEDIMENTO/ RECUSACION

De antaño viene sosteniendo la jurisprudencia de esta Corte Sobre las diferencias en la materia de impedimentos y recusaciones, en orden no sólo a la transparencia que debe gobernar la actuación de los sujetos procesales y de los funcionarios judiciales, sino para evitar aquella irregular costumbre en el litigio, de proponer la "invitación o solicitud al impedimento".

Como lo recordó el Ministerio Público, la Sala sostuvo en ocasión pasada que:

"...provocar, promover, suscitar la separación del funcionario de conocimiento del proceso, y esta figura, sea por vía de la invitación o de la solicitud, que para el caso es lo mismo, no existe en nuestro procedimiento penal y ni siquiera tiene cabida en el civil. Ya se ha asegurado por esta Corporación que la declaración de impedimento es determinación de la exclusiva incumbencia del funcionario, atributo suyo propio y único, pues sólo a él corresponde auscultar su particular situación y decidir, conforme a la misma, silenciar o manifestar la excusa." (M.P. Dr. Gustavo Gómez Velásquez, auto 16 de septiembre de1991.)

En auto de marzo 1° de 1984, con la misma tutoría del doctor Gómez Velásquez, se dijo:

«...La obligación del funcionario público, cuando advierte uno cualquiera de los motivos consagrados por la legislación como causales de separación, es perentoria: manifestar su impedimento sin reticencias ni pretextos. En este punto se le demanda rectitud y claridad buscando tan solo los altos fines a que responde el comentado instituto. Cualquiera de las partes debe, por iniciativa propia, en circunstancias tales, introducir la recusación pertinente, aportando la demostración de rigor. Iguales factores de lealtad y probidad deben existir. Pero la distorsión institucional se presenta cuando las partes se abstienen de formular y probar la recusación, para insinuar al funcionario la conveniencia o justicia de invocar su impedimento. Y aquél resuelve referirse a éste, tramitándose posteriormente el incidente por las normas propias de la recusación.

El C. de P. P. trae dictados legales para uno y otro eventos. Pero no es dable mezclarlos ni tratar de solucionar un impedimento cuando lo que se ha presentado es una recusación o atender ésta con los preceptos de aquél. Una petición de una parte en el sentido de reclamar la exteriorización de un impedimento, debería responderse con la invocación del fuero propio que implica esta función, sin involucrar los motivos del cuestionamiento. Y allí pararía el asunto, sin atraer la intervención del homólogo que sigue en turno o la del inmediato superior. Esta doble actuación solo posibilita cuando el que puede excusarse manifiesta el impedimento...".

Mas recientemente reiteró esta Sala:

"En consecuencia, la invitación o sugerencia a que el funcionario se declare impedido, es una figura extraña a nuestro sistema procedimental, a la cual debe hacerse caso omiso pues de lo contrario se estaría dando creación a un tercer sistema que no estuvo en el espíritu del legislador estructurar" (auto de enero 24/96, única 10.381, M. P. Dr. Dídimo Páez Velandia).

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

Magistrado Ponente: Dr. *Nilson Pinilla Pinilla.*

Aprobado Acta No. 101.

Proceso No. 10176.

VISTOS

Por recurso de apelación interpuesto en oportunidad por la procesada y su defensor y sustentado en forma oral en los términos contenidos por el artículo 196B del C. de P. P., conoce la Corte la sentencia proferida el 15 de diciembre de 1994 por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, a través de la cual condenó a la doctora Stella María Reyes Neira, a las penas principales de 13 meses de prisión como responsable del delito de prevaricato por omisión (art. 150 C.P.), cometido en ejercicio de la función de Juez 14 Civil del Circuito de este Distrito Capital, e interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término, y a la pena accesoria de pérdida del aludido cargo.

Resolvió, además, abstenerse de condenarla al pago de perjuicios y de decretar la nulidad parcial de la resolución acusatoria; absolvió a la doctora Reyes Neira del hecho punible abuso de función pública y le otorgó el subrogado penal de la condena de ejecución condicional.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

1. Ante el Juzgado 14 Civil del Circuito de Santafé de Bogotá se adelantaba el proceso de admisión de concordato preventivo voluntario pedi-

do por el comerciante Manuel Antonio Manrique Soriano, asunto que derivó en declaratoria de quiebra, dispuesta por auto de 4 de junio de 1986 (fs. 1 a 3, primer cdno. anexos), en razón a impugnación propuesta por algunos de sus acreedores.

Mediante escrito presentado el 24 de junio siguiente (f. 13 ib.), la apoderada de Manrique Soriano solicitó a la funcionaria de conocimiento "se declare impedida para seguir conociendo de este proceso." Y agregó: "Señalo como causal de recusación la que consagra el numeral 9° del at. (sic) 152 (sic) del C. de P.C.", invitación al impedimento respondida por la doctora Reyes Neira en providencia de 24 de septiembre de 1986 (f. 14 ib.) en el sentido de "*no aceptar* los cargos que hace la apoderada judicial de la parte demandante", y en consecuencia dispuso que una vez ejecutoriado el mencionado auto, el proceso fuera remitido al Tribunal Superior para que dirima el incidente.

Luego de varias actuaciones, el Tribunal Superior al revisar por vía de apelación la providencia de octubre 17 de 1989, por medio de la cual el Juzgado 14 Civil del Circuito negó la nulidad propuesta por el apoderado del comerciante declarado en quiebra, por auto de 27 de noviembre de 1990 (fs. 30 y ss. primer cdno. original), revocó la providencia recurrida, y decretó la nulidad de todo lo actuado desde el 24 de junio de 1986 (fecha en que fuera presentado el escrito que invitaba a la aquí sindicada a declararse impedida), aduciendo el *ad quem* que desde este momento, por mandato de la ley (C. de P.C. art. 146 vigente para entonces), el proceso quedaba suspendido hasta tanto el superior decidiera el incidente, y sin embargo, la juez del conocimiento siguió actuando.

Retornó el proceso a la primera instancia, disponiéndose por auto del 4 de junio de 1991 que volviera al superior para que se pronunciara sobre la recusación, incidente finalmente resuelto en providencia de 30 de julio siguiente (fs. 2 y 3 cdno. 4 anexos), en el sentido de "Decretar que no hay motivo para que la señora Juez Catorce Civil del Circuito de esta ciudad, se aparte del conocimiento del asunto...".

2. El 26 de julio de 1991, el comerciante Manuel Antonio Manrique Soriano presentó ante la Sala Penal del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, denuncia penal contra la Juez 14 Civil del Circuito.

Después de practicadas varias diligencias en fase de indagación preliminar, la investigación fue abierta formalmente por el Tribunal, el 29 de enero de 1992, recibiéndose entre varias otras probanzas la indagatoria de la doctora Reyes Neira, en dos extensas sesiones (fs. 241 a 282, primer cdno. original).

Clausurada la investigación, el Tribunal competente profirió el correspondiente calificatorio, de fecha 10 de junio de 1992 (fs. 80 y ss. segundo Cdno. original), en el cual formuló acusación contra la inculpada, por el

concurso homogéneo y sucesivo de prevaricatos por omisión (arts. 26 y 150 C.P.), como concreción de los siguientes cargos:

"...No remitir el proceso al Tribunal en la forma prevista por la ley para que el superior resolviese sobre la recusación." y,

"... Retardar el proferimiento del auto de obedecimiento a lo resuelto por el superior." (fs. 91 y 97 segundo cdno. original).

Calificatorio que recurrido por la defensa fue confirmado por la Unidad de Fiscalías ante la Corte en providencia de noviembre 17 de 1992 (fs. 20 y ss. primer Cdno. segunda instancia) en lo concerniente con el primer cargo, revocó el segundo, decretando en su lugar cesación de procedimiento, y agregó a la resolución acusatoria contra la doctora Reyes Neira el delito de abuso de función pública (C.P. art. 152), al precisar que la funcionaria sindicada fuera de omitir enviar el asunto a su superior jerárquico para que resolviera sobre la recusación planteada por la apoderada del quebrado, persistió en su actuación, no obstante que, de conformidad con lo previsto en los artículos 170 y antiguo 146 (154 en la versión actual), del Código de Procedimiento Civil, la actuación se suspende desde que el funcionario judicial se declara impedido o reciba el escrito de recusación, hasta cuando haya sido resuelto el incidente.

3 Agotados los trámites procedimentales propios del juicio y sin que se adujeran nuevos medios de prueba, se celebró la audiencia pública con intervención de los sujetos procesales, y cumplida la misma produjo el Tribunal, con fecha 15 de diciembre de 1994, las decisiones mencionadas en la introducción del presente pronunciamiento, cuya alzada concurrieron a sustentar los apelantes y los no recurrentes, en el momento previamente señalado.

4. Sustentación de la impugnación:

4.1. El defensor de la acusada, tanto en su intervención oral como innecesariamente por escrito, formuló un sinnúmero de reproches contra el Magistrado ponente del fallo recurrido, aspectos que la Corte no entra a considerar por no guardar trascendencia, como lo reconoce el mismo censor, frente a lo esencial del proceso y, si hubiere substancia en ellos, el propio recriminador habría incoado lo consecuente.

Interesa rescatar de sus planteamientos, encaminados a obtener la absolución de la procesada, que el escrito por medio del cual la apoderada del comerciante Manrique Soriano invitó a la doctora *Reyes Neira*, en su condición de Juez 14 Civil del Circuito de esta ciudad, para que se declarara impedida, "carecía de explicación de la causal, de los hechos y de las pruebas" (f. 82 último cdno. de la Corte), es más, dice el recurrente que "no había tal recusación, era un papel sin los requisitos legales" (f. 75 ib.), sin embargo, la funcionaria investigada se pronunció sobre el mismo, ordenando enviar el proceso a su superior para que decidiera el incidente,

corporación que en principio omitió tratar lo referente a la recusación, para finalmente reconocer que no había motivo que llevara a la separación de la juez del conocimiento.

Enfatiza que la doctora Reyes Neira en manera alguna pretendió ocultar el proceso para que el Tribunal Superior conociera sobre la aparente recusación, de allí que no es factible reprocharle omisión por no haber enviado el proceso al superior, pues ella así lo dispuso, sólo que por omisión de la Secretaría de su despacho en el oficio remisorio no se hizo mención a ese específico motivo, desatención que no impedía que el *ad quem* resolviera en forma perentoria sobre la recusación por encima de los otros motivos por los cuales se envió el asunto en alzada.

4.2. El señor Fiscal Delegado ante los Tribunales de Santa Fe de Bogotá y Cundinamarca, pide que se confirme la sentencia contra la sindicada, que está acorde con lo sostenido por él en su intervención en la audiencia pública.

En sustento, asevera que del tipo penal de prevaricato omisivo, en lo que tiene que ver con la culpabilidad, para el dolo no se reclaman específicos ingredientes subjetivos, pues basta para su configuración que el funcionario omita un acto al que funcionalmente se encuentra obligado y, siendo como era del conocimiento de la acusada, el contenido de la norma procesal civil que le imponía la suspensión de la actuación como consecuencia de lo que ella entendió un escrito de recusación, omitió darle el trámite adecuado al incidente: que si bien existió un error de la Secretaría cuando envió el proceso al Tribunal, toda vez que realmente no se destacó el motivo que apremiaba el envío, no entiende justificable la conducta de la procesada al no advertir, cuando retornó el expediente a su despacho, que la recusación no había sido resuelta, ni comprende su afirmación en cuanto "que el Tribunal implícitamente se había pronunciado al respecto...", respuesta que encuentra sin sentido por provenir de funcionaria con amplia trayectoria en las lides jurisdiccionales de su competencia.

Además, señala que es la misma doctora Reyes Neira, quien reconoció que tuvo inconvenientes con un Secretario de su despacho, y resulta que dicho ex-empleado es el esposo de la apoderada del quebrado Manrique Soriano, a lo que se suma el hecho que la sindicada confirmó, según afirma el Fiscal, "que sí estaba casada con el resultado del proceso. Ante una pregunta mía me respondió, es que a mí se me hizo más importante proteger los intereses de ochenta personas que estaban siendo afectadas por la conducta del señor Nieto (sic)... Qué implicaba ante todo?. Llevarse por delante las disposiciones legales." (fls. 94 y 95, último cdno. Corte).

4.3. El señor Procurador 2° Delegado en lo Penal, predica desde el inicio de su intervención la inocuidad del extenso proceso seguido contra la doctora Stella María Reyes Neira, frente a la atipicidad del comporta-

miento atribuido, imputación que no puede deslindarse más allá del problema circunscrito "...en el porqué no se remitió la actuación al Tribunal para que se decidiera la recusación..."(f. 97), cuando en el escrito de la apoderada del quebrado, a cuyo texto da lectura, lo que se plasmó no fue cuestión diferente a la solicitud para que se declarara impedida, pedimento que conforme a la reiterada posición de la Corte, no tiene fundamento, ni menos efectos procesales en razón a que el impedimento surge del fuero mismo del funcionario y no de los sujetos trabados en el litigio, significando con ello que no resultaba, siquiera, el deber legal de emitir pronunciamiento sobre la posición esbozada en tales términos, que devenía, por tanto, en manifiesta improcedencia, según apoyo jurisprudencial que toma de la decisión pronunciada por esta Sala el 16 de septiembre de 1991 con ponencia del Magistrado Dr. Gustavo Gómez Velásquez, en donde analizados los puntos diferenciales entre impedimento y recusación, concluye afirmando que la invitación o solicitud al funcionario a que se declare impedido no tiene existencia ni cabida dentro del instituto procesal penal ni tampoco en el procedimiento civil, considerando insignificante que en el escrito comentado se hubiese comprendido la expresión "recusación", por no ser un problema simplemente gramatical sino de contenido material y jurídico, que reclama el acompañamiento de las pruebas del hecho o hechos generadores y de la causal alegada.

Concluye considerando que la funcionaria acusada no estaba obligada legalmente a pronunciarse "sobre esta recusación, porque esta petición no cumplía las exigencias legales, entonces es indudable que el comportamiento de ella al no remitir el proceso al Tribunal, carece de relevancia jurídica porque el procedimiento allí era legal, porque legalmente no se le imponía decidir en ese sentido frente a la petición de recusación" (f. 104). En esos términos, pide la revocatoria de la sentencia en estudio y la consecuente absolución de la implicada, por atipicidad de la conducta investigada.

Consideraciones de la Corte

Antes de abordar el fondo del asunto propuesto, ha de reconocerse al Ministerio Público que la multiplicidad de argumentos contenidos en la sentencia recurrida, no sólo hacen perder el centro del problema, sino que trascienden más allá del comportamiento materia de la resolución acusatoria, adentrándose en terrenos propios para su definición en el proceso de quiebra, desbordamiento que condujo a traer a comentario episodios que fueron materia de preclusión de la investigación y que, por tanto, no viene al caso comentar.

Para evitar equívocos y disquisiciones superfluas, debe la Corte remontarse a la actuación cumplida por la doctora Stella María Reyes Neira, en su condición de Juez 14 Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, para

encontrar los límites que derivaron en la formulación de la imputación ahora objeto del fallo censurado. Así se tiene:

1.1. Correspondió a la doctora Reyes Neira el proceso de concordato preventivo voluntario propuesto por Manuel Antonio Manrique Soriano, a través de apoderado, y cuando se tramitaba recurso de reposición y de apelación interpuesto por el demandante contra el auto de 4 de junio de 1986 que revocó el de 13 de diciembre de 1985, por medio del cual se admitió el concordato, para en su lugar declarar en estado de quiebra al comerciante *Manrique Soriano*, su representante judicial, doctora Alba Clara Zúñiga Bolaños, presentó el 24 de junio de aquel año de 1986, un escrito pidiendo:

"*...en mi condición de apoderada judicial del señor Manuel Antonio Manrique Soriano en el asunto de la referencia, atentamente solicito de Usted, se declare impedida para seguir conociendo de este proceso.*

Señalo como causal de recusación la que consagra el numeral 9 del At. (sic) 152 (sic) del C. de P.C.

En consecuencia, solicito se envíe el expediente al señor Juez 15 Civil del Circuito para que continúe su tramitación." *(f. 13 primer cdno. anexos).*

1.2. Mediante providencia de 24 de septiembre de 1986 (f. 14 ib.), la doctora Reyes Neira resolvió "NO ACEPTAR los cargos que hace la apoderada judicial de la parte demandante", aclarando que la profesional del derecho, al parecer, se refiere a la causal de recusación establecida en el Código de Procedimiento Civil artículo 142-9 para entonces vigente, pero que ella "no ha tenido enemistad ni amistad íntima con la apoderada", de ahí que dispuso que una vez en firme el auto, "remítase el...proceso al Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial Sala Civil de esta ciudad, a fin de que sea resuelto por dicha superioridad el conflicto planteado."

1.3. El proceso de quiebra estuvo en tres ocasiones en el Tribunal Superior, en dos de ellas en su integridad, corporación que advirtió que existía la aparente "recusación", pero por auto de 27 de noviembre de 1990, sin pronunciarse sobre el incidente, decretó la nulidad de todo lo actuado desde el 24 de junio de 1986 (fecha de presentación del escrito invitando al impedimento), para finalmente en proveído de 30 de julio de 1991, declarar que no hay motivo para que la funcionaria sea separada del conocimiento del asunto.

Con tales antecedentes, obligado resulta definir este interrogante: ¿Desde el punto de vista legal, debía la doctora *Reyes Neira*, pronunciarse sobre la propuesta que le hiciera la apoderada del comerciante Manrique Soriano, para que se declarara impedida?. La verdad: No. Ello por lo siguiente:

De antaño viene sosteniendo la jurisprudencia de esta Corte sobre las diferencias en materia de impedimentos y recusaciones, en orden no sólo a la transparencia que debe gobernar la actuación de los sujetos procesales y de los funcionarios judiciales, sino para evitar aquella irregular costumbre en el litigio, de proponer la "invitación o solicitud al impedimento".

Como lo recordó el Ministerio Público, la Sala sostuvo en ocasión pasada que:

"...provocar, promover, suscitar la separación del funcionario de conocimiento del proceso, y esta figura, sea por la vía de la invitación o de la solicitud, que para el caso es lo mismo, no existe en nuestro procedimiento penal y ni siquiera tiene cabida en el civil. Ya se ha asegurado por esta corporación que la declaración de impedimento es determinación de la exclusiva incumbencia del funcionario, atributo suyo propio y único, pues sólo a él corresponde auscultar su particular situación y decidir, conforme a la misma, silenciar o manifestar la excusa." (M.P. Dr. Gustavo Gómez Velásquez, auto de 16 de septiembre de 1991).

En auto de marzo 1° de 1984, con la misma tutoría del doctor Gómez Velásquez, se dijo:

"...La obligación del funcionario público, cuando advierte uno cualquiera de los motivos consagrados por la legislación como causales de separación, es perentoria: manifestar su impedimento sin reticencias ni pretextos. En este punto se le demanda rectitud y claridad buscando tan solo los altos fines a que responde el comentado instituto. Cualquiera de las partes debe, por iniciativa propia, en circunstancias tales, introducir la recusación pertinente, aportando la demostración de rigor. Iguales factores de lealtad y probidad deben existir. Pero la distorsión institucional se presenta cuando las partes se abstienen de formular y probar la recusación, para insinuar al funcionario la conveniencia o justicia de invocar su impedimento. Y aquél resuelve referirse a éste, tramitándose posteriormente el incidente por las normas propias de la recusación.

El C. de P. P. trae dictados legales para uno y otro eventos. Pero no es dable mezclarlos ni tratar de solucionar un impedimento cuando lo que se ha presentado es una recusación o atender ésta con los preceptos de aquél. Una petición de una parte en el sentido de reclamar la exteriorización de un impedimento, debería responderse con la invocación del fuero propio que implica esta función, sin involucrar los motivos del cuestionamiento. Y allí pararía el asunto, sin atraer la intervención del homólogo que sigue en turno o la del inmediato superior. Esta doble actuación sólo posibilita cuando el que puede excusarse manifiesta el impedimento...".

Mas recientemente reiteró esta Sala:

"En consecuencia, la invitación o sugerencia a que el funcionario se declare impedido, es una figura extraña a nuestro sistema procedimental, a la

cual debe hacerse caso omiso pues de lo contrario se estaría dando creación a un tercer sistema que no estuvo en el espíritu del legislador estructurar." (auto de enero 24/96, única 10.381, M.P. Dr. Dídimo Páez Velandia).

Esta solución también impera en materia civil, pues basta recordar lo que en relación con la formulación y trámite de la recusación tenía previsto el artículo 144 del Código de Procedimiento Civil, disposición vigente para el momento de la actuación de la funcionaria acusada, que guarda armonía con el actual 152. Decía la norma citada:

"Formulación y trámite de la recusación. La recusación se propondrá ante el juez del conocimiento o el magistrado ponente, con expresión de la causal alegada y los hechos en que se funde. En el mismo escrito se pedirán las pruebas que se pretendan hacer valer..." (subraya fuera del texto).

Para la Corte es claro que los jueces, magistrados y conjueces en los diversos ámbitos de competencia tienen el deber de declararse impedidos tan pronto adviertan la existencia de alguna de las causales de recusación. Las partes o sujetos procesales, pueden recusarlos cuando concurra en ellos alguno de los motivos que llevan a pensar o suponer que su imparcialidad resulta comprometida o que no tendrán el equilibrio suficiente para el cabal ejercicio de sus funciones, caso en el cual, la ley de procedimiento exige, como acaba de verse, la expresa mención de la causal, los hechos y las pruebas que a esa demostración conduzcan. Impertinente, entonces, invitar al funcionario a que lo haga, pues el derecho de los intervinientes no es formular estas excitaciones, sino recusar, claro está, cuando hay razones para ello.

Volviendo al caso examinado, ni siquiera la mención que hizo la apoderada del comerciante Manrique Soriano, al aludir a una causal de recusación, constituye adecuada proposición del incidente, pues allí no se aducen hechos ni se piden ni presentan pruebas, al punto que la funcionaria, queriendo adivinar lo pretendido, dijo que no tenía enemistad ni amistad íntima con la peticionaria, para agregar que "ni siquiera he tenido trato personal con ella" (f. 14 primer cdno. anexos). Se trata, simplemente de una invitación para que la acusada se declare impedida, indebida insinuación que, como ya se dijo, no es válida en materia procesal, pues el impedimento, se insiste, nace *motu proprio* del funcionario, y lo procedente para las partes es la recusación.

De lo hasta aquí demostrado, surge claro que para la doctora *Reyes Neira*, no nació el deber legal de pronunciarse sobre la aparente recusación, incidente que como ya se vió, no fue propuesto en la forma prevenida por la ley. No obstante lo anterior, la sindicada se refirió a la petición, ordenando remitir el proceso a su superior jerárquico para que decidiera, corporación que en las primeras oportunidades en que tuvo el asunto a su conocimiento, no advirtió el aparente incidente pendiente de definición y fue bastante tiempo después cuando lo desestimó expresamente.

De todo lo anterior emerge claramente que los hechos no revelan omisión, denegación ni retardo penalmente subsumibles, en el trámite de un acto de suyo improcedente, con lo cual se desdibuja cualquier posibilidad de condena en contra de la doctora Reyes Neira, por ausencia de tipicidad.

En conclusión, de acuerdo con el Ministerio Público y en parte con la defensa, la Corte debe revocar el fallo de condena motivo de impugnación; en su lugar, absuelve a la funcionaria implicada frente al hecho punible que originó su comparecencia en esta causa.

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

RESUELVE:

1° REVOCAR íntegramente la sentencia condenatoria proferida por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá en contra de la doctora Stella María Reyes Neira, y

2° ABSOLVER como consecuencia a la acusada por el delito de prevaricato por omisión, que se le acusó de haber incurrido en su condición de Juez 14 Civil del Circuito de esta ciudad.

3° Cancélase la caución prestada por la implicada como medida de aseguramiento (f. 109 segundo cdno. original), ordenando reintegraría en su favor.

4° Líbrense las comunicaciones correspondientes.

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

Nilson Pinilla Pinilla, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Enrique Córdoba Poveda, Jaime Bernal Cuéllar, Conjuez, *Jorge A.Gómez Gallego, Carlos Eduardo Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

PARTE CIVIL

De acuerdo con lo previsto por el artículo 43 del Código de Procedimiento Penal, la titularidad de la acción civil radica en cabeza de las personas naturales o jurídicas perjudicadas con el delito, o por los herederos o sucesores de aquéllas, o por el Ministerio Público o el actor popular cuando se afecten intereses colectivos.

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

Magistrado Ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel*

Aprobado Acta No. 100 Julio 9 de 1996.

Proceso No. 10069

VISTOS

Resuelve la Sala acerca de la admisión de la demanda de constitución de parte civil presentada por la doctora Martha Cecilia Ortiz Calero, según poder conferido en representación de Rodolfo Salas Castro, María Olga Castro de Salas, Luis Gregorio Salas Gutiérrez, Olga Janeth, Fredy Herney, Gregorio y Ary Salas Castro.

LA DEMANDA

De acuerdo al poder que le fuera conferido por las personas antes nombradas, quienes se consideran perjudicadas con el hecho punible de que fue víctima el señor Rodolfo Salas Castro, La Doctora Martha Cecilia Ortiz Calero presentó escrito en donde demanda la indemnización de los perjuicios ocasionados por el doctor Carlos Herney Abadía al lesionado, a sus padres y a sus hermanos, en razón a los hechos por los cuales se le vinculó a este proceso.

Aporta copia auténtica de la partida eclesiástica de matrimonio de los padres del afectado y del registro civil de éste y cada uno de sus hermanos; de la providencia mediante la cual se precluyó la investigación en favor del señor Sigifredo Saavedra por el delito de lesiones personales culposas y se dispuso la compulsación de copias por el presunto punible

de falsa autoacusación; y dos fotografías de Rodolfo Salas para que sean tenidas en cuenta como pruebas documentales.

Igualmente solicita la realización de nuevos reconocimientos médico-legales del lesionado para determinar la incapacidad definitiva y secuelas físicas y mentales sufridas por la víctima, lo mismo que la cotización de una pierna ortopédica y del tratamiento fisiátrico para el mismo.

Además pide se reciban los testimonios de Diego Domínguez, Jhon Jairo Jiménez, María Olga Castro de Salas y Janeth Salas Castro, y se pida al Juzgado Sexto Penal del Circuito de Palmira-Valle copia auténtica de la providencia dictada contra el señor Américo Ortega dentro del proceso penal que se adelanta por el delito de falsedad en documento público.

CONSIDERACIONES

1. De acuerdo con lo previsto por el artículo 43 del Código de Procedimiento Penal, la titularidad de la acción civil radica en cabeza de las personas naturales o jurídicas perjudicadas con el delito, o por los herederos o sucesores de aquéllas, o por el Ministerio Público o el actor popular cuando se afecten intereses colectivos.

En el caso de la demanda que nos ocupa, la titularidad para promover acción indemnizatoria constituyéndose en parte civil la tiene el lesionado Rodolfo Salas Castro, y él excluye a cualquier otra persona. Los padres y los hermanos no tienen en éste evento, en el cual el herido conserva su capacidad para actuar, legitimidad para intervenir en el proceso, ni en su nombre ni a nombre propio.

Por lo tanto, se rechazará la demanda por ilegitimidad de personería, en cuanto se refiere al poder otorgado por María Olga Castro de Salas, Luis Gregorio Salas Gutiérrez, Olga Janeth, Fredy Henry, Gregorio y Ary Salas Castro, hipótesis prevista en el artículo 50 del estatuto procesal.

2. En cuanto a Rodolfo Salas Castro, como está acreditado que es una de las personas que sufrió lesiones en los hechos que se investigan, y además que el escrito presentado en su nombre reúne los requisitos relacionados en el artículo 46 del Código de Procedimiento Penal, se admitirá como parte civil y se tendrá como su representante a la abogada que suscribe la demanda.

3. De acuerdo a lo expresado en precedencia, los documentos aportados para demostrar el parentesco deben ser devueltos a la demandante.

En cuanto a las demás pruebas se dispone lo siguiente:

- El reconocimiento médico del herido fijando la incapacidad definitiva y las secuelas ya obra dentro del expediente, de manera que resulta superfluo ordenarlo de nuevo.

- La declaración de Diego Domínguez está ordenada por auto de fecha junio 24 pasado, de manera que por sustracción de materia no es necesario hacer ningún pronunciamiento al respecto.

- Las Declaraciones de María Olga Castro de Salas, Janeth Salas Castro y John Jairo Jiménez, no se decretan por inconducentes, pues a esta altura del proceso no hay evidencia de que pudieran aportar algo sobre los hechos, y la solicitante no explica qué pretende lograr con esas versiones.

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

RESUELVE:

1o. ADMITIR la demanda de constitución de parte civil presentada por la doctora Martha Cecilia Ortiz Calero, en representación de Rodolfo Salas Castro, titular de la acción civil, en los términos del poder que le fue otorgado.

2o. RECHAZAR la demanda en relación con María Olga Castro de Salas, Luis Gregorio Salas Gutiérrez, Olga Janeth, Fredy Herney, Gregorio y Ary Salas Castro, por las razones anotadas en la parte motiva.

3o. NEGAR las pruebas solicitadas por la demandante, con excepción de la declaración de Diego Domínguez que ya fue ordenada.

Notifíquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

MEDIDA DE SEGURIDAD / LIBERTAD VIGILADA/ INIMPUTABILIDAD

El inimputable por trastorno mental permanente, se hará acreedor en el curso del proceso al beneficio de libertad vigilada, cualquiera sea el término cumplido en internación preventiva, cuando el psiquiatra forense determine que su afección psíquica ha alcanzado cierto grado de evolución satisfactoria que le permita reintegrarse a la sociedad sin representar un peligro para sí mismo o para los demás. Esta concesión podrá ser revocada por el funcionario de conocimiento, de oficio o a solicitud de parte, cuando el procesado incumpla las obligaciones adquiridas o cuando el perito médico oficial aconseje la continuación de la medida de internación (art. 427 inciso final del C. de P. P.).

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santa Fe de Bogotá D. C., once (11) de julio de mil novecientos noventa y seis (1996).

Magistrado ponente: Dr. *Fernando Arboleda Ripoll*

Aprobado acta No. 102.

Proceso No. 10612.

1. Asunto

Resolver la petición de "libertad vigilada" hecha por la procesada Marina Celis Ramírez, quien fue condenada como inimputable, se encuentra recluida en el anexo psiquiátrico de la Cárcel de Mujeres "Buen Pastor" y con fundamento en dictamen médico legal, afirma estar en condiciones de normalidad mental que le permiten vivir en sociedad.

2. Consideraciones de la Corte

Marina Celis Ramírez fue condenada en segunda instancia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, el 14 de diciembre de 1994, a la medida de seguridad de internación en establecimiento psiquiátrico o clínica adecuada de carácter oficial, por una duración máxima de cuarenta (40) años, como autora inimputable del delito de homicidio.

En el fallo se ordenó que el perito de Medicina Legal reconociera nuevamente a la inimputable para establecer si la medida de seguridad debía continuar o sustituirse.

Contra el fallo anterior, la defensora interpuso el recurso extraordinario de casación, cuyo trámite se surte actualmente ante la Corte.

En pretérita oportunidad, la defensora pública de la interna Celis Ramírez solicitó la suspensión de la medida de seguridad. Para atender su solicitud, se ordenó que el instituto nacional de medicina legal y ciencias forenses practicara reconocimiento médico legal a la inimputable y dictaminara si la medida de seguridad debía continuar o sustituirse.

Practicado el examen respectivo, el psiquiatra forense conceptuó que padecía una enfermedad maniaco depresiva por lo que le había sido impuesta medida de seguridad, pero que para ese momento -diciembre 6 de 1995- se habían atenuado las alteraciones mentales que sufría y comenzaba a restablecerse el control de su conducta. Por ello concluyó:

"La examinada Marina Celis Ramírez se encuentra en proceso de mejoría, aún requiere de unas semanas de tratamiento psiquiátrico en condiciones de internamiento para que se consolide su recuperación (fl. 30 cuaderno de la Corte).

Con posterioridad, la procesada solicitó ser nuevamente remitida al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, para que le fuera practicado otro reconocimiento y con base en él obtener su liberación, lo que en efecto se hizo, llegándose a la siguiente conclusión:

"En la actualidad María Celis Ramírez ha recuperado la capacidad para regir y entender su conducta. Para evitar recaídas de su trastorno mental requiere continuar en controles psiquiátricos en el Hospital San Camilo de Bucaramanga, sitio en el cual tiene historia clínica" (fl. 88 ibídem).

Con el fin de obtener mayor claridad acerca del estado mental de la procesada, y la conveniencia de la libertad por ella impetrada, se ordenó la ampliación del dictamen, en el sentido de especificar si la peticionaria "está en condiciones de tener adecuada vida de relación, y si se hace aconsejable el otorgamiento de la libertad vigilada (art. 427 del C. de P. P.). Esta nueva evaluación concluyó que "Marina Celis Ramírez... se encuentra en condiciones de tener adecuada vida de relación y desde el punto de vista de su funcionamiento mental se le puede otorgar la libertad vigilada".

El legislador, en desarrollo del mandato constitucional del art. 28 inciso final, en virtud del cual "En ningún caso podrá haber... *penas y medidas de seguridad imprescriptibles*", y en acatamiento del *"reconocimiento de la libertad"*, principio rector del procedimiento penal consagrado en el artículo 4, previó también para los inimputables la posibilidad de suspen-

der el tratamiento intramuros a que pueden ser legalmente sometidos, ya como sumariados -internación preventiva, art. 424 del C. de P. P.-, ora como condenados -medidas de seguridad, arts. 93 y ss. del C.P.-.

Ahora bien: El artículo 427 del Código de Procedimiento Penal consagra la *"libertad vigilada para inimputables por trastorno mental permanente"*, y exige, para su otorgamiento, dos presupuestos:

a) Cumplimiento del tiempo mínimo de la medida de seguridad impuesta, y

b) Concepto favorable del perito médico oficial.

De estos dos presupuestos sólo puede exigirse el cumplimiento del segundo, habida cuenta que tanto científica como jurídicamente resulta inaplicable el primero, por las siguientes razones:

1. Los fines de "curación, tutela y rehabilitación" que según el artículo 12 del Código Penal, persiguen las medidas de seguridad, de ser posible alcanzarlos, lo serían en un lapso imprevisible, -dependiendo de las características individuales del inimputable, de la naturaleza del trastorno mental y su carácter eminentemente complejo, propio de estas afecciones gnoseológicas, y de la eficacia del tratamiento a que sea sometido-, por lo que no resulta científicamente válido pronosticar un término mínimo en el cual la medida de seguridad lograría su cometido.

2. La Corte Constitucional, mediante la sentencia C-176 del 8 de mayo de 1993, declaró la inexequibilidad de los términos mínimos fijos y máximos indeterminados establecidos para las medidas de seguridad en los artículos 94 inciso 2° -internación para enfermo mental permanente-; 95 inciso 2° -internación para enfermo mental transitorio- y 96 inciso 2° del Código Penal -internación para inimputable que no padezca enfermedad mental-, quedando de contera, sin respaldo legal, la posibilidad de exigir el cumplimiento de esta condición como presupuesto para la liberación del inimputable.

Significa lo anterior que el inimputable por trastorno mental permanente, se hará acreedor en el curso del proceso al beneficio de "libertad vigilada", cualquiera sea el término cumplido en internación preventiva, cuando el psiquiatra forense determine que su afección psíquica ha alcanzado cierto grado de evolución satisfactoria que le permita reintegrarse a la sociedad sin representar un peligro para sí mismo o para los demás. Esta concesión podrá ser revocada por el funcionario de conocimiento, de oficio o a solicitud de parte, cuando el procesado incumpla las obligaciones adquiridas o cuando el perito médico oficial aconseje la continuación de la medida de internación (art. 427 inciso final del C. de P. P.).

En el caso *sub examine* a la procesada Marina Celis Ramírez, si bien es cierto inicialmente se le dictaminó una enfermedad maniaco depresiva,

con el tratamiento psiquiátrico a que ha venido siendo sometida desde el 23 de octubre de 1994 (fl. 28 cuaderno de la Corte) y el concurso prestado por la paciente, se concluyó que "desde el punto de vista de su funcionamiento mental se le puede otorgar la libertad vigilada", pues "en la actualidad... ha recuperado la capacidad para regir y entender su conducta", aunque, "Para evitar recaídas de su trastorno mental" deba continuar en controles psiquiátricos en el Hospital San Camilo de Bucaramanga, donde tiene historia clínica.

Resulta entonces procedente la liberación de la procesada en mención, con la aclaración de que no se aplican las figuras de la "suspensión" -art. 94 inc. 2° del C.P.-, o la "sustitución" de la medida de seguridad -art. 99 *ejusdem*-, por cuanto aquellas requieren que las mismas se encuentren en firme, situación que no se presenta mientras esté en curso la impugnación extraordinaria.

La liberación se hará efectiva previa suscripción de diligencia de compromiso por parte de la procesada, en los términos del art. 97 del Código Penal, debiendo someterse a controles psiquiátricos ambulatorios cada tres meses en el hospital San Camilo de Bucaramanga, a evaluaciones semestrales en el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses y presentaciones cada 15 días ante el Agente del Ministerio Público del lugar, quien rendirá los informes pertinentes sobre la conducta de la liberada.

Como la procesada menciona a su señora madre -Ana Benita de Celis Ramírez como la persona que "puede hacerse cargo del Acta de Compromiso", de conformidad con el art. 427 inc. 2° del C. de P. P., ella también suscribirá la diligencia respectiva y bajo canción juratoria se comprometerá a velar por el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por la liberada, con la advertencia de que la gracia concedida podrá ser revocada por prescripción médica o por el incumplimiento injustificado del compromiso adquirido.

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

RESUELVE:

1. CONCEDER a Marina Celis Ramírez la *libertad vigilada de* que trata el art. 427 del Código de Procedimiento Penal, previa diligencia compromisoria en los términos señalados en la parte motiva de esta providencia.

2. LIBRAR, por la Secretaría de la Sala, las respectivas comunicaciones para la efectividad de la medida adoptada.

Notifíquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CAMBIO DE RADICACION

La regla general de competencia en razón al factor territorial, -emanada del principio universal del debido proceso, y particularmente del «juez natural»-, en virtud de la cual, el juez del lugar de la comisión del reato será el competente para conocer del mismo, encuentra excepción en la figura procesal del «cambio de radicación», regulada en los artículos 83 y ss. del actual Estatuto Procesal Penal.

Y como regla excepción a ese principio general de competencia, el cambio de radicación sólo debe operar ante la fehaciente demostración de factores objetivos «que puedan afectar el orden público, la imparcialidad o la independencia de la administración de justicia, las garantías procesales, la publicidad del juzgamiento, la seguridad del sindicado o su integridad personal» y no por el apresurado acatamiento de las personales apreciaciones de los sujetos procesales, plasmadas en enunciados escuetos y huérfanos de respaldo probatorio.

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

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

Aprobado acta No. 104.

Proceso No. 11358

1. Asunto

Resolver la solicitud de cambio de radicación del proceso adelantado en el Juzgado Penal del Circuito de Aguachica (Cesar) en contra de Carlos Humberto Suárez Saavedra, por el delito de homicidio.

2. Fundamentos de la Petición

El procesado Carlos Humberto Suárez Saavedra, en escrito presentado ante el Juzgado Penal del Circuito de Aguachica (Cesar) y luego remitido a esta Corporación, solicitó el aplazamiento de la audiencia pública y el cambio de radicación del proceso, remitiéndolo a una "Jurisdicción dife-

rente a las ciudades donde se encuentran radicados los Tribunales Superiores de la Costa Atlántica y de los Santanderes" (fl. 2).

El procesado argumentó, como fundamento de su petición, que por la cercanía territorial existente entre la población de Aguachica y la vivienda de los familiares y amigos íntimos del hoy occiso, "la presencia de los mismos en esa Vista Pública sería inminente por la facilidad de desplazamiento a dicha ciudad, quedando entonces en incuestionable peligro mi vida e integridad personal por cuanto que el suscrito, tiene decidido asistir a dicha Audiencia Pública".

Extendió la inminencia del peligro a su abogado defensor, "porque también su vida e integridad personal se encuentran amenazadas de muerte", agregando que, "si osadamente el citado Profesional se decidiera a cumplir con ese sagrado deber de MI DEFENSA, ésta de todas maneras sería menguada y limitada ante la presión de la amenaza formal existente en su contra".

Como prueba de sus afirmaciones, allegó dos declaraciones extra-proceso rendidas por Alvaro Ramírez González y José Santiago Duarte.

3. Consideraciones de la Corte

Sea lo primero, afirmar la competencia de la Corte para pronunciarse sobre la presente solicitud de cambio de radicación, habida cuenta que con ésta se pretende el traslado del proceso fuera de la jurisdicción de "los Tribunales Superiores de la Costa Atlántica y de los Santanderes" (art. 68-8 del C. de P. P.).

La regla general de competencia en razón al factor territorial, -emanada del principio universal del debido proceso, y particularmente del "juez natural"-, en virtud de la cual, el juez del lugar de la comisión del reato será el competente para conocer del mismo, encuentra excepción en la figura procesal del "cambio de radicación", regulada en los artículos 83 y ss. del actual Estatuto Procesal Penal.

Y como regla excepción a ese principio general de competencia, el cambio de radicación sólo debe operar ante la fehaciente demostración de factores objetivos "que puedan afectar el orden público, la imparcialidad o la independencia de la administración de justicia, las garantías procesales, la publicidad del juzgamiento, la seguridad del sindicado o su integridad personal" y no por el apresurado acatamiento de las personales apreciaciones de los sujetos procesales, plasmadas en enunciados escuetos y huérfanos de respaldo probatorio.

La presente solicitud de cambio de radicación de la causa adelantada en el Juzgado Penal del Circuito de Aguachica (Cesar), se fundamenta en el mero enunciado del "incuestionable peligro" para la vida e integridad

personal del procesado, quien habría recibido amenazas de muerte por parte de los "familiares y amigos íntimos del hoy occiso".

Ante este particular enfoque de la solicitud, la Sala considera oportuno precisar, que la institución del "cambio de radicación" ampara la recta y eficiente Administración de Justicia, contra aquellos *factores serios e idóneos vulneradores o amenazantes* de "la seguridad del sindicado o su integridad personal", por lo que tales circunstancias anormales no pueden inferirse de afirmaciones genéricas y subjetivas -"en esta zona la situación es delicada", "los familiares tienen cierta rabia (sic) por haber asesinado a este señor", o "de pronto corre peligro su vida al salir de la cárcel"-, como las plasmadas en los testimonios extraprocesales allegados con la solicitud.

En efecto, con dos declaraciones extraproceso que ninguna luz aportan acerca de la existencia de presuntas amenazas fulminadas contra el incriminado, pretende éste demostrar la necesidad de alteración del curso normal del proceso que por el punible de homicidio en concurso con porte ilegal de arma de fuego, adelanta el Juez Penal del Circuito de Aguachica.

Es más, ni siquiera la cercanía territorial de los familiares de la víctima -enunciada lacónicamente por el peticionario-, se afirma en alguno de los dos testimonios incorporados como sustento de la petición que ahora ocupa la atención de la Sala.

También se menciona en la solicitud, que el abogado defensor del peticionario no puede litigar en la población de Aguachica por haber sido, en pretérita oportunidad, amenazado en esa región, sin que de la prueba allegada se evidencie la relación de causalidad entre el proceso mismo y tales amenazas.

Esta específica situación en que se encuentra el procurador judicial del procesado, tampoco torna procedente la solicitud, porque el cambio de radicación está instituido para contrarrestar los factores que impidan el cumplimiento de unas finalidades específicas, entre los que, ciertamente, no se incluye cualquier riesgo derivado de la gestión profesional, sino aquellos que por su gravedad, actualidad o inminencia, imposibiliten el ejercicio de la defensa técnica como garantía fundamental del procesado, y no puedan salvarse por mecanismo distinto a la remoción del proceso.

Además, de ser cierta la situación planteada por el libelista, existirían soluciones alternativas dependientes del mismo profesional del Derecho, -como la sustitución del poder-, o del procesado -como la designación de nuevo defensor-, que evitarían la inconveniente variación del marco espacial donde actualmente se adelanta el juicio.

En este orden de ideas, por no ostentar el respaldo probatorio exigido en el artículo 85 del Código de Procedimiento Penal, deviene improcedente

la solicitud de cambio de radicación formulada por el procesado Carlos Humberto Suárez Saavedra

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

RESUELVE:

NEGAR EL CAMBIO DE RADICACION solicitado por el procesado Carlos Humberto Suárez Saavedra

Notifíquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

ACCION DISCIPLINARIA/ ENRIQUECIMIENTO ILICITO

El injusto disciplinario, y, por ende, la respuesta Estatal a su realización, tiene matices distintos que no permiten que absorba la responsabilidad penal, cuyo mayor contenido y alcance no puede verse menosprecIado perdiendo eficacia frente a la de menor envergadura. Pero se reitera, la tesis consolidada en Colombia es la de permitir que coetáneamente, y cada uno con su propia autonomía, puedan tener vigencia los dos sistemas, es decir el disciplinario y el penal.

No siempre que la justicia penal trata de develar un enriquecimiento ilícito de funcionario público, tiene por qué incorporar al objeto procesal ámbitos anteriores a los que propiamente se relacionan con el ejercicio de la actividad oficial sobre la que sospecha que ha servido para el acrecentamiento indebido del patrimonio por el que se indaga. Podrá ocurrir que el investigado no haya tenido vinculación alguna con el Estado, o que aun teniéndola nada anormal se detectó sobre ella. Pero lo que llamaría a perplejidad, y de hecho conduciría a absurdos, sería que el Estado dirigiera toda su capacidad pesquisidora a la vida útil económica de una persona, con el pretexto de averiguar un hipotético enriquecimiento ilegítimo durante el ejercicio de algún cargo o de las funciones inherentes al mismo.

En el delito de enriquecimiento ilícito del funcionario, la prueba del nexo causal entre el incremento patrimonial injustificado y el cargo o las funciones inherentes al mismo, no suele ser directa sino circunstancial. Salvo la confesión, cualquiera otra prueba directa conduciría a la muy probable tipificación de otra conducta ilícita, desplazando la tipicidad hacia la concusión, el cohecho u otra figura específica que, en principio, por su carácter de principal subsumiría a la subsidiaria.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. - Santafé de Bogotá, D.C., diecisiete (17) de julio de mil novecientos noventa y seis (1996).

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

Aprobado Acta No. 185 (13-12-95)

Proceso No. 3698

VISTOS

Cumplidas las ritualidades propias del juzgamiento y no encontrándose vicio alguno capaz de generar invalidez de lo actuado, procede la Sala a dictar el fallo que ponga fin a la instancia.

HECHOS

En la página 23 de la revista "TIME INTERNATIONAL" del 20 de febrero de 1989, y bajo el título "*A curious retirement*", se publicó un artículo relacionado con el retiro del General Medina Sánchez quien por esa época se desempeñaba como Director General de la Policía Nacional, cuyo texto completo se transcribe a continuación:

"*UN CURIOSO RETIRO.*

Cuando el General José Guillermo Medina Sánchez, 53 (años), fue retirado como jefe de los ochenta mil (80.000) miembros de la Policía Nacional de Colombia, los oficiales de fortalecimiento de la ley del país salieron con su uniforme, completo con sus sables ceremoniales. Pero la partida de Medina no era tan honorable como parecía. Oficiales de la Policía Colombiana han dicho a TIME que Medina fue destituido por órdenes del Presidente Virgilio Barco Vargas después de que el General cayó bajo sospechas de estar en la nomina de Pablo Escobar Gaviria, patriarca de una de las familias líderes del cartel de la droga de Medellín. Después de que Escobar escapó a la captura en una emboscada en uno de sus terrenos, el año pasado, los oficiales colombianos sospecharon que podría haber sido prevenido por Medina. Un seguimiento militar se asignó subsiguientemente para atrapar al General. La operación de espionaje militar estableció ligámenes entre Medina y Escobar y otro barón de las drogas, Gonzalo Rodríguez Gacha, apodado 'El Mexicano'. Al no contar con la certeza de que la evidencia se mantuviera ante una corte, el gobierno permitió al General su retiro. Dos días después de haber asumido el sucesor de Medina, General Miguel Antonio Gómez Padilla, la Policía Nacional lanzó la Operación Primavera, el más exitoso golpe contra los productores de cocaína en la historia colombiana".

El mismo día de la publicación, dicho artículo fue difundido en Colombia por el Telenoticiero del Mediodía, cuya dirección estaba a cargo de la señora Gloria Pachón de Galán.

A su vez, la revista nacional Semana edición del 21 de febrero del mismo año, publicó en su portada una foto a color del General Medina Sánchez junto al título: "El affaire Medina", consignando en páginas interiores una crónica del precitado artículo de Time.

Los diarios nacionales el Tiempo y el Espectador también informaron sobre el particular haciendo comentarios y transcripciones parciales de la mencionada publicación extranjera.

Finalmente la revista nacional CROMOS, edición del 27 de febrero de 1989, volvió sobre el asunto con titular en primera página y artículo de fondo.

A raíz de tales divulgaciones, el General Medina Sánchez le solicitó a la Corte Suprema de Justicia investigar su conducta, lo que originó la apertura de un sumario, el cual inicialmente se orientó a determinar posibles vinculaciones del imputado con el narcotráfico, pero que luego derivó hacia la investigación de su patrimonio económico al advertirse un posible enriquecimiento suyo siendo General activo de la Policía Nacional.

El Procesado

Se trata del ciudadano colombiano José Guillermo Medina Sánchez, identificado con la cédula de ciudadanía No. 56.981 de Bogotá, nacido en Villa de Leyva (Boyacá) el 24 de abril de 1931, hijo de José Antonio Medina Rojas (odontólogo) y Rosa María Sánchez (abogada); casado con María De Los Angeles Santacruz y padre de tres hijos: Carlos German, José Guillermo y María Cristina; inició su carrera de oficial de la Policía Nacional el 6 de febrero de 1952 fecha en que ingresó como subteniente, llegando a alcanzar su mayor grado cuando ascendió a General: en 1986, fue designado Director General de la Policía Nacional por el Presidente Barco, cargo en el que permaneció hasta finales de 1988, cuando le fue aceptada su renuncia.

La Acusación

Esta Corporación, en providencia de 24 de Junio de 1992, calificó el mérito del sumario profiriendo resolución acusatoria contra el General José Guillermo Medina Sánchez por el delito de Enriquecimiento ilícito y ordenando reabrir la investigación respecto a sus presuntas vinculaciones con el narcotráfico o con personas dedicadas a esa actividad ilícita, cuestión que ante la expedición de la nueva Constitución Política pasó por competencia a la naciente Fiscalía General de la Nación.

Los fundamentos esgrimidos por la Corte para calificar el sumario en la forma como lo hizo, en síntesis, fueron los siguientes:

En primer término, los datos incorporados al sumario respecto a la lucha contra el narcotráfico carecen de significación concluyente, pues no se demostró que mientras el acusado Medina Sánchez fue Director General de la Policía se hubiese suprimido toda actividad de la Institución en ese ámbito, y aun cuando mucho debió hacerse para combatir dicho delito, no se hizo todo lo posible ni exigible, como tampoco los efectos positivos de esas operaciones se centraron en puntos vitales del narcotráfico, ni afectaron a personas comprometidas en los grupos con los que supuestamente el General mantenía contacto o les prestaba cooperación.

Frente a esa valoración debían pesar más algunos hechos manifiestos como el auge que tuvo el narcotráfico por esa época, la ninguna reacción violenta de los narcotraficantes en clara demostración de que no estaban sintiéndose cercados, situación que contrastaba con la escalada de violencia y los atentados terroristas sucedidos en el país después del retiro del General Medina y sus más inmediatos y fieles subalternos.

De otro lado, a pesar de lo declarado por numerosos personajes de la vida nacional, la Sala no podía aceptar que la sustitución del General Medina hubiese obedecido a un hecho normal y de rutina, pues por otros medios vino a saberse que la renovación del Comando fue disfrazada de voluntaria dimisión. Hubo tantos aspectos en contra de tales declaraciones que no obstante la alta jerarquía de los testimoniantes no se les pudo creer totalmente, pues en varias de sus exposiciones dieron respuestas enfáticas pero alusivas a cuestiones que pudieran interpretarse de modo diferente y en ocasiones prefirieron desviar sus juicios hacia lo que fue la parábola del ejercicio castrense del acusado.

De haberse dado una evolución natural en el cambio de las altas jerarquías policiales, la decisión de no removerlo como Director se habría mantenido con su inicial solidez. No era dable pensar que aspecto tan decisivo se abordara de repente y a la ligera. Por eso dijo mucho la circunstancia de que cuando debió hacerse el relevo institucional, éste no se produjo, dando lugar a una tácita confirmación, lo cual permitía pensar fundadamente que el General Medina continuaría en su cargo, pero que intempestivamente se le removiera del mismo y se nombrara al General Gómez Padilla, estando, además, en marcha la operación "Primavera".

Por tanto, al disponer la reapertura de la investigación dejó la Sala en manos de la Fiscalía el esclarecimiento de lo acontecido sobre éste preciso tópico, sin adelantarse la Corte a señalar las pruebas que debían practicarse, para preservar la esencia del nuevo sistema acusatorio, donde está prohibida cualquier injerencia del juez de la causa en la labor investigativa.

En cuanto al cargo por Enriquecimiento Ilícito, la Corte, acogiendo el estudio del Procurador Tercero Delegado en lo Penal, apuntó:

En principio, uno de los factores que más pudo influir en el ilícito en cuestión, lo constituyó la casa de habitación que adquirió en la calle 106 No 19A - 65, que fue avaluada dentro del proceso en suma superior a cien millones de pesos ($100.000.000.oo). El procesado trató de desvirtuar el monto asignado a su residencia para lo cual acudió, entre otras cosas, a descubrir su patrimonio y el de su familia, aportando declaraciones de renta e identificación de testigos que le permitieran comprobar la licitud de sus ingresos y sus posibilidades de endeudamiento, pruebas que estaban lejanas de justificar el hecho demostrado de su incremento patrimonial, según pasa a explicarse:

Aunque formalmente los incrementos patrimoniales se hallaban adecuadamente sustentados, de un profundo examen se advirtió que era es más ficción que realidad. En efecto, según los informes al fisco, en 1981 el procesado declaró haber obtenido ingresos por $1.090.751.oo, de los cuales conservó en efectivo al término de la vigencia fiscal $1.146.157.oo, lo que significaba que ahorró más de lo que devengó, o sea, que no realizó ningun gasto para su subsistencia ni para la de su familia.

Aunque pudiera pensarse que los gastos corrieron por cuenta de su esposa, quien tambien aportaba al incremento patrimonial de la familia, se advirtió que en el mismo período ella recibió ingresos por $221.321.oo y conservó $110.000.oo, por lo que en todo el año sólo pudo haber gastado $111.321.oo , lo que resultaba insuficiente para sostener una familia compuesta por cinco (5) adultos, tres de los cuales cursaban estudios superiores o de educación media.

Se cuestionó, entonces, de dónde provinieron los dineros con los que pagaron los créditos de la Corporación Concasa, la Caja de Vivienda Popular y el B.C.H; cuál fue la fuente de ingresos -no declarados- que les permitió a los esposos Medina-Santacruz asumir los costos de educación, alimentación, recreación y salud y sólo cupo una respuesta: durante ese año estaban sufragando los gastos con una fuente desconocida. Bien pudo ser que estuvieron gastando de sus ahorros (no declarados entonces), o que tenían otra vía de ingresos. Si lo primero, se llegaba a concluir de que lejos de mejorar la situación económica del procesado habíase demeritado con el tiempo.

Por vía de ejemplo, se señaló el año de 1983 en el cual el General tuvo ingresos por $1.834.084.oo, y al finalizar el período tenía $1.105.777.oo en efectivo y Bancos, lo que permitía inferir que si todo el efectivo correspondía a reservas que el inculpado tenía en el año inmediatamente anterior, poco pudo capitalizar de sus ingresos, pues con el total de los suyos y los pocos de su esposa debió atender a la subsistencia de la familia y, además, sustentar los activos de su hijo, que declaró en ese período un inventario de ganado por suma superior a los $2.000.000.oo, con ingresos por actividades agropecuarias de solamente $150.000.oo.

La situación era patética. El acusado debía asumir su subsistencia con sus ahorros, depreciando así su patrimonio, ya que en ese año no recibió cesantías, ni los ingresos en dólares con los que trataba de justificar una boyante situación.

En cuanto a las actividades agropecuarias, que al final invocó para justificar sus ingresos, eran para esa época exiguas y la señora Santacruz de Medina no declaró inventarios de ganado ni ingresos por comercialización de productos agrícolas durante 1982, en tanto que Medina Sánchez reconoció poseer semovientes por sólo $300.000.oo y haber obtenido ingresos por la irrisoria suma de $158.500.oo.

En 1984, Medina Sánchez obtuvo ingresos por $5.063.275,oo y al final de la vigencia conservaba en efectivo y en bancos $3.980.715, en tanto que su esposa, con ingresos inferiores al millón y medio de pesos, tenía en efectivo y en bancos al final del año la suma de $5.025.669,oo.

La situación económica de la familia se mantenía; unos altos depósitos bancarios al final de la vigencia, algunos congruos ingresos y una falta de explicación sobre los gastos generales y, de consiguiente, sobre el enriquecimiento paulatino que reportaba en sus balances, desprevenidamente analizados.

El seis (6) de julio de 1987 los esposos Medina-Santacruz adquirieron una casa en la calle 106 con carrera 19A de Bogotá, compra que fue declarada fiscalmente en $20.000.000,oo ,aunque según el inculpado tuvo un costo real de $35.000.000,oo, supuestamente cancelados así: una parte, con dineros recibidos en préstamo, otra parte, subrogándose en la hipoteca respectiva, y el resto, con el efectivo que tenía depositado.

Pero de todas formas, aceptando las explicaciones que no se revelaban muy válidas, del examen que se pudo hacer a las declaraciones de renta aportadas a la investigación se comprobó que el inculpado no estaba en capacidad de asumir el monto de tal inversión, máxime teniendo en cuenta que al año siguiente, cuando aún no había recibido la suma proveniente de sus prestaciones sociales (pagadas en octubre de 1989), tuvo movimiento de certificados de depósito a término por $25.185.825.oo, los que no podían tenerse como simples reinversiones de dineros, pues algunos de ellos que sumaban $10.404.550,oo presentaban vencimientos a partir del mes de febrero de 1989, conforme con la relación de títulos elaborada por la Procuraduría.

Según el General, secundado por su cuñado, parte de sus ingresos se derivaba de su actividad agropecuaria, en la cual había obtenido ganancias que periódicamente invertía, siendo esa la razón por la que tuvo que sufrir angustias económicas.

No obstante, tales afirmaciones no revestían mayor seriedad, pues a pesar de que la sociedad con su cuñado Miguel Santacruz Guerrero supuestamente le produjo al acusado utilidades nada despreciables (más de 2 millones de pesos en el año 1990), de ella se dijo no existir cuentas de ninguna naturaleza.

El propio Miguel Santacruz en su declaración aceptó como ciertas las aseveraciones del General, precisando que los negocios con él datan de 1972, cuando comenzaron la sociedad para levante de ganado en la finca Indam, localizada en el Municipio de Guchucal, cerca a Pasto, aclarando que después sus negocios se orientaron hacia la lechería llegando a tener aproximadamente 83 reses de este tipo; dijo también Santacruz ser adminsitrador de algunos cultivos de papa y hulloco pertenecientes al

General Medina Sánchez y que por esa actividad agrícola le remitió a su cuñado entre 230 mil y 250 mil pesos mensuales.

Pese a la confianza depositada en la familia, esta situación rayaba con la inverosimilitud, ya que no solo le confía la administración del negocio, sino la actividad agrícola, sin realizar ningún tipo de balance "*y sin que el acusado declare estas sumas como parte de sus ingresos*", pues lo que al respecto había reportado no superaba los $100.000.oo pesos.

Se aceptó que podría pensarse que esas utilidades las declaraba la esposa del acusado, pero también se estableció que ella nunca informó sobre los rendimientos adecuados, pues para 1985 y 1986 en que volvieron a aparecer (su ultima información era de 1981), éstos arrojaron un total de $411.000.oo al año.

Por su parte el General Medina dejó de declarar dichas ganancias desde 1985 cuando reportó utilidades de $96.000.oo mensuales por concepto de venta de terneros, lo cual permitía concluir una de dos cosas: o los inventarios de ganado declarados eran improductivos y ningún ingreso reportaban a la familia Medina-Santacruz, o daban ganancias tan exiguas que resultaban despreciables frente al balance final y por ello no se declaraban.

Entonces, las explicaciones dadas para justificar el acrecentamiento patrimonial del inculpado debían desecharse por constituir una forma ficticia de inflar su patrimonio y sus ingresos, toda vez que si de la actividad agropecuaria verdaderamente se deducía alguna utilidad, lo lógico era que así se hubiese reportado a la administración de impuestos y que de los negocios con su cuñado se llevaran cuentas, máxime cuando del proceso se deducía que Medina Sánchez no era el tipo de empresario que vigilase el desarrollo de sus inversiones, pues muy pocas veces fue visto en los predios donde se levantaba el ganado.

A lo anterior se sumó que en la inspección judicial realizada a las fincas de producción lechera en Xartho se constató que solamente en la denominada Ifalpú se practicaba el ordeño, por lo que resultaba imposible que el General percibiera de esa actividad utilidades por 225 mil pesos mensuales, aproximadamente, como se afirmó, máxime cuando los beneficios debían repartirse entre dos comuneros.

Además, la Sala acogió los razonamientos consignados por la Procuraduría Delegada para la Policía Nacional acerca del inmueble de la Calle 106 y los certificados de depósito a término, cuando en su determinación del seis (6) de junio de mil novecientos noventa (1990) decidió sancionar con solicitud de destitución al General (r) José Guillermo Medina Sánchez.

De lo demostrado era fácil asegurar que Medina Sánchez en su condición de empleado oficial obtuvo, por razón de su cargo o de las funciones

propias de éste, un incremento patrimonial no justificado, toda vez que los ingresos derivados de su actividad oficial, únicos probados plenamente, no alcanzaban las cifras a las que se elevó su patrimonio; y los otros ingresos que el procesado dijo haber obtenido de la actividad agropecuaria no fueron satisfactoriamente comprobados y más parecían cantidades arbitrariamente fijadas so pretexto de dar explicación a un patrimonio indebidamente acrecentado.

Por tanto, se dictó resolución de acusación a José Guillermo Medina Sánchez a la par que se le dictó medida de aseguramiento de detención preventiva sin derecho a la libertad provisional conforme a los artículos 421 y 441 del Código de Procedimiento Penal vigente para ese entonces.

ALEGATOS DE LOS SUJETOS PROCESALES

Durante la audiencia pública intervinieron todos los sujetos procesales, exponiendo en su orden los argumentos que seguidamente se sintetizan:

1. FISCAL DELEGADO ANTE LA CORTE

Por haber entrado a regir el nuevo Código de Procedimiento Penal durante el término de ejecutoria de la resolución de imputación, fue en la Fiscalía General de la Nación donde dicha providencia adquirió firmeza. De ahí que además, el fiscal Delegado ante esta Corte, a quien correspondió por asignación el asunto, fuera convocado a intervenir durante el juicio como sujeto procesal.

Del siguiente tenor fue su intervención:

Apreciar las pruebas es determinar la credibilidad que merecen, descubrir si el conocimiento suministrado por ellas sirve de razón suficiente de un determinado juicio lógico y ontológico afirmativo o negativo; es establecer si el mencionado conocimiento sirve de fundamento a una determinada decisión judicial.

Ante la presencia de un estudio elaborado por el Contador Público Pablo Enrique Buitrago -allegado por la parte sindicada- el Delegado señaló que éste es un documento privado, no un dictamen pericial, pues fue contratado por la defensa, no fue decretado por funcionario judicial alguno y los fundamentos para su estudio también procedieron de la defensa. Entonces por tratarse de un estudio particular no contiene los elementos sustanciales que debe contener el dictamen pericial.

La Ley 43 de 1990 en su artículo 1o. establece que el Contador está facultado para dar fe pública de hechos propios del ámbito de su profesión. Pero esta autorización legal está limitada en el terreno del derecho procesal penal porque en este tipo de procesos se busca establecer la

verdad material y no formal. Por ello para hablar de estados financieros, debe contarse con registros contables de las operaciones en que se basan. Deben existir soportes de los ingresos recibidos, de los préstamos otorgados, de las cuentas por cobrar y por pagar y de su vencimiento, y no calcularlos sobre la presunción de su existencia.

Por esto el Decreto 2160 de 1986 es claro al precisar que la contabilidad y la información financiera se fundamentan en los bienes materiales e inmateriales que posean un valor económico y, por lo tanto, sean susceptibles de ser valuados en términos monetarios.

El Contador Buitrago no exhibió los fundamentos reales, demostrables y verificables de su estudio realizado. Se limitó a explicar su trabajo sin demostrar el origen real de los datos en el que se fundamentaba y, por consiguiente, la conducta del General Medina no ha quedado suficientemente explicada.

El conocimiento que ofrece el estudio contable no puede ser verdadero porque se desconoce el objeto del proceso científico y, por tanto, no es verificable dicho conocimiento.

El estudio del Dr. Buitrago no es susceptible de una experiencia o intuición sensible, por carecer de objeto cognoscible, en consecuencia, ese estudio solo tiene implicaciones teóricas y la teoría sin la experimentación no es ciencia. Es apenas un conocimiento posible.

En el proceso no obra prueba de la existencia del objeto, que hubiera constituido materia cierta para el trabajo del contador; y el trabajo por él elaborado no logra controvertir, ni siquiera dubitar, la labor cumplida por la Oficina de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación. Por lo mismo, continúa vigente el grado de certeza que ese medio produjo en la mente del jurisdiscente colegiado cuando decidió sobre la tipicidad del hecho.

El Dr. Buitrago tampoco concretó cuáles fueron las técnicas y métodos utilizados en su estudio. No expresó si había utilizado técnicas de orientación, probabilidad o certeza. Ni hizo una descripción razonada y clara de los objetos base de su examen técnico-científico.

Por esas razones se impone desechar el estudio y el testimonio del Contador traído por la defensa, pues tales medios no pueden constituir presupuesto de la decisión final, como que racionalmente no producen conocimiento siquiera probable.

De otro lado, la exposición del General Medina en la audiencia fue carente de contenido demostrativo. Y los dos testigos traídos a la audiencia nada convincente aportaron, pues vagamente se refieren a hechos acontecidos hace más de 4 lustros. Por ejemplo no dijeron quién había suministrado los gastos veterinarios, las cantidades de sal, etc, que se

necesitaban para el levantamiento del ganado. Lo único que demostraron fue su lealtad con el General y su deseo de servicio.

Además, lastimeramente, el testigo Romero al enunciar las causas de su noble comportamiento con el procesado, dijo que también lo hacía porque "lo pueden ayudar a uno en algún momento", verdad apodíctica que dá para serias reflexiones acerca de la moral administrativa del justiciable.

Como nuestra ley procesal penal prescribe que las pruebas deben apreciarse en conjunto, entonces los estudios contables válidos que constituyeron presupuesto de la resolución acusatoria deben relacionarse con los otros medios de prueba también válidos para formar con ellos conjuntos probatorios armónicos, coherentes, comprensibles y concluyentes.

La sensación de la certeza es el producto, no de la impresión que en el espíritu generen los datos probatorios singularmente considerados, sino de la actividad, de la síntesis del sujeto que compara los varios datos. La conexión entre varios datos probatorios es cosa muy diversa de los datos singulares: y la verdad -se ha postulado- es precisamente la conexión de varios elementos, de modo que la interpretación de cada uno de ellos es la que cada elemento recibe de su colocación en el sistema.

-Existen en este caso hechos indicadores de responsabilidad penal que no fueron desvirtuados en el proceso, a saber:

Las operaciones frustradas en contra del narcotráfico precisamente cuando el procesado ocupó el cargo de Director General de la Policía.

-Las violentas reacciones posteriores de los narcotraficantes cuando sintieron el peso de la autoridad.

No se logró descartar la significación probatoria de los informes periodísticos y su fundamentación en investigaciones de reporteros especializados.

-La forma evasiva y evanescente como se refieren al retiro del General Medina de su cargo directivo. En síntesis, las cavilaciones que suscitan los testimonios de quienes guardan reservas y prefieren aludir a la retrospectiva del incriminado.

La conexión de los medios probatorios mencionados produce certeza acerca de la existencia del hecho y de la responsabilidad del procesado. Por ello solicitó a la CORTE proferir sentencia condenatoria en contra del General (r) José Guillermo Medina Sánchez.

2. Procurador Tercero delegado en lo Penal

Debido al incremento patrimonial injustificado del General Medina la Delegada solicitó el proferimiento de la resolución acusatoria que efectivamente se produjo. A partir de entonces múltiples han sido los esfuerzos de

la defensa por desvirtuar los fundamentos de la acusación valiéndose para ello de la ciencia contable, haciendo complejos cálculos con los cuales aparentemente se logran explicar las diferencias patrimoniales encontradas por la Oficina de Investigaciones Especiales de la Procuraduría en estudios anteriores.

Frente al delito de enriquecimiento ilícito, si bien la ciencia contable puede ser un factor de enorme ayuda, en ocasiones constituye un distractor para su cabal esclarecimiento y su efectiva comprensión, dependiendo de la utilización que se haga de la técnica contable misma.

Lo que reclama la ley penal no es el respeto a las reglas de la Contaduría, sino establecer el hecho económico del incremento patrimonial injustificado, factor que se puede determinar por cualquier medio de prueba.

La realidad reconstruída en el expediente señala que durante los años 1981-1989 los ingresos del procesado y su núcleo familiar provenían fundamentalmente del salario que devengaba el General Medina como oficial de la Policía Nacional y de las pocas ganancias que obtenía de su incipiente actividad agrícola y ganadera, así como de los rendimientos financieros producidos por los recursos plenamente acreditados en el expediente.

Conforme con lo anterior, los salarios, las rentas documentalmente soportadas y las ganancias derivadas de las actividades extraoficiales (agricultura y ganadería) deben reflejar clara y estrictamente las posibilidades de su personal enriquecimiento. Y como ello no ocurre así, necesario es que explique de dónde provino su incremento patrimonial.

Entonces, no es el manejo contable dado por el procesado a sus ingresos lo que está en discusión, sino el origen del hecho económico y para establecerlo son tres los interrogantes que deben absolverse:

a) Obtuvo el procesado un incremento patrimonial durante la época en que se desempeñó como oficial de la Policía Nacional.

b) ¿Cuál es el origen real, no el origen contable, de ese incremento patrimonial y cuáles las pruebas que lo sustentan?

c) Ese incremento patrimonial se halla justificado, es decir, ¿encuentra explicación a través de los ingresos lícitos del General Medina?

En cuanto a la primera cuestión, el examen de los diversos documentos allegados a la investigación indica que con el transcurso del tiempo la familia Medina-Santacruz y en particular el procesado, han obtenido un incremento de su patrimonio que no obedece a la mera revalorización de activos, sino que proviene de las inversiones que se han hecho de los ingresos obtenidos: de un subteniente que apenas ganaba lo necesario para su subsistencia y la de su familia, se pasa hoy a un General en retiro que tiene un patrimonio considerable conseguido, según se ha dicho, de tres fuentes:

1. En primer lugar, sus ingresos laborales, incluídos sueldos, viáticos, primas y hasta cesantías parciales.

2. En segundo término, la herencia dejada a su esposa, consistente en la finca El Rincón, también conocida como El Páramo, ubicada en el caserío Cruz de Amarillo (Nariño), y explotada en actividades agrícolas y pecuarias.

3. Y finalmente, la sociedad de hecho constituída entre el procesado y su cuñado Miguel Santacruz, liquidada en enero de 1990.

De dichas tres fuentes de ingresos del procesado, la primera no tiene ninguna dificultad probatoria, pues los registros de la Policía permiten establecer cuanto dinero le ha sido pagado al enjuiciado por sus servicios como oficial de esa institución. La herencia, como fuente patrimonial, es otra realidad debidamente acreditada en el proceso. Pero la explotación económica de la finca heredada por su esposa, así como la tercera fuente de ingresos no han encontrado cabal demostración.

La Procuraduría Delegada se muestra incrédula respecto a estas fuentes de enriquecimiento y afirma sus razones: una sociedad en la que uno de los socios no conoce a ciencia cierta ni los activos ni los pasivos; en la que se invierten regularmente las ganancias sin que se haga seguimiento alguno de ellas; de la que no se llevan cuentas; que produce ingresos no cuantificados pero que cuando se decide verterlos en informes fiscales se reportan muy por debajo de lo que supuestamente corresponde. Además, si bien en la diligencia de inspección judicial practicada a la finca se pudo constatar que la misma sí se explotaba aunque no con mucha intensidad, también se evidenció que su mayordomo solo se enteró de la supuesta sociedad entre Miguel Santacruz y el General Medina, seis (6) meses antes de la diligencia, pues con anterioridad a esa fecha creía que únicamente el doctor Santacruz era quien explotaba la finca ya que al general Medina nunca se le veía por allí.

Todo lo anterior revela la poca trascendencia que el procesado le daba a una actividad económica que ahora se muestra como importante. A lo anterior se suma que el General fue evasivo cuando se le preguntó si había invertido parte de sus recursos en la finca para mejorar su productividad y que tampoco explicó satisfactoriamente la forma en que se liquidó esa sociedad, pues se limitó a decir que le habían correspondido 38 de las 76 vacas lecheras existentes, pero nada dijo respecto a los gastos en que se incurrió para desarrollar esa actividad, tales como insumos y drogas.

Si esa sociedad representaba para la familia Medina-Santacruz una verdadera fuente de ingresos, ha debido existir algún tipo de vigilancia a su rentabilidad. No se puede admitir que a partir de esa actividad agrícola y ganadera, que es incipiente, se puedan soportar ingresos de alguna consideración.

Además, según los reportes que el mismo enjuiciado hizo en sus declaraciones de renta, se puede apreciar que esa actividad no alcanzaba a ser un renglón importante de su economía.

A la luz de dichas consideraciones concluye que no se ha probado la fuente lícita del incremento patrimonial del acusado y la inferencia lógica que hace le lleva a la conclusión de que su origen es la función oficial que desempeñaba en sus épocas de servicio activo, principalmente cuando era Director General de la Policía, pues fué en tal lapso donde se incrementó en forma más inexplicada su patrimonio.

Los documentos que aportó el contador Buitrago son básicamente las declaraciones de renta del General, su esposa y sus tres hijos, así como los soportes de los datos en ellas consignados.

Para 1986 el grupo familiar del procesado tenía disponibles en efectivo y bancos $21'193.066.oo; mediante depósitos a término lograron capitalizar en este año $7'580.400.oo; por activos fijos declarados acumularon $20'142.880.oo; todo lo cual les arrojó un patrimonio bruto de $48'916.364.oo, de los que restadas las deudas declaradas en $3'677.077.oo, generan un patrimonio líquido de $45'249.287.oo.

Frente a lo anterior, se tiene que el grupo Medina Santacruz en el año 86 obtuvo ingresos por $20'186.297.oo. Hasta aquí un experto contable no tendría objeciones ni suspicacias sobre la situación patrimonial de la familia Medina Santacruz.

Pero en el año 87 se observa un incremento patrimonial injustificado, según pasa a explicar: en ese año el grupo familiar tenía en efectivo y bancos $28'495.240.oo; en depósitos a término $9'579.000.oo; sus activos fijos aumentaron a $38'136.500.oo, destacándose que en este ejercicio fue declarada la casa de la calle 106. Entonces el patrimonio bruto del año que se analiza fue de $77'570.584.oo, del que deducidas las deudas adquiridas por valor de $17'188.546.oo, arroja un patrimonio líquido de $60'382.002.oo.. Frente a lo anterior, sólo se acreditaron ingresos por $25'281.025.oo para ese año.

Como se ve, en el año 86 el grupo familiar tenía dineros a su disposición en cuantía de $32'440.543.oo (sumando efectivo y bancos, depósitos a término y deudas), en tanto que en el año 87 pasaron a tener dineros disponibles en cuantía de $55'262.786.oo.

Los activos fijos no fueron la causa del incremento patrimonial del año 87 por efectos de revalorización. La casa de la 106 costó, según el procesado, $35'000.000.oo, pero de acuerdo con el peritaje que se le realizó, no debió costar menos de $39'000.000.oo. Además en el mismo año aparecen declarados los muebles y enseres con que se dotó dicha casa, los cuales fueron estimados en $12'000.000.oo.

Entonces, si al final del ejercicio todavía el General tenía en efectivo más de $28'000.000.oo cabe preguntarse ¿cómo fue que adquirió dichos bienes?

A más de lo anterior, en el mismo año 87 se declaró la venta de un automóvil Mercedes Benz por valor de $5'000.000.oo, cuya compra no había sido declarada en los años anteriores pero que documentariamente se determinó fue comprado en el año 86 por valor de $3'000.000.oo. La no inclusión de la compra de ese rodante en la declaración tributaria del año 86, sumado a la notable valorización del mismo en tan solo un año, permiten dudar también de las explicaciones brindadas por la defensa.

En últimas, la prueba contable que obra en el expediente pone en evidencia el hecho económico del incremento patrimonial no justificado por parte del General Medina Sánchez, en cuantía aproximada a los *$50'000.000.oo*, constituida por el valor de la casa de la 106 y los muebles y enseres con que fue dotada la misma.

Por eso la Delegada coadyuva la solicitud de la Fiscalía y pide a la Corte proferir sentencia condenatoria en contra del procesado.

3. El Vocero del Procesado

Comienza por afirmar que para poder determinar si realmente existió el delito de enriquecimiento ilícito es necesario concretar la cifra y época del acrecentamiento patrimonial, pues de otra manera no le sería posible al acusado justificar su obtención.

El incremento patrimonial es un hecho económico dinámico en el tiempo, por ello la metodología a emplear frente al enriquecimiento ilícito debe ajustarse a esa dinámica y obedecer al objeto inicial. Para establecer si hubo incremento patrimonial debe partirse de una base patrimonial cierta en un momento determinado y aquí el período que cubriría posiblemente el ejercicio de la acción penal es el comprendido entre los años 1981 y 1989.

El patrimonio económico de una persona es igual al conjunto de bienes que posea menos los pasivos existentes. Entonces para poder establecer un presunto incremento patrimonial del general Medina hay que determinar cuales eran sus bienes y sus pasivos en el año 1981. Pero la Procuraduría no hizo eso, y en ninguna parte se ha consignado cuál era el patrimonio inicial del acusado para restárselo al patrimonio final y así poder afirmar que se da el primer elemento del tipo penal del enriquecimiento ilícito. Hasta el día de hoy no se ha concretado el cargo que se le hace al General Medina.

La falla protuberante de la resolución acusatoria que recoge las conclusiones de la Procuraduría radica en que aquí no se han establecido montos, y entonces, no se le puede exigir al acusado que explique cifras

concretas. Y esa indeterminación de los cargos limita inmensamente el derecho de defensa, ya que se hace necesario explicar toda la vida económica del general Medina en sus 37 años de trabajo por la simple imprecisión cuantitativa de la acusación.

El Procurador Delegado ha mencionado en la audiencia algunas cifras aisladas de incremento patrimonial, pero ellas han debido señalarse hace cinco años y no ahora después de proferida la acusación.

Al General Medina se le ha puesto en la picota pública pero no se ha dicho en cuánto fue que se enriqueció y cuándo fue que se consumó el supuesto ilícito. De suerte que podemos estar refiriéndonos a hechos prescritos, toda vez que no se sabe si el incremento patrimonial lícito o ilícito ocurrió antes o después de 1981. Sin embargo, no se trata de alegar la prescripción en defensa del acusado porque él mismo ha querido explicar en la audiencia la actividad económica que tuvo durante sus 37 años de trabajo, a pesar de que bien hubiera podido afirmar que todos sus bienes los adquirió antes de 1981.

Independientemente de las reservas expuestas por el Fiscal y el Procurador en torno a la sociedad de hecho entre el acusado y su cuñado Miguel Santacruz, negar que la actividad agrícola del General le produjo recursos es desconocer la evidencia probatoria, aunque como se verá más adelante las rentas derivadas de esa actividad ocupan un segundo plano dentro de la actividad económica por 37 años del General Medina Sánchez.

La base probatoria de la Procuraduría se limita exclusivamente a las declaraciones de renta del acusado y eso no debe ser así porque existen otros medios de prueba en el expediente.

Debe tomarse conciencia de que no se puede acusar a una persona sobre apreciaciones meramente subjetivas como que el General tiene una casa muy bonita o gastó mucho dinero. La imputación debe basarse en circunstancias objetivas como la comparación de unos ingresos con un patrimonio y examinar si se justifican o no esos ingresos. La Procuraduría simplemente ha comparado los saldos bancarios del final de ejercicio con la renta líquida obtenida. Y eso equivale a comparar objetos heterogéneos, porque los saldos bancarios a 31 de diciembre de cada año son una circunstancia accidental que no refleja la actividad económica del titular de la cuenta corriente, dato del cual no se puede deducir que en el año se ahorró una determinada suma de dinero. La comparación con la renta líquida le parece sospechosa a la Procuraduría sencillamente porque hace el análisis sesgado olvidando que el General Medina comenzó a trabajar en el año 1952 y desde entonces empezó a producir toda clase de rentas.

Cuestionó el valor probatorio de las declaraciones de renta como reveladores de una situación económica precisa y segura. Extraña que sobre dicha documentación se haya soportado toda la actividad probatoria.

Respecto al hecho de que los saldos bancarios sean más altos que la renta líquida de un período, afirma que se olvida que el General Medina con anterioridad a ese hecho había trabajado 29 años. Afirma que la acusación admite con criterio acertado que el General pudo haber gastado sus ahorros, lo cual es perfectamente posible y entonces se cuestiona por qué no se acreditaron tales ahorros. Responde a ello que porque no se estableció un patrimonio inicial que los comprendiera y que ese es el gran problema de toda la metodología aplicada aquí.

El Bagaje de actividad económica que trae el acusado desde 1952 no se puede desconocer en 1981, y su demostración fue en parte el ejercicio del Contador Buitrago que ha sido tan criticado por no tener sustento probatorio, a pesar de que los doce cuadernos entregados son el soporte documental del 88% de los ingresos registrados en el informe del Contador Buitrago, tal como podrá corroborarlo la asesora contable del Magistrado Ponente. Además, demanda la estimación razonable de un hecho económico al que debe otorgarse valor, al menos como indicio, sin importar que quien la realice sea un abogado contratado por la defensa.

Sobre las diferencias que con tanto énfasis trajo el señor Fiscal, responde que se explican por la heterogeneidad de los conceptos, es decir, porque se está hablando de dos cosas diferentes ya que una cosa son los ingresos percibidos durante un ejercicio y otra muy distinta es la renta líquida obtenida durante el mismo. El cálculo realizado por el Contador Buitrago es excesivamente conservador, y no corresponde en muchas de sus proyecciones que son también mínimas. Entonces, no es verdad que la defensa haya inventado toda una realidad económica para justificar un incremento patrimonial ilícito.

Volviendo al indicio que se ha pretendido configurar sobre los saldos bancarios, insiste en que dichos saldos no pueden decir cuándo, cómo, ni en qué cuantía se acrecentó el patrimonio del General Medina en el año 1981 y, por tanto, no se puede asumir siquiera como probable una relación causal entre el hecho que se pretende probar, que es el supuesto acrecentamiento patrimonial del acusado, y el hecho indicador. Además, tales saldos son perfectamente conciliables con el flujo de Caja presentado y con las mismas rentas documentadas de las declaraciones tributarias.

Aduce que para mejor comprensión de la inconsistencia del indicio en cuestión, debe destacar que solamente en el año 1985 fue mayor el promedio de los saldos bancarios que las rentas líquidas percibidas por el encausado durante ese año, lo cual se explica por los ahorros que el General Medina había logrado hacer en todos los años en que anteriormente venía trabajando. Es que el acusado, si bien no ganaba un salario tan elevado, sí contaba con ciertos privilegios como Oficial de la Policía: no pagaba arriendo, cancelaba mínimas cuotas de sostenimiento, no tenía gastos de salud para su familia, no pagaba el bachillerato de sus hijos,

tenía transporte, su ropa diaria se la daba la Institución, etc., todo lo cual le permitía ahorrar.

Critica el "método" empleado por la Procuraduría al precisar que para evadirlo bastaría retirar de los bancos el dinero a 31 de diciembre de cada año, o simplemente no ingresar a los bancos el dinero mal habido.

El ejercicio de 1983 es otro ejemplo aún mas desafortunado, traído por la misma resolución acusatoria. Allí la inquietud no es ya que los saldos al final del ejercicio fiscal son superiores a la renta líquida del ejercicio, sino que para la Corte resulta muy extraño que con ese saldo a favor de aproximadamente 700 mil pesos pudiese vivir el General Medina.

El ejercicio de 1984 tiene las mismas condiciones del ejercicio de 1981, es decir, vuelve a comparar conceptos heterogéneos es decir, los saldos bancarios al final del año, con la renta líquida establecida en la liquidación tributaria.

En el año 1987 se presenta lo que se ha visto con gran escándalo, esto es la adquisición por parte del acusado de la casa ubicada en la calle 106. Sin embargo, explica que desde el principio está plenamente justificada la adquisición de ese activo. Si se mira la conciliación patrimonial del General Medina del año 1987, se advertirá que la diferencia patrimonial no es de 50 millones sino apenas de 15 millones, y si a eso se le aplican los factores establecidos por la ley tributaria, es decir, tomar la renta líquida y sumarle los ingresos no constitutivos de renta, el impuesto de renta pagado, obviamente como un valor negativo, y las valorizaciones, se obtendrá una diferencia a favor del contribuyente Medina Sánchez por la suma de 2 millones de pesos.

Ahora, como alberga serias reservas sobre el valor contable de la declaración de renta para establecer por sí sola una realidad económica, acude al estudio del doctor Buitrago en tanto combina dicha realidad obteniendo documentos reales basado en pruebas reales, esto es, en hechos soportados legalmente. Así pues, no se parte de la declaración tributaria del General Medina diciendo que la casa le costó 20 millones de pesos, sino del costo real que fue de 35 millones; el solo saldo inicial en efectivo del periodo del ejercicio es de 37 millones de pesos; además los ingresos demostrados del acusado en ese mismo ejercicio fueron de 39 millones de pesos, luego eso le habría bastado para adquirir la casa y, sin embargo, en ese periodo el General se endeudó. Entonces, pregunta, ¿dónde está el fundamento para afirmar que en ese ejercicio su patrimonio se incrementó en 50 millones de manera injustificada?

Repara en que allí no están por lo menos los 35 millones. Pero además, se consideró que debían sumarse los 12 millones que le habían costado los muebles de la casa, como si el General no viniera trabajando desde 1952, y fue así como la Corte obtuvo una cifra cercana a los 50

millones de pesos que constituye el supuesto enriquecimiento ilícito del procesado.

Considera indignante que una persona de las calidades del General Medina se vea obligado a justificar 120 millones de pesos luego de casi 40 años de actividad económica. Es que no son los miles de millones de pesos de que hablaba la prensa, ni las casas e inmuebles, ni las cuentas en el exterior, sino un patrimonio razonable al que cualquier persona puede aspirar y tiene derecho.

Afirma que en el ejercicio de 1988 se encuentra otro caballo de batalla del Ministerio Público, los famosos CDT, que según la contabilidad del señor Procurador Delegado valían 25 millones de pesos en al año 88, pero que en realidad ascendían a $19'224.439, de los cuales $4'700.000 venían del ejercicio anterior. Entonces, el movimiento del año fue de apenas 15'643.439, cuando la suma inicial aportada por el flujo de caja al período gravable era de $37'554.419. Además, en ese año el encausado acreditó ingresos por 30'198.434, luego no hay razón para extrañarse porque el General hubiera constituido CDT por la mitad, máxime si se tiene en cuenta que traía un saldo de ahorros de períodos anteriores.

De otro lado, agrega, la Procuraduría califica los promedios de consignaciones como "altos", pero en comparación con el flujo de caja esos promedios resultan insignificantes y, además, los mismos se encuentran por debajo de todas las rentas declaradas por el General en el periodo 1981-1989. Concluye entonces que no puede ser un indicio en su contra el hecho de que las consignaciones sean inferiores a los ingresos, salvo en el año 85 cuando tuvo un excedente por capitalización de ahorros de 17 millones de pesos.

Insiste en criticar el método empleado por la Procuraduría pues no se incluyeron las rentas exentas, los ingresos exentos, las valorizaciones fiscales, ni las ganancias ocasionales. Considera que ello obedeció a la indoneidad de los funcionarios que realizaron el trabajo y no a que se procedió de mala fe.

Ahora bien, la diferencia patrimonial de los 7 años investigables es de 112 millones de pesos, los cuales están justificados así:

- $94'000.000 de renta líquida;

- $10'333.000 de ingresos no constitutivos de renta:

$ 7'756.000 como saldo negativo que hay que cargar por impuestos;

- $26'307.000 de valorizaciones fiscales; y

- $ 5'017.000 de inventarios iniciales de ganado en el año 81.

La suma de esos factores arroja un total de $128'606.000.

Niega que los inventarios de ganado sean un invento de la defensa, pues se extrajeron de la declaración de renta, al igual que de los datos tomados por el Procurador Delegado para afirmar que el General Medina se había enriquecido durante el año 87 en 50 millones de pesos, porque había comprado la casa de la 106, sus muebles y un Mercedes Benz.

Conforme con lo anterior, precisa, en ese año resulta un saldo de más de 10 millones de pesos a favor del contribuyente Medina Sánchez. Se podría decir, entonces, que la equivocación no fue tan grande si las fuentes de información no fueran equívocas, como efectivamente lo son, toda vez que los datos fueron tomados de las declaraciones de renta y existen dos poderosas razones para no creer en ellas, a saber:

a) Referente al patrimonio, es un hecho que en la contabilidad real los activos fijos se contabilizan por su valor histórico, en tanto que en el campo fiscal se deben valorizar a la tasa que ordene la ley, y

b) Respecto a los ingresos, ocurre otro tanto, ya que lo que se declara como renta líquida puede ser muy inferior a lo que efectivamente se haya obtenido por ese concepto dentro del ejercicio, debido a que la ley tributaria establece excepciones a las deducciones y, además, parte de ficciones como la renta presuntiva.

Reitera que las declaraciones de renta sirven como criterio orientador para establecer hechos económicos, pero por sí solas no son instrumento idóneo para demostrar un incremento patrimonial no justificado. Por ello las investigaciones por enriquecimiento ilícito deben tecnificarse y abandonar la improvisación que se evidencia en el presente caso.

En ese propósito, señala que deben fijarse dos reglas básicas:

A) El período a investigar es de 1981 a 1989, porque esa es la vigencia de la acción penal, y

B) Debe partirse de un patrimonio inicial en el año 1981 para poder establecer si al vencimiento del período existió o no un incremento patrimonial y si está o no justificado.

De otra parte, las rentas de capital se hallan justificadas documentalmente en aproximadamente 19 millones de pesos y son 55 millones de pesos los que se acreditan año por año.

Los ahorros del procesado se capitalizaron en un 100%, pues si bien las rentas de capital fueron la fuente principal de ahorro del General Medina, las rentas de trabajo lo fueron de sus ingresos, toda vez que según principios básicos de economía, los gastos se descuentan primeramente de las rentas de trabajo y lo que se capitaliza son las rentas de capital, como arrendamientos, intereses etc.

Y en cuanto a las rentas agropecuarias, que son apenas el 10% de los ingresos, no es cierto que sobre ellas la defensa haya tratado de justificar

el incremento patrimonial que se imputa al General Medina, pues fácil se aprecia que son insignificantes.

De otro lado, no entiende por qué la Procuraduría no se refirió a las utilidades por la venta de activos fijos, ni a las rentas de capital, de las cuales se encuentran justificados al menos 49 millones de pesos. Los 5 millones que no aparecen soportados fueron aplicados a créditos extrabancarios debido a que los rendimientos bancarios eran muy bajos.

Lo cierto es que el 88% de todas esas rentas están acreditadas debidamente en el proceso a través de soportes contables, que no por registros, en la medida que el acusado no era comerciante y, por tanto, no estaba obligado a llevar libros de contabilidad. En el cuadro acumulativo al año 89, que muestra a la audiencia, advierte que las rentas laborales son significativas para el ingreso y no lo son tanto para la acumulación, porque la aplicación que se les dió para el ahorro fue mínima, con excepción del año 89 cuando el General recibió sus cesantías. En cambio, las rentas agropecuarias y las rentas de capital fueron plenamente aplicadas al ahorro. Entre tanto, las utilidades por la venta de activos fijos fueron relativamente importantes para el ahorro, sobre todo al principio del período de 7 años que se analiza.

Si eso ocurrió en 7 años, pregona, cómo sería en los 29 años anteriores dejados por fuera del estudio. Evidentemente para el vocero las rentas agropecuarias son deleznables y bien podría prescindirse de ellas para justificar el incremento patrimonial del acusado, pero lo que no se puede admitir es que no hayan existido por el simple hecho de no constar en libros contables, pues lo cierto es que los ingresos percibidos por ese concepto debieron multiplicarse en el tiempo por la dinámica de la economía.

No sobra advertir que la no justificación del 12% restante de las rentas de capital se debe a la dificultad para conseguir documentos que datan desde el año 1952.

Todo lo expresado, puede resumirse en las siguientes cuatro conclusiones:

1. Sin establecer un patrimonio inicial no se puede hablar de incremento patrimonial no justificado.

2. La indeterminación del patrimonio inicial y del patrimonio final conduce a que el acusado tenga que explicar toda la actividad económica de su vida.

3. No pueden considerarse como indicios en contra del General Medina los 4 ó 5 episodios traídos a colación en la resolución acusatoria, porque no puede deducirse relación de causalidad siquiera probable entre hechos meramente accidentales y el enriquecimiento ilícito que se pretende probar.

4. La única fuente de información de la Procuraduría son las declaraciones de renta del procesado y éstas son absolutamente equívocas.

Con base en lo expuesto solicito a la Corte *Absolver* al General Medina Sánchez por atipicidad de la conducta.

4. El Defensor

En un primer aspecto señala la defensa que cuando el Constituyente del 91 prohibió que alguien pudiera ser pasible de doble juzgamiento por unos mismos hechos, excluyó definitivamente la doble sanción penal y administrativa, mediante el respeto el principio del *non bis in idem*.

Mientras para el Fiscal Delegado con esas dos investigaciones no se viola dicho principio en razón de las diferencias ónticas existentes entre el injusto penal y el injusto disciplinario, la Corte ha precisado que lo que se prohíbe con el nuevo precepto constitucional es el doble juzgamiento penal por los mismos hechos, ya que los bienes protegidos penal y disciplinariamente son distintos, por lo que nada impide el doble juzgamiento penal y disciplinario a causa de unos mismos hechos.

Tras aceptar que Teuricamente lo dicho por la *Corte* es cierto, o lo es en apariencia, aduce que otra es la situación cuando las dos competencias pretendan juzgar al tiempo o sucesivamente hechos idénticos, vale decir, de una misma naturaleza. Es aquí donde esa justicia disciplinaria paralela o superpuesta a la penal adquiere cada día más "los perfiles de venerable reliquia". Y hay quienes piensan con sobrada razón que el derecho administrativo sancionatorio es un derecho represivo y arcaico. Es el criterio de Eduardo García de Enterría y de Tomás Fernández, dos eminentes administrativistas españoles contemporáneos. La moderna teoría propugna sin excepción la exclusión de las dos sanciones, administrativa la una y penal la otra, cuando se trate de unos mismos hechos. Proceder de este modo equivale a la más franca violación del principio *non bis in idem* y al inexplicable desconocimiento de los principios de tipicidad y legalidad que igualmente nutren el derecho de hoy y son parte de los derechos fundamentales constitucionalmente protegidos. Ello sin contar con que los procesos paralelos sucesivos sobre unos mismos hechos no solamente atraen la posibilidad de soluciones contradictorias sino que también sustentan la inseguridad del derecho. Cuando es uno mismo el contenido material integrador de uno y otro proceso, sin que le sea posible al juzgador deducir la responsabilidad disciplinaria sino como consecuencia de haber encontrado al sindicado incurso en un hecho que la ley sanciona penalmente, no caben sutiles disgresiones para esquivar la prohibición constitucional de juzgamientos administrativos y penales paralelos o alternos, sobre la base, se reitera, de que se trate de unos mismos hechos, pues siendo así es lógico que la primacía de la competencia corresponda al Juez Penal que además dispone en caso de condena de las penas accesorias.

En el caso que nos ocupa, so pretexto del juzgamiento disciplinario, la Procuraduría Delegada para la Policía Nacional hizo caso omiso de la naturaleza jurídica del hecho investigado y se juzgó a Medina por enriquecimiento ilícito. No podía ignorar el Ministerio Público que el enriquecimiento ilícito es una figura jurídica de naturaleza penal. Al doble juzgamiento se opone así mismo el principio de la tipicidad, como también el de la legalidad, pues una conducta puede ser calificada como delito, como contravención, o como transgresión, pero en ningún caso como las tres cosas a la vez. Decir que se encontró probado un delito disciplinariamente es un despropósito, una clara usurpación de competencias o de funciones. Un proceder así viola ostensiblemente el artículo 29 de la Constitución Política. Si los hechos son al mismo tiempo de carácter penal y disciplinario, entonces deberá conocer de ellos privativamente la justicia penal, pues en esta hipótesis la justicia disciplinaria es de carácter subsidiario o simplemente derivado. La justicia disciplinaria superpuesta a la penal es ciertamente violatoria del principio non bis in idem, pero es, además, un caprichoso arcaísmo y da pie a violaciones de la presunción de inocencia y a prejuzgamientos.

El General Medina ha sido juzgado disciplinariamente por la Procuraduría habiéndosele impuesto la sanción más grave, o sea, la solicitud de destitución. Vale decir, que el hecho que se le imputaba era el de enriquecimiento ilícito y fue encontrado responsable del mismo; sin embargo, ese mismo hecho es el que actualmente juzga la Corte. Por eso afirma que el doble juzgamiento aparejа consecuencias y viola el principio de inocencia. Basta leer las motivaciones plasmadas en la condena de la Procuraduría y en la acusación proferida por la Corte para evidenciar que esta última acogió en buena parte el análisis de la primera, configurándose así un claro prejuzgamiento. Es un hecho que la Procuraduría Delegada para la Policía Nacional condenó al General Medina y solicitó su destitución por haberlo encontrado incurso en enriquecimiento ilícito. Y entonces, la coincidencia fáctica de los procesos atrae la sanción penal como subsidiaria de la sanción disciplinaria. Ello invierte los factores, y lo que debiera ser la causa se ha trocado en efecto. La sanción disciplinaria aparece en el caso controvertido como el presupuesto obligado de la resolución acusatoria, cuando la competencia era y sigue siendo privativa de la justicia penal. El artículo 29 de la Constitución prohíbe el doble juzgamiento por los mismos hechos sin distinguir si se trata de procesos administrativos o penales.

Ahora bien, entrando a otro aspecto, el defensor señala que respecto a los posibles nexos del General Medina con el narcotráfico, que es la primera de sus sindicaciones, el Procurador Tercero Delegado en lo Penal llegó a la conclusión de que ninguna de las declaraciones rendidas se exhibía consistente. Todo lo contrario. Los periodistas confesaron paladinamente que basaron sus informes en el crédito que les merecía la serie

dad de la Revista Time Internacional y la verdad es que ninguna de las versiones sobre los supuestos nexos del General Medina con el narcotráfico se ofrece valedera ni resiste el contraste con el dicho de los funcionarios que protagonizaron su retiro. Menciona el caso del señor exPresidente Barco, quien enfáticamente respondió que el retiro del General obedeció a la necesidad que internamente se tenía de procurar rutinarios movimientos con el fin de facilitar el ascenso de otras personas dentro del escalafón castrense, y agregó que nunca supo de nada anormal en su comportamiento. Otro tanto dijeron el Ministro Guerrero Paz, el exMinistro Zamudio, el General Maza Márquez y el siguiente Primer Mandatario. Recuerda distintas versiones sobre los supuestos vínculos con narcotraficantes, la manera como se desvanecieron y pone en tela de juicio la argumentación de la Corte en tanto señaló:

"*Algo muy grave debió acontecer con tales declarantes, por su habitual prudencia, tacto y hasta razones de Estado, o por no poder ofrecer una conclusión clara y paladina, prefirieron dirigir sus juicios principalmente a lo que fue en el pasado la parábola del ejercicio castrense del acusado. No quiere la Sala una definición en absolutos términos sobre este aspecto, que se ve robustecido en cierta forma por lo del enriquecimiento ilícito*".

Respecto de la aludida transcripción la defensa se pregunta a su vez si no estará pasando algo parecido con la honorable Sala, pues parece encontrarse en entredicho similar al de los ilustres declarantes preguntándose si la Corte ha recibido serios informes sobre este particular que la defensa desconoce.

Todo conduce -para la defensa- a la conclusión de que ya la Sala tiene un criterio inmodificable sobre el enriquecimiento ilícito del acusado, a pesar de la ausencia en el expediente de un estudio contable que mida el incremento patrimonial del General entre los años de 1952 y 1989 cuando se retira de la Institución, porque ciertamente existen análisis, pero incompletos, ya que falta lo concerniente al período transcurrido entre 1952 y 1981. No se explica cómo pueda establecerse el incremento patrimonial sin conocer cuál era el patrimonio inicial y cuándo comenzó su acrecimiento. De allí que la CORTE se haya remitido al concepto que sobre el enriquecimiento ilícito presentó el Procurador Delegado, el cual se concretó a los años 81 a 89, con absoluto desprecio de lo ocurrido en el ejercicio económico del General entre 1952 y 1981, período durante el cual la familia Medina Santacruz puso en acto diversos emprendimientos.

Como se ha puesto en duda la sociedad de hecho entre el acusado y su cuñado sobre la base de que no aparecen de ella registros contables, explica que la experiencia indica que en ese tipo de actividades agropecuarias lo normal es que no se lleve contabilidad y no se documenten las actividades que se realizan, pues entre campesinos aún rige el indeclinable principio de la buena fe.

Además, el General jamás se imaginó que algún día se vería avocado a justificar la procedencia de cada uno de sus bienes. Y de otro lado, cuando el Doctor Miguel Santacruz afirma que la confianza habida entre él y su cuñado, el General Medina, hacía inútiles los cruces de cuentas y la documentación detallada de las operaciones, que todo eso era innecesario "porque él no interviene para nada, yo soy quien administra", no sólo está diciendo la verdad, sino honrando una de las más antiguas tradiciones nariñenses. Si el Procurador Delegado hubiera solicitado oportunamente una inspección judicial se habría establecido que en el cien por ciento de las relaciones de negocios entre campesinos no se toman esa clase de previsiones.

El General y su cuñado Miguel Santacruz explotaban en compañía dos fincas: Cruz de Amarillo e Italpú, con extensión aproximada de 70 hectáreas. Juntos explotaron la vaquería desde 1972 y hasta 1989 cuando el General se retiró y su hijo Germán asumió la administración de la Finca Cruz de Amarillo. Al liquidarse la sociedad el General recibió 40 vacas lecheras y algunos terneros. De otra parte, las tierras de Cruz de Amarillo son de excelente calidad y durante más de 15 años el acusado había sembrado continuamente tres hectáreas de papa, dos veces al año, cultivo que en Nariño los campesinos realizan a la perfección.

Varias personas han declarado que el General de mucho tiempo atrás ha cumplido esta clase de negocios y si bien no fueron muy precisos es por que no vigilaban los cultivos como para saber cantidades y, además, porque los interrogatorios de los Jueces comisionados tampoco tuvieron gran precisión.

El hecho de que no se llevara contabilidad sobre esas actividades agropecuarias y que no se declararan fiscalmente las utilidades percibidas, no permite desconocer la realidad de esa labor productiva pues, de un lado, esta clase de negocios se caracteriza por la confianza de las partes, y del otro, los colombianos somos evasores de impuestos.

Critica que la inversión de la carga de la prueba autorice a los investigadores a exigir registros contables de las operaciones, pues la prueba documental no es la única válida en estos casos. Todo lo contrario, por ser el enriquecimiento ilícito un delito de carácter residual, tanto la justicia como el sindicado acuden a la prueba circunstancial.

Entonces, no puede pensarse que tierras tan pródigas y administradas por su cuñado hubieran permanecido ociosas o abandonadas por tanto tiempo. El Dr. Miguel Santacruz Guerrero declaró ante el Juez comisionado para la inspección judicial que la sociedad con el General poseía 81 cabezas de ordeño y que estaba dispuesto a demostrarlo, por lo que obviamente debía exhibirlas y así lo hizo. Pero, además, los peritos intervinientes precisaron circunstancias atinentes a la explotación de las fincas, todo lo cual corrobora lo afirmado por el General Medina y su cuñado.

Probado como está, entonces, el laboreo de las fincas Cruz de Amarillo e Italpú, se puede calcular la producción agropecuaria de manera conservadora y, aún así, se hace notorio que los rendimientos de tales tareas, sumados a las rentas de capital y de trabajo, a la venta de activos fijos y a otros menesteres, justifican sobradamente el monto y origen de los bienes pertenecientes a la familia Miguel Santacruz en los años 1952 a 1989.

Enseguida ensaya unos cálculos, sobre los cuales advierte que sin separarse de los trabajos presentados por los asesores contables de la defensa, muestran cifras muy inferiores a la realidad. En efecto, sostiene el defensor que la producción agropecuaria comenzó en 1972 de manera discreta con no más de 20 vacas de ordeño, que luego se incrementaría hasta el límite máximo de tolerancia de la explotación teniendo en cuenta la capacidad de las fincas. Ya en 1975 o 1976 había cubierto el máximo, para lo cual los socios aportaron 200 mil pesos cada uno.

Se presume que el 70% del ganado poseído está disponible para ordeño, luego si había 80 vacas, 56 estaban para ordeñar. Pero suponiendo que solo estaba disponible el 40%, es decir, 32 vacas, ese ganado, dado su alto mestizaje, producía en promedio 15 botellas de leche por cabeza; partiendo de un promedio de 10 botellas nada más, hace cálculos sobre precios de venta de la leche para concluir una producción lechera mensual de $192.000,oo que multiplicados por 12 meses arroja un guarismo de $2'304.000,oo al año. Entonces, la producción lechera durante los 14 años corridos entre 1976 y 1989 fue de $32'250.000,oo.

Añade que en el anterior ejercicio no se incluyen los ingresos por venta de ganado seco y terneros.

Ahora bien, en cuanto a la producción agrícola de Italpú, lleva a cabo un cálculo semilar respecto de los cultivos, su extensión y su producto, para concluir $2'400.000,oo por año de siembra; y como desde 1972 a 1989 "el precio promedio de un bulto, sin exagerar, podía ser de $4.000,oo", que arbitrariamente dejará en solo $1.000,oo para todo el período, concluye que durante 17 años se produjo un rendimiento de $48'800.000,oo como valor total de la actividad agrícola

Dicho resultado "es muy superior a los $20'000.000,oo calculados por los asesores contables". Y "es un regalo que le hace la defensa a la acusación".

Si a los porcentajes correspondientes se suman las rentas de trabajo y de capital y los rendimientos por venta de activos fijos entre 1952 y 1989, se obtendrá el origen y monto del enriquecimiento lícito del General Medina Sánchez.

Afirmó también el defensor que contrario a lo que se ha querido hacer ver, la contabilidad permite medir por medio de indicios una actividad económica a la que faltan libros y registros, tal como lo hizo precedente-

mente de manera razonable, con la mayor prudencia y partiendo de cifras por debajo de las reales.

En el estudio contable del señor Pablo Buitrago se calculan las rentas agropecuarias para el período 1952-1981, en la muy discreta cuantía de $7'000.000.oo y en otro tanto las rentas de capital derivadas del arrendamiento de sus inmuebles urbanos durante el mismo lapso (casa de la calle 119A, casa de la Cra. 18 y apartamento de la Trv. 30). Las rentas de trabajo aparecen certificadas en suma aproximada a los $6'000.000.oo. A las rentas de capital debe agregarse los intereses para alcanzar un total de $7'300.532.oo.

Aclara que durante todo ese período el General vivió en casas fiscales; que los intereses provenían de la colocación de dineros sobrantes entre 1952 y 1981; que los dineros ahorrados se colocaron en el mercado bancario y extrabancario y que obviamente no se mantuvieron inactivos en caja.

Además, que el acusado adquirió fondos a través de obligaciones contraídas con el B.C.H., la Caja de Vivienda Militar y Concasa, según las certificaciones allegadas al expediente.

De otro lado el flujo de caja entre 1952 y 1981 aparece señalado en el estudio contable en la primera página de cada año. Allí se podrá evidenciar que por todas las rentas mencionadas el General obtuvo ingresos por $20'000.000.oo. Con todas las prerrogativas de un oficial activo de la policía, no es exagerado afirmar que el General Medina podía ahorrar el 60% de su sueldo, máxime que el poder adquisitivo de la moneda en épocas anteriores era superior al actual.

Además, agrega, el ahorro induce a la inversión. Con sus ahorros el acusado pagó las cuotas periódicas de la casa, se obligó y adquirió activos y por ello los gastos de la familia Medina Santacruz ascendieron durante todo el período que se analiza a $16'000.000.oo, que restado de sus ingresos ($29'000.000.oo) dejan un remanente de $13'000.000.oo, los cuales, declarados o no, son el dinero sobrante poseído por la familia, dinero más que suficiente para dejar sin piso las anotaciones de la Procuraduría según las cuales el dinero ganado por el inculpado en 1981 no le alcanzaba para gastar y ahorrar al mismo tiempo. Desde luego que esa afirmación se debe a que no se tuvo en cuenta el ejercicio económico entre 1952 y 1981.

Haciendo un balance a 31 de diciembre del 81 señala: $13'000.000.oo en efectivo correspondientes a los remanentes del flujo de caja: $3'303.000.oo en inmuebles a precios históricos: $780.000.oo en vehículos a precios históricos; y $7'000.000.oo representados en los controvertidos certificados de depósito, el lote de ganado acumulado en todos estos años y los enseres domésticos. Todo lo cual da un total de $23'000.000.oo que menos el pasivo hipotecario y otros estimado en $3'000.000.oo, arroja

el activo neto de $20'000.000.oo a 31 de diciembre de 1981, guarismo que constituye el punto de partida para la presente investigación.

Establecido como ha quedado el patrimonio inicial del acusado, procede a determinar el patrimonio final del cual deberá restarse aquél, para saber ahí sí con certeza cuál fue el incremento patrimonial del General Medina desde el año 81 hasta el año 89, cuando se retiró de la Policía. En efecto, el patrimonio final del acusado es de $119'555.067.oo, menos el patrimonio inicial de $20'000.000.oo, da $99'555.067.oo.

Como se ve, la variación patrimonial del acusado entre 1981 y 1989 es de casi $100'000.000.oo y su explicación aparece año a año en el estudio elaborado por los asesores contables de la defensa.

"Con efecto, para que la conducta sea típica es indispensable que el incremento carezca de explicación justificativa; sin embargo, es posible que dicha conducta típica pueda estar justificada en la medida en que concurra una causal de exclusión de la antijuridicidad"... y agrega: *"Conviene reiterar que nuestra legislación a diferencia de lo que ocurre en Argentina, la conducta típica consiste en obtener incremento patrimonial no justificado y no en omitir la justificación del enriquecimiento"*.

Aunque podría pensarse que sustancialmente hay identidad entre las dos conductas, pues tanto dá enriquecerse y no justificar, como no justificar el enriquecimiento, observa que en el aspecto jurídico hay diferencias no solo en el elemento descriptivo de la conducta, sino en las consecuencias que se derivan de una u otra redacción en el plano del momento consumativo, de la prescripción, de la coparticipación y aún del tratamiento que pueda darse en cada caso a las causales de justificación e inculpabilidad y, desde luego, en lo más importante, o sea, en el factor de la carga probatoria.

La doctrina afirma que cuando se hable de incremento hay que entender que éste debe ser exagerado, es decir, no aquel derivado del rendimiento normal de los bienes del sujeto agente. Y está dicho ya que no es cualquier incremento el que puede dar paso a la acción penal. El incremento, así lo afirman los autores, ha de ser desmesurado, desproporcionado. Y algo mucho más interesante aún: la cuantía del incremento es requisito sin el cual no se configura el tipo de enriquecimiento. Y es apenas lógico concluir que si el incremento es el fruto del giro normal de los negocios del incriminado, no cabe hablar de incremento no justificado pues el origen del mismo es lícito.

Sobre la injustificación del incremento, cita la defensa al profesor Aldana Rozo:

"El incremento patrimonial ha debido ocurrir por razón del cargo o en ejercicio de las funciones. En atención a que este hecho punible constituye un atentado contra la Administración Pública, es evidente que se requiera

la relación entre el aumento del patrimonio y la actividad funcional que compete al empleado oficial, bien por razón de la investidura que ostenta o por obra del desviado ejercicio de la función que se cumple".

"Algunos comentaristas estiman que esta exigencia es improcedente porque obliga a los jueces a que demuestren la indicada relación entre el enriquecimiento y la función, lo que casi es siempre de difícil prueba y, por tanto, camino fácil para la impunidad; en consecuencia, estiman que en este aspecto estaban mejor conseguidos los proyectos de 1976 y 1978 los cuales no requerían el aludido nexo, pero para la tipificación de la conducta basta que el incremento tuviera ocurrencia durante el ejercicio del cargo o en los dos años subsiguientes a la dejación del mismo".

"Es obvio que si este tipo penal representa atentado contra la administración, la conducta en él descrita debe estar causalmente conectada con el cargo o la función que se detenta, de modo que si demostrada la calidad funcional del agente y el hecho objetivo del enriquecimiento, no aparece su justificación, tendrá que aceptarse que éste fue el producto de un torcido ejercicio de la función o del cargo, no porque para ello se establezca una presunción, sino porque la cadena indiciaria conduce inequívocamente a sustentar ese aserto".

El defensor sostiene que sería absurdo pensar que con esta forma de argumentar se establezca una presunción de que el enriquecimiento del funcionario es, de modo necesario, consecuencia del cargo o de la función ya que por disposición expresa de los artículos 302 a 304 del Código de Procedimiento Penal, la presunción debe ser de creación legal, pues el indicado texto dispone que: "Hay presunción legal cuando la ley manda que un hecho se tenga como prueba plena de otro". De suerte que si la presunción debe tener consagración expresa en la ley, razonar en la forma que se critica sería tanto como presumir la presunción, lo que vale tanto como decir que por ser el enriquecimiento ilícito figura penal de carácter subsidiario, demostrado el nexo causal del agente con el cargo o la función y el enriquecimiento no justificado, porque no se demuestre su origen lícito o ilícito, cabe presumir que el enriquecimiento es el fruto del torcido ejercicio del cargo o de la función. Todo ello a partir de una proposición negativa: como no ha sido posible demostrar que el enriquecimiento proviene de concusión, cohecho, prevaricato o, para el caso de autos, nexos con el narcotráfico, entonces, este defecto probatorio se subsana presumiendo probado el enriquecimiento ilícito, a menos, claro está, que se demuestre el origen diverso y lícito de los bienes colocados en entredicho.

Insiste en que la defensa ha venido solicitando de forma reiterada que se le diga cuál es el cuantum del llamado acrecimiento patrimonial no justificado, que su defendido debe justificar, pero por una u otra razón no se le ha contestado, ni la resolución acusatoria se ocupa sobre el punto.

De todo lo dicho, extrae las siguientes conclusiones:

1. No es válido determinar el estudio de un incremento patrimonial sin que previamente se haya establecido un patrimonio inicial.

2. No es posible en ningún caso establecer un acrecimiento patrimonial con fundamento en declaraciones de renta por comparación de los patrimonios líquidos fiscales de un período a otro, toda vez que la base gravable tributaria, esto es, el patrimonio líquido, se calcula conforme a ficciones propias del derecho tributario encaminadas a determinar la base gravable, muy diferente en sus resultados de una situación patrimonial real.

Por tanto, la declaración de renta es un instrumento equívoco y no siempre veraz para establecer una realidad económica objeto de toda investigación referida a este delito.

Obrar de dicho modo conlleva a un resultado de adecuación típica ajena al enriquecimiento ilícito, por cuanto el tipo no habla de incremento patrimonial fiscal no justificado.

3. No es posible formular cargos sin que previamente se haya establecido el cuantum del acrecimiento patrimonial no justificado, sin lo cual no se configura el tipo.

4. No es cierto que la prueba contable aliegada al proceso por la defensa carezca de sustento documental y que, por lo mismo, sus conclusiones económicas referidas al origen del patrimonio de la familia Medina Santacruz adolezcan de respaldo probatorio.

5. La Procuraduría desconoció las bases anteriores y, además, incurrió en omisiones que desnaturalizan de suyo las conclusiones de su estudio, fundamento de la resolución de acusación. En efecto, no se investigaron ni midieron todos los hechos económicos ocurridos entre 1952 y 1981, que conforman el cuantum del patrimonio inicial y, por tal motivo, se carece del sustraendo de la operación aritmética aplicable para determinar el monto del incremento patrimonial producido entre 1981 y 1989, marco temporal de la investigación.

Critica al Procurador Delegado por cuantificar el enriquecimiento ilícito a través del cálculo que es la simple suma de tres activos y porque no se sumaron los demás bienes ni se descontaron los pasivos con lo que se obtendría el patrimonio de 1987, del que sustrayendo el inicial de Interferencia se obtendría el incremento. Y agrega que si en gracia de discusión se aceptara que los 50 millones son el monto que soporta la acusación, éstos estarían justificados con las rentas obtenidas en todo el período 1952-1987. Por último, precisa que si bien las cifras de las declaraciones tributarias representan un mínimo de tenencia de bienes, también lo es

que dichos documentos igualmente representan un mínimo monto de las rentas obtenidas lícitamente, sin que sea dable predicar la inexistencia de aquellas no declaradas como desgraciadamente es la filosofía rectora de la acusación.

Por último, no se puede fundamentar la acusación en el desconocimiento del origen lícito de las rentas no declaradas, ya que proceder así implicaría presumir la existencia de una tarifa probatoria que no contiene la ley. En otras palabras, la ley no prohíbe probar la licitud del incremento patrimonial con rentas no declaradas fiscalmente.

Consideraciones de la Sala

La Sala es competente para fallar el presente proceso por cuanto es evidente que el acusado era un General de la República en servicio activo y los hechos a él imputados están ligados al ejercicio de sus funciones como Director de la Policía Nacional y, a su vez, a su grado dentro del Generalato. Ello explica, de otro lado y como se advirtió antes, la intervención de la Fiscalía General de la Nación a través de uno de los Delegados ante la Corte, como que el art. 235 de la Carta consagra la atribución de juzgamiento en cabeza de esta Corporación, previa acusación por parte del Fiscal General que, para ese momento, había dejado en manos de sus Delegados ante la Corte el ejercicio de dicha Facultad, a través de acto cuya presunción de legalidad se mantenía para el momento en que actuó dentro de este proceso, habiendo ocurrido, además, que la ejecutoria de la resolución acusadora se produjo durante el tránsito institucional y la entrada en vigencia del nuevo C. P. P., lo que explica histórica y jurídicamente la presencia del Fiscal dentro de la audiencia, como sujeto procesal.

Ahora bien, en cuanto tiene que ver con la alegación del doble juzgamiento como circunstancia impeditiva respecto de este asunto, esto es lo penal y lo disciplinario, se trata de una cuestión ya superada ampliamente que para la Sala no puede tener la incidencia que pretende la defensa. Siendo de reconocer que doctrinariamente existen voces que propugnan por ello, entre otras las de autores españoles a quienes también alude el defensor, el contexto doctrinal y legislativo colombiano, así como su fuente Constitucional, son bien diversos. Ya la Fiscalía había dedicado gran parte de su intervención a despejar apariencias y descubrir la verdad y por eso el tema no debería merecer nuevos reparos ni nuevas explicaciones. El injusto disciplinario -y por ende- la respuesta estatal a su realización, tiene matices distintos que no permiten que absorba la responsabilidad penal, cuyo mayor contenido y alcance no puede verse menospreciado perdiendo eficacia frente a la de menor envergadura. Pero se reitera, la tesis consolidada en Colombia es la de permitir que coetáneamente, y cada uno con su propia autonomía, puedan tener vigencia los dos sistemas, es decir, el disciplinario y el penal.

De ahí que la Corte Constitucional, en fallo de Febrero 17 de 1994, destacara lo siguiente al declarar exequible el art 63 del Decreto 196 de 1971:

" Y si bien es cierto que en materia criminal, la reincidencia ha sido abolida del Código Penal Colombiano, ello no quiere decir que en materia disciplinaria no pueda contemplarse. Es que las orientaciones filosóficas, principios y reglas del Código Penal, no tienen por qué identificarse con las disciplinarias, pues existen diferencias de contenido, objeto y finalidad, además de que la responsabilidad es diferente".

Por eso es inexacta la afirmación hecha por la defensa en cuanto a que la Procuraduría Delegada para la Policía Nacional juzgó al General Medina por el delito de enriquecimiento ilícito. El fallo allí producido tuvo como fundamento jurídico el carácter que ostenta, como grave falta disciplinaria, la obtención indebida de provecho patrimonial por parte del General Medina Sánchez durante su desempeño como Director General de la Policía, y el poder preferente que en materia disciplinaria tiene - ha tenido - la Procuraduría General de la Nación sobre la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas, con las únicas excepciones de orden Constitucional que existen y que, para este específico evento, no rigen.

Además de ello, en Colombia no existe, como sí sucede en España, norma de parecido texto al de la denominada en dicho país, Ley de Orden Público, adoptada por Real Decreto Ley de Enero 25 de 1977, o al de la Ley 30 de 1992 (Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común) o al del Real Decreto 1398 de 1993 (aprobatorio del Reglamento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora -REPEPOS), en virtud de los cuales no se impondrán conjuntamente sanciones gubernativas y sanciones penales por unos mismos hechos: esta prohibición que incluso allí mismo está atemperada por numerosas excepciones y que viene adobada por múltiples mecanismos de orden legal (en cuanto al régimen del pleito pendiente, a la prescripción de las acciones, al régimen concursal , etc.) que difieren la decisión disciplinaria a la resolución previa de la penal, pero nunca al revés, como lo pretende la defensa. (cfr. Derecho Administrativo Sancionador; Alejandro Nieto; Ed. Tecnos 2a ed. ampliada).

Por último, para terminar con el tema, repárese en el contenido del Código Unico Disciplinario (Ley 200 de 1995), de cuya literalidad y sistema se deriva con claridad que el legislador colombiano no ha tenido este tipo de tendencia (arts. 2, 11 y 17), por lo que sería exótico, por decir lo menos, que la Corte se apoyase en una respetable pero lejanísima teoría europea, para acoger el planteamiento defensivo y supeditar, en contravía de su propia fuente, el proceso penal al administrativo disciplinario.

Ahora bien, la defensa se ha preocupado bastante por requerir el monto del enriquecimiento ilícito, esto es, que se le precise en una cifra exacta

y categórica. Ello resulta una exigencia que en criterio de la Sala desborda realidades y pretende crear confusión, generando la doble falsa sensación de la inocencia del procesado (tan notoria que aún se ignora el monto de la infracción), o de su juzgamiento en condiciones que le impiden defenderse, precisamente por la presunta indeterminación de esa cuantía.

La naturaleza del delito, la índole de la conducta descrita en el tipo, exige señalar una suma que rebase el monto ordinario y explicable de la correlación existente entre ingresos, gastos y acrecentamiento patrimonial, determinación ésta que fue haciéndose año por año en este proceso. Este ejercicio resulta claro en las transcripciones y observaciones que sobre el punto se indicaron en la Resolución Acusatoria y por ello la demanda que en ese sentido se formula en la audiencia, resulta insólita si se repara en lo que fueron la labor probatoria y la tarea de alegación, llevadas a cabo precisamente para desvirtuar un cargo claramente delimitado. Lo que se pone al descubierto es que sí se sabía de que se trataba la imputación, por lo menos desde cuando se supera el momento procesal en que se perfilan con toda su significación los contornos fácticos y jurídicos del cargo, (el de la resolución acusatoria). El hecho mismo, sobre qué aspectos económicos giraba, y cuánta la comprensión de lo imputado, surgen apodícticamente tras el análisis global y no fragmentado de la manera en que se adelantó el contradictorio.

Por eso la inquietud resulta más aparente que verdadera y no puede tenerse como definitiva para las deducciones que se presentan como reparo fundamental o sustancial, en vista de que con una determinación hecha en los términos pretendidos, esto es, absoluta, se perdería el con texto integrador dentro del cual se dá el acrecimiento, para reemplazarlo por una sumatoria de fracciones menores, presentadas al fallador -como se ha intentado sobre la base de cálculos hipotéticos y de ingresos probables pero de origen y/o de cuantías, también hipoteticados.

De ahí que también se insistiera, como argumento defensivo que criticaba lo supuestamente segmentada e imperfecta que había sido la investigación, que se habían desatendido veintinueve años de producción económica por parte del procesado para en cambio contabilizar, sola y aisladamente, lo sucedido desde 1981, como si la Corte hubiera hecho aparecer al procesado, únicamente a partir de ese momento, como ente humano productivo. Tal como se verá enseguida, ello responde á una visión equivocada de la figura penal de que trata y, por supuesto, constituye también un sofisma de distracción.

Para comenzar, hay que dejar establecido que iniciándose en ese año la contabilización del estado patrimonial del procesado (lo que era necesario porque debía fijarse un período dentro del cual operaron la investiga-

ción, el análisis económico y la formulación de cargos, tal cual se explicara en el interlocutorio de marzo 25 de 1993), al acusado se le tiene como hombre que ha venido laborando y obteniendo rendimientos desde años atrás. Prueba de ello es que se toma su declaración de renta para ese año de 1981, pues en ella no tiene por qué aparecer únicamente lo producido durante el mismo, sino que registra lo que ha venido acumulándose de años atrás. Ningún documento del proceso -excepción hecha de aquellos en que la defensa ensaya esta interpretación- ubica como ciclo 1 de productividad del General Medina el año de 1981. Al contrario, dicho año constituye un punto de consolidación de lo producido hasta entonces, porque sencillamente no podría ser de otra manera.

En segundo término, no siempre que la justicia penal trata de develar un enriquecimiento ilícito de funcionario público, tiene por qué incorporar al objeto procesal ámbitos anteriores a los que propiamente se relacionan con el ejercicio de la actividad oficial sobre la que sospecha que ha servido para el acrecentamiento indebido del patrimonio por el que se indaga. Podrá ocurrir que el investigado no haya tenido vinculación alguna con el Estado, o que aún teniéndola nada anormal se detectó sobre ella. Pero lo que llamaría a perplejidad, y de hecho conduciría a absurdos, sería que el Estado dirigiera toda su capacidad pesquisidora a la vida útil económica de una persona, con el pretexto de averiguar un hipotético enriquecimiento ilegítimo durante el ejercicio de algún cargo o de las funciones inherentes al mismo.

De todos modos pretender, como se ha querido mostrar por la defensa, que al procesado se le ha venido considerando por muchos años improductivo, total y absolutamente, es en sí una argumentación débil, aparente y ajena a la realidad estimada por la Corte. Lo que ocurre, sencilla y llanamente, es que la Corporación no podía partir de supuestos imposibles, o por lo menos no demostrados, que trasladándolo todo convirtieran al cadete u oficial en sujeto inmerso en las más extraordinarias circunstancias de explotación y rendimiento patrimonial.

Si al tomar su declaración de 1981 se estuviera partiendo de cero, razón tendrían quienes protestaran por ello, pues que con tal proceder se desconocería una cierta y relativa actividad económica, sin embargo, lo que se ha verificado, es iniciar el cotejo y el rastreo económico a partir de unas fuentes de ingreso y unas erogaciones que, para la época y condición del procesado en ese entonces, no eran abundantes y sí ceñidas a la realidad. El estudio económico efectuado por la Procuraduría parte de la base de que el procesado poseía en 1981 el patrimonio que se especifica a continuación:

Efectivo 474.852.oo

Cuenta de Ahorros Las Villas 671.305.oo

Casa Cl 98 A 853.142.oo

Apartamento Tv 30 1.400.000.oo

Volkswagen 130.000.oo

Daihatsu 74.000.oo

Ganado cría-levante 167.000.oo

Finca San Antonio (50%) 200.000.oo

Deuda Concasa1.186.826.oo

Deuda Casa Vivienda 216.217.oo

Deuda B.C.H. 11.564.oo

TOTAL 2.575.692.oo

También se deben despejar dos falsas ideas sobre las cuales batalla la defensa con pretensiones exculpatorias o justificantes. Una, tratar de disminuir la entidad del enriquecimiento ilícito para considerarlo bajo esquemas comparativos de la actualidad. Puede ser que la magnitud del hecho aparentemente se desdibuje, o parezca perder connotación, desplazado del ámbito de cuando se produjo al de la época de la audiencia pública o al de la fecha del fallo. Pero ello es producto de la variación del lente con que se mira y no de su propia realidad. Por eso lo que antes era una erogación casi imposible de realizar, hoy, ante la devaluación, puede parecer una suma ridícula, un gasto fácilmente sufragable, o un ingreso que por su exigüidad no enriquece a nadie. O lo que es lo mismo, que un inmueble que costó treinta y cinco millones de pesos diez o quince años atrás, es tan difícil de obtener con entradas de un millón de pesos por año, como hoy la misma propiedad en su valor actualizado, con ingresos mensuales o anuales, también actualizados. En ese entonces, o ahora a costos históricos, una y otra cuestión resultan utópicas, imposibles o injustificables, siempre bajo la equivalencia, también histórica, de los ingresos.

De manera que el análisis debe ceñirse a esa realidad: la cuantía del bien en esa fecha, el monto y naturaleza de los ingresos para esa época. Allí es donde resalta el desajuste de entradas, gastos y adquisiciones en ese mismo período. También debe destacarse que la desproporción patrimonial, inadmisible para un determinado período no reduce a éste su nocivo efecto ni su condición ilegal, pues ello equivaldría a legitimar la acción delictiva y sus rendimientos, si no, esta clase de procesados y de ilicitudes gozarían de un tratamiento de especial favor por su suavidad pues lo conseguido por medios ilícitos, prohibidos y punibles, durante un ciclo específico de funciones, nacería y moriría en él, puesto que los incrementos futuros tendrían como causa, mirado ya como ingreso normal y

legítimo, la exacción o el enriquecimiento ilícito pretéritos. Sería tanto como explicar el delito por el delito pero con consecuencias exculpatorias.

La libertad ilimitada que se intentó en el ejercicio de la contraprueba no puede ser atendida por la Sala y además de ello se muestra ilógica. En efecto, si esta clase de alegaciones fueran a producirse al momento de controvertir una incorrección tributaria, serían desestimadas por endebles e improcedentes. Se quiere que ahora, dentro de un proceso penal y muchos años después, demeriten las declaraciones y documentos, privados en su origen pero oficiales por su posterior incorporación a una contabilidad nacional, por lo que deben gozar de especial protección y consecuente mérito.

No se ve por qué, con el correr del tiempo, se permita hacer lo que no se pudo en un instante más cercano, más oportuno, más espontáneo, y con finalidades más coherentes con esa contrademostración.

La ley tributaria ofrece un calificado medio de probar el patrimonio y los ingresos. Pero si a través de ella no se refleja la verdad, eso no significa que un incremento injustificado adquiera por esa razón legitimidad; otros medios de prueba pueden concurrir a demostrar el origen lícito de dicho incremento, siempre que sean idóneos, serios y suficientes para acreditarlo. Lo que sí no se puede aceptar es que valgan más las contabilidades de última hora que las que se documentaron simultáneamente con su producción. O aceptar, acríticamente, que los estudios o análisis de la hora de nona, sin soportes individualizados o con soportes acomodaticios suministrados por el acusado o por quienes hacen causa común con él, pesen más que los que se originaron con la misma paulatinidad con que acreció el patrimonio, hasta el punto de que resulten respaldando una realidad que nunca fue pero que permitiría sustraerse a las consecuencias punitivas.

Bueno es recordar, a propósito de estas reflexiones, que la Corte ya se había pronunciado ampliamente sobre estos tópicos cuando, primero, denegó la práctica de un peritaje sobre el estudio económico contable realizado por el órgano de prueba de la defensa, Sr. Pablo Enrique Buitrago, aunque admitió como medio de prueba el documento aludido (autos de marzo 25 y mayo 3 de 1993) y, segundo, negó la pretensión de tramitar como objeción por error grave un memorial de la defensa que ensayaba una interpretación contable, o una propuesta de interpretación, respecto de los estudios que sobre el hecho económico investigado habían elaborado expertos de la Procuraduría General de la Nación (autos de septiembre 6 y octubre 27 del mismo año).

Pero como la defensa y el testimonio que Buitrago rinde dentro de la audiencia pública, invocan dicho estudio para construir a partir suyo los argumentos de absolución, debe la Sala recalcar que todas éstas razones precedentemente expuestas la conducen a inadmitir, y restarle valor, al

esfuerzo del tributarista particular pesentado por el procesado. No es su origen lo que lo descalifica, sino la circunstancia de que pese a la posibilidad de ser un estudio lógico, real o coherente, pero entendido dentro de su propio esquema, se resiente en cuanto tiene que ver con la realidad histórica, en lo fidedigno y confiable de los datos que le sirven de base, y nada puede aportar en torno a la franqueza, la sinceridad, la veracidad o espontaneidad de quien los suministró.

En otras palabras, el contador o tributarista podrá responder por la veracidad de lo que dice, pero no puede hacer lo mismo por la de los datos que se le suministraron o por la sinceridad de quien lo hizo que, obviamente, tuvo que procurar acomodaciones y ajustes ex profeso.

De ahí que en tanto las conclusiones del estudio y su materia prima, los datos sobre los cuales se elabora, tengan como fundamento préstamos de dinero hechos en condiciones que escapan, sin razón suficiente, las de las transacciones que se dan en el ámbito de los negocios según lo enseña la experiencia común, esto es, sin plazos o tiempos límite, sin sobrecostos o gravámenes, sin respaldos documentados, a título gratuito y desnaturalizándose hasta casi confundirse con donaciones sin causa; o cuando bienes de significativo valor aparecen como obsequios sin título y razón que los explique; o cuando la actividad pecuaria o la agrícola aparecen de manera o con intensidad sorpresivas, hasta el punto de que ni los propios trabajadores identifican a sus patronos o a los propietarios de los bienes en los que aplican su fuerza de trabajo, no resulta factible aceptar, de buenas a primeras, como confiable, el cálculo que se hace sobre la productividad y capacidad de enriquecimiento, de tan deleznables soportes. No se descalifica, repítase, el ejercicio técnico concebido en sí mismo, sino en tanto parte de presupuestos indemostrados. Es allí donde radica su debilidad, su incapacidad para producir un absolución por la certeza de sus contenidos, o porque introduzca dudas serias, imposibles de eliminar de manera racional.

La Sala insiste en considerar de manera bien diversa a la fijada por la defensa, las faenas agropecuarias del procesado pues se trató de otorgarles características irreales, inaceptables racionalmente, pues que sólo beneficios generaban, eran inmunes a gastos y lo fueron a contratiempos. Sorprende tanta prosperidad, aun con las cuerdas mínimas con que pretende transigir la defensa, de manera por demás especulativa, cuando se sabe de tantas contingencias y de qué tan rebajada utilidad suelen ser catalogadas. Pero a pesar de este tipo de recelos hay qué aceptar que bien distinto habría sido si contemporáneamente con esa dedicación hubieran aparecido demostraciones ciertas e inconfutables de ventas periódicas de semovientes, o de sus productos; comprobantes fehacientes que dataran de esas épocas, en fin, vestigios, rastros o huellas fidedignas de que existió aplicación a tales actividades y con la trascedencia suficiente para desbalancear los movimientos económicos inexplicados e injustificados

que condujeron a la formulación del cargo, así no hubiesen sido integramente incorporados a las declaraciones de renta.

No hay pues certidumbre ni concreción admisible en estas especulaciones y como tal deben quedarse. Toda la actividad de contradicción se condicionó a explicar la determinación contable que se tenía del ilícito enriquecimiento, con un cierto margen de exceso, el mismo por el que se transigía, para contar con suficientes cartas a la hora de cualquier contingencia probatoria o simplemente para impresionar al fallador. Persisten pues en toda su capacidad de imputación las consideraciones de la Resolución Acusatoria, fundamentalmente en lo que respecta a la situación económica del acusado y de su núcleo familiar para los años 1987 y 1988, período durante el cual se produjo de manera más cuantiosa y notable el acrecentamiento injustificado de su patrimonio tal como lo señaló contundentemente el señor Procurador Delegado durante la audiencia pública.

En efecto, conforme con el estudio detallado que realizó la Oficina de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación, prueba documental legalmente producida y trasladada al proceso y que merece plena credibilidad por encontrarse debidamente soportada, está acreditado que a finales de 1986 los miembros de la familia Medina Santacruz tenían un patrimonio líquido 45.249.287.oo habiendo obtenido en el mismo año ingresos por 20.186.297.oo; pero en 1987 su patrimonio líquido ascendió a 60.382.002.oo sin que ello obedeciera a revalorización de activos fijos y no obstante que para ese año solo acreditaron ingresos por 25.281.025.oo

Además, en 1986 el grupo familiar tenía dineros disponibles en cuantía de 32.440.543.oo (efectivo y bancos, depósitos a término y deudas), rubro que para 1987 se elevó a 55.262.786 de manera inexplicable.

Lo más revelador es que al finalizar 1987 el acusado y su núcleo familiar aprecieron con 28 millones de pesos en efectivo, a pesar de que en ese año hicieron las más costosas erogaciones declaradas, como fueron la compra de la casa de la calle 106 de Bogotá (que costó 35 millones de pesos) y los muebles y enseres con que se dotó la misma, avaluados pericialmente en 12 millones de pesos.

Por si fuera poco, en 1988, cuando aún no había recibido sus prestaciones sociales, el acusado constituyó certificados de depósito a término por valor total superior a 25 millones de pesos. Y si algunos de esos certificados obedecían a renovaciones de inversiones antiguas, en su mayoría ellos respondían a inversiones nuevas, pues varios de los constituidos en el pasado y cuya suma superaba los 10 millones de pesos, estaban para redimir hasta 1989.

Entonces, y así lo sostuvo el Ministerio Público, resulta evidente que las cuantiosas inversiones realizadas por el General Medina Sánchez en

esos dos años desbordaron en cerca de 50 millones de pesos las posibilidades lícitas de enriquecimiento con que contaba en aquella época, las cuales se restringían a sus rentas laborales como oficial de la Policía Nacional y a los modestos rendimientos de los activos que poseía, máxime teniendo en cuenta los considerables gastos que le demandaba el sostenimiento de su familia habida consideración del nivel social en que se encontraba para entonces.

No lograron pues los distinguidos representantes de la defensa justificar de manera real y convincente de dónde salieron los recursos económicos empleados para adquirir, en particular, la casa de la calle 106 y su lujoso mobiliario. Las explicaciones dadas sobre el punto en cuestión resultaron artificiosas e indemostradas.

Dado que ese incremento patrimonial injustificado se produjo precisamente en el tiempo durante el cual se desempeñó el acusado como Director General de la Policía, cargo del cual salió de manera súbita e intempestiva, (calificativo que responde a razones que en su momento se dejaron consignadas de manera explícita por la Sala), es por lo que mediante un proceso de inferencia lógica se llega a la certeza de que dicho acrecentamiento patrimonial fue producto del torcido ejercicio del cargo o de las funciones propias del mismo, conducta que encuentra adecuación típica en el artículo 148 del C. de las Penas vigente para ese entonces.

Precisamente el análisis conjunto de distintos elementos indicadores condujo al Fiscal Delegado ante la Corte a dicha conclusión, y a ellos se refirió en extenso durante la audiencia. Veamos:

1. Durante la época en que se desempeñó como Director General de la Policía, no se vieron verdaderas y decididas acciones contra los narcotraficantes, y las pocas que se intentaron resultaron frustradas por fuga de información que necesariamente debía manejarse al más alto nivel de la Institución.

2. Después de que el acusado abandonó la jefatura de la Institución, se inició allí una severa presecución contra los capos del narcotráfico, obteniendo importantes resultados positivos en reacción de los cuales se desencadenaron numerosos actos terroristas que el país recuerda.

3. Ni el Gobierno, ni los altos mandos militares, lograron explicar satisfactoriamente las causas del inesperado retiro del General Medina, pese a que catalogado como rutinario, no se produjo en la época en que, por tradición y rutina, debía haberse producido.

En el delito de enriquecimiento ilícito del funcionario, que es el que se constituye en objeto de análisis en este proveído por haber sido precisamente objeto de la imputación, la prueba del nexo causal entre el incremento patrimonial injustificado y el cargo o las funciones inherentes al mismo, no suele ser directa sino circunstancial. Salvo la confesión, cual-

quiera otra prueba directa conduciría a la muy probable tipificación de otra conducta ilícita, desplazando la tipicidad hacia la concusión, el cohecho u otra figura específica que, en principio, por su carácter de principal subsumiría a la subsidiaria. Dicha subsidiariedad, como se sabe, tuvo para esta específica conducta, una doble explicación histórica: por un lado, resolver el problema técnico jurídico de los concursos aparentes; y por el otro, evitar que por ausencia de precisión probatoria quedase en la impunidad cualquiera de demás delitos contra la Administración Pública.

Por lo demás, no existe en el proceso elemento alguno, argumentativo o probatorio, que explique la conducta a la luz de causal de justificación o de inculpabilidad. Al contrario, en ella el dolo ni siquiera alcanza la calidad de problemático, en tanto el comportamiento no se explica sino con conciencia y voluntad de realización del tipo y a pesar de su antijuridicidad o capacidad de lesionar el bien jurídico.

Entonces habrá de proferirse por la Corte sentencia de condena toda vez que están reunidos los requisitos que para tomar una determinación de esa índole establece el C. de P. Penal en el artículo 247.

Dosificación de la Pena.

Dentro de la amplia gama de posibilidades de enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos, el consumado por el General (r) Medina Sánchez reviste inocultable gravedad, dado que lo notable y cuantioso de su incremento patrimonial no justificado se obtuvo en un concentrado periodo de apenas dos años (1987 - 1988), precisamente cuando alcanzó la cima del poder interno dentro de su Institución, y esas circunstancias develan un mayor grado de corrupción y debilidad, y un desmesurado ánimo de lucro fácil. Del mismo modo, en cuanto a la apreciación del daño público o social que el hecho produce en la comunidad jurídicamente organizada, es evidente su mayor intensidad si se repara en que el hecho se produce precisamente cuando se tienen, bajo su responsabilidad y dirección, los más elevados intereses nacionales en cuanto tenía que ver con la lucha contra toda forma de criminalidad y con una de las instituciones más consustanciales a la historia y a la tradición del Estado colombiano, como lo es la Policía Nacional, que contaba con 62.000 hombres según lo expresara el General en la audiencia.

Por ello, al dosificar la pena no puede partirse del mínimo previsto en la norma, sino de cuatro años de prisión, guarismo que se debe incrementar en un año más por la concurrencia de la circunstancia prevista en el numeral 11 del artículo 66 del C. P., en consideración a la distinguida posición social que como General de la República ostentaba el acusado.

La pena definitiva que deberá purgar será entonces la de 60 meses de prisión. Bajo la consideración de los mismos criterios, así como atendiendo a una adecuada proporcionalidad entre las posibilidades dentro de las

cuales se mueve la sanción pecuniaria, así como la representatividad de su cuantía, la multa que procede para este tipo delictivo se fijará en un millón y medio de pesos, en tanto que la interdicción de derechos y funciones públicas será por el término de 5 años.

Huelga aclarar que por razones inherentes al principio de legalidad de los delitos y de las penas, no hay lugar a considerar las sanciones previstas en la Ley 190 de 1995, artículo 26, las mismas que evidentemente desmejorarían de notable manera su situación jurídica definitiva.

En cuanto tiene que ver con otras consecuencias patrimoniales de la conducta juzgada, es de notar que para la época de los hechos no regía la Constitución Nacional que consagró la extinción de dominio sobre el objeto material o por cuantía igual a la del enriquecimiento, medida que la Corte Constitucional ha declarado constitutiva de pena (C-176 y 389 de 1994).

La cantidad de pena privativa de la libertad es inconciliable con la condena de ejecución condicional, pues se trata de prisión que excede de 3 años. Como el condenado se encuentra gozando de libertad provisional, ella habrá de revocarse y se ordenará la captura por parte de los organismos competentes a efecto de que cumpla la pena impuesta.

Finalmente, no se demostró un perjuicio de contenido económico, cierto, concreto y particular, en su doble significación de daño emergente y lucro cesante, y en detrimento del Tesoro Público o la Administración. Precisamente por esta clase de consideración la Carta de 1991 tuvo que autorizar en su artículo 34 al Estado colombiano para que pudiese declarar la extinción de dominio sobre aquellos bienes obtenidos con grave daño (público o privado) al tesoro y a la moral social.

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.- *condenar al General* (r) José Guillermo Medina Sánchez, de condiciones civiles y personales señaladas en autos, a sesenta (60) meses de prisión, multa de un millón y medio de pesos ($1'500.000,oo) en favor del Tesoro Nacional e interdicción de derechos y funciones públicas por cinco (5) años, como autor responsable del delito de enriquecimiento ilícito, consagrado en el artículo 148 del Código Penal.

SEGUNDO.- *declarar* que el procesado Medina Sánchez no tiene derecho a la condena de ejecución condicional, motivo por el cual se dispone su captura por parte de los organismos de seguridad del Estado. Se le

abona como parte cumplida de la pena el tiempo que estuvo en detención preventiva.

TERCERO.- *En firme esta providencia* envíese copia auténtica de la misma al Instituto Nacional Penitenciario, artículo 501 del C. de P.P.

CUARTO.- *Comuníquese* esta decisión al Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, a efecto de que se haga efectiva la multa impuesta.

Notifíquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria

PECULADO CULPOSO

Otro aspecto de la culpa es la de su relación inmediata en el plano de la causalidad con el resultado de pérdida, extravío o daño del bien bajo custodia del empleado. No puede entonces tomarse cualquier antecedente fáctico como estructurante de la culpa del empleado oficial, sino solamente aquel que determina, según la experiencia, de manera inmediata y directa pérdida del bien.

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

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

Aprobado: Acta No.62 (abril 24/96)

Proceso No. 10464.

Vistos

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, el veintidós (22) de febrero de mil novecientos noventa y cinco (1995), condenó a la Dra. Elba Beatriz Castellanos Niebles a la pena principal de seis (6) meses de arresto, multa de treinta mil pesos ($30.000.oo) e interdicción de derechos y funciones públicas por un término igual a la sanción privativa de la libertad impuesta, como autora responsable del delito de peculado culposo, cuando se desempeñó como Juez Promiscuo Municipal del Municipio de Malambo (Atlántico). También se le condenó a pagar, como perjuicios morales, cincuenta (50) gramos oro y ochenta (80), los materiales, disponiéndose en consecuencia lo pertinente en orden a que, por la justicia civil, se realice el remate de los bienes embargados (parte de una casa y un renault 18).

Contra la anterior providencia, la defensa, interpuso recurso de apelación, el que ahora se resuelve, mediante la presente sentencia.

Hechos

El dos (2) de enero de mil novecientos ochenta y nueve (1989), el Juzgado a cargo de la doctora Castellanos Niebles recibió procedente de la

Inspección Sexta de Policía del Barrio "El Concorde" la denuncia que contra Gonzalo Jiménez había presentado Germán García Pérez, por el delito de abuso de confianza, poniéndosele, además, a su disposición, parte de un motor fuera de borda, marca "Yamaha", de 30 caballos de fuerza, bien mueble sobre el que se aseguraba se había consumado el ilícito.

El diez (10) de enero del mismo año -fl. 28 , la Juez dispuso la práctica de diligencias preliminares, concretándolas en la ampliación de la denuncia y en la recepción del testimonio de la mencionada Inspectora Sexta, diligencias estas que se realizaron el 18 y 23 de enero siguientes. Con fecha de "abril de 1989" obra una constancia secretarial en donde se informa a la Juez que "están solicitando la entrega del objeto dejado a nuestra disposición" y en atención a ello, al mismo folio el 34-, el 4 de mayo siguiente se profiere el auto cabeza de proceso, ordenándose entre otras cosas, la recepción de varios testimonios y practicar diligencia de inspección y avalúo "al motor Yamaha o parte de la base del motor". Al folio 36 obra un escrito del denunciante, quejándose de la inactividad del Juzgado, el que no tiene fecha de su hechura, ni de recibo por Secretaría y sin que aparezca que se pasó al despacho. Y el folio 37 está conformado por otro escrito de García Pérez, solicitando la entrega del motor, con fecha de recibo por Secretaría al parecer de mayo 25 de 1989, sin que tampoco obre constancia Secretarial de haberse pasado el memorial al despacho y sin que, por tanto, exista auto al respecto de la funcionaria acusada. El cinco (5) del mismo mes, ésta había librado unas órdenes de comparendo para varios testigos (fls. 39 a 41). Sin ninguna otra actuación, al folio 43 aparece, fechada el 14 catorce (14) de julio del mismo año de mil novecientos ochenta y nueve, una constancia del Secretario en el sentido de que el cuatro (4) de julio anterior puso en conocimiento de la Juez que ese mismo día se había percatado de la desaparición del motor, habiendo formulado la denuncia respectiva el cinco (5) de julio de mil novecientos ochenta y nueve (1989), en la que precisa que "no se constató violencia, en puertas ni ventanas, en ninguna parte de la casa donde funciona el Juzgado, de manera misteriosa ha desaparecido dicho aparato". -fl. 44 .

Por los anteriores hechos fueron denunciados tanto la Juez Elba Beatriz Castellanos Niebles como su Secretario Gerardo Elías Avila Tilano, por Germán García Pérez, incriminándolos de peculado por apropiación (art. 133 del C.P.).

#

ACTUACIÓN PROCESAL

La anterior denuncia correspondió por reparto al Juzgado 17 de Instrucción Criminal de Barranquilla, siendo remitida, por competencia, al Tribunal Superior de ese Distrito Judicial, donde se dispone la práctica de diligencias preliminares el cinco (5) de octubre de mil novecientos ochenta

y nueve (1989), trayéndose así a los autos copia autenticada del proceso seguido contra Gonzalo Jiménez.

El quince (15) de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve (1989) el Tribunal ordena apertura de investigación penal -II, 72-. Se practica inspección judicial -fls. 89 a 92- en las instalaciones del Juzgado Promiscuo de donde desapareció el motor, constatándose que "El inmueble posee dos puertas de acceso a la calle, una por el lado de la carrera 15 y otra por la calle 12, estas puertas están protegidas por unas puertas de hierro, las cuales tienen como seguridad unos candados... las rejas y puertas en comento no evidencian violencia."

Como el Juzgado lo componen varios cuartos, algunos de ellos comunicados entre sí por puertas, en éstas tampoco se observó que sobre ellas se hubiera ejercido fuerza. Pero "El segundo cuarto presenta una puerta de salida al patio, de madera, se observan en ella de la mitad hacia arriba unos barrotes de hierro, forrada en la parte de adentro por una lámina de triplex en donde se observa cerca del cerrojo un pequeño levantamiento del triplex, pero al tratar de introducir la mano la señora Juez, una mano delgada, no fue posible introducirla."

En la diligencia también se dejó constancia de que el inmueble no está ubicado insularmente, pues existen casas vecinas, pero sí está distante de donde funciona la administración municipal y la Subestación de Policía, y sin que goce de servicio de celaduría. Presente como se encontraba la funcionaria acusada, manifestó "que llegado al Juzgado el objeto en mención (el motor) fue colocado en el segundo cuarto o dependencia en las cercanías de la puerta que comunica con el despacho de la funcionaria, pero que habida cuenta de la inconveniencia u obstáculo que presentaba fue trasladado al extremo del local, debajo de un sitio o espacio dejado por un lavaplatos".

Es del caso consignar que a la diligencia asistieron un fotógrafo y un topógrafo, adscritos al cuerpo técnico de la policía judicial, quienes presentaron un plano del lugar de los hechos y fotografías sobre el mismo (fls. 142 al 146). De este trabajo se destaca la fotografía No. 5, obrante al folio 144, en su leyenda: "nótese que en la lámina de triplex que cubre la parte superior de la puerta presenta señales de violencia", aludiéndose a la puerta del inmueble que comunica con el patio.

De la indagatoria de la Dra. Castellanos Niebles (fls. 95 a 103) se destacan expresiones suyas como "yo le ordené a mi Secretario que se hiciera rápido la inspección judicial de ese aparato para entregarlo o que me lo quitaran de la vista porque siempre hay mucho personal entrando y saliendo, de los diferentes procesos, y se podía caer... lo colocaron debajo de un mesón de cocina que está a la vista y en el mismo cuarto, yo lo hice como para más seguridad, yo he podido mandarlo a otro de los cuartos que hay en el Juzgado, pero como estaba pendiente de la inspección judi-

cial: según mi Secretario y un carpintero me habían dicho que eso pesaba..." .

Y, continúa exponiendo la indagatoriada: "...le pregunté a una muchacha que hace la limpieza ...al día siguiente... y me contestó ella, Ay, doctora, hace dos semanas que yo no veo ese motor, eso fue el 5 de julio, yo pensaba me contesta ella, que ya ustedes habían entregado ese motor...".

En cuanto a la razón de la no entrega de la parte del motor a su disposición explica que fue por cuanto no se había hecho la práctica de la inspección judicial al motor de la referencia y, además, por cuanto "el Secretario no me informó de la petición". Y sobre la seguridad que prestaban las instalaciones del inmueble, señaló: "Es que allá nunca ha habido seguridad, ni celadores, ni policías...". Concreta, además, que todos (tres, con ella) los empleados del Juzgado tienen llaves del mismo, y que cuando se enteró de la sustracción, revisó el Juzgado y no encontró huellas de violencia.

En otro aparte de su declaración, señala: "...efectivamente, yo hablé con el señor Alcalde y me colocaron dos hileras de ladrillo, con sus respectivos vidrios."

Para Gerardo Elías Avila Tilano, Secretario del Juzgado -fls.120 a 124 ., la desaparición del motor es "misteriosa por la clase de objeto, su tamaño, peso, que es difícil de trasladar una persona y que nunca ha habido en el Juzgado ningún tipo de violencia". Considera que el motor estaba seguro dentro del Juzgado, pero éste "no tiene celador, una vez termina uno de laborar esa casa queda sola". Manifiesta su extrañeza porque la aseadora Deisy Pérez Marchena le hubiera comentado, para cuando él se enteró de la pérdida del motor, que ella lo había dejado de ver cuatro semanas antes. Precisa, además, que el denunciante en una ocasión solicitó, por escrito, la entrega del motor,"no aportó pruebas para eso, recuerdo que yo le dije háblese con su abogado que él sabe de eso, después de esto ni él ni el abogado aportaron pruebas", razón por la cual no se le depositó. Finaliza la diligencia asegurando que "para extraer ese aparato tuvo que abrirse el Juzgado".

Se trajo a los autos copia del acuerdo de nombramiento (el No. 1558 de agosto 5/88), por medio del cual el Tribunal Superior de Barranquilla, designó a la Dra. Elba Beatriz Castellanos Nieble s Juez Promiscuo Municipal de Malambo, en interinidad, y certificación de la misma Corporación sobre tiempo de desempeño en el cargo.

Se practicó una diligencia de inspección judicial al Juzgado Promiscuo Municipal de Soledad, constatándose la existencia, a raíz de la denuncia presentada por Gerardo Avila Tilano por la pérdida del motor (parte), de unas diligencias preliminares.

Se recepcionó la declaración de Glodualdo Romero Gómez (fls. 131 a 133), el otro empleado del Juzgado, encargado de la cuestión civil. Para él el lugar donde estaba el motor, "al parecer era seguro". Personalmente no supo del tamaño ni del peso del motor, pero tanto la Juez como el Secretario le comentaron que era un objeto muy pesado.

El primero (1o.) de febrero de mil novecientos noventa (1990) se clausuró la fase instructiva, calificándose el mérito del sumario por el Tribunal el veintiocho (28) de marzo de mil novecientos noventa, con resolución de acusación en contra de Elbu Castellanos Niebles y Gerardo Avila Tilano como autores responsbles de "un delito contenido en el Título III, Capítulo 1o. del Libro Segundo del Código Penal".

Contra la anterior determinación interpuso el defensor del señor Avila Tilano recurso de reposición y, subsidiariamente, de apelación; y la defensora de la Dra. Castellanos Niebles, apelación. El Tribunal, por auto de junio veintiuno (21) de mil novecientos noventa (1990), la revocó, disponiendo en su lugar la reapertura de la investigación.

En la nueva etapa averiguatoria, se amplió la indagatoria de Gerardo Elías Avila Tilano (fls. 221 a 226), y al ser concretado sobre cuántas puertas daban acceso a la habitación en donde estaba guardado el motor, respondió: "Tiene tres puertas, al de acceso al patio que se cerraba por dentro con cerrojo, de esa pieza hay comunicación con el despacho de la Juez, y la tercera tiene entrada de la Secretaría hacia el lugar donde estaba el motor que da acceso al despacho del Juez. Todas tienen cerrojos o cerraduras, y la que comunica con el despacho de la Juez tiene perilla." Precisó que, además del cerrojo la puerta que daba al patio, "se asegura con un clavo en la parte superior. Ahora, después de los hechos, se le ha puesto candado a la puerta del patio que era la que era la que no tenía, porque las demás tienen sus rejas".

El declarante también informa que el motor era pesado, y que se necesitaban más de dos personas para transportarlo, "aproximadamente pesa de 6 a 7 arrobas". Y agrega, que en el lugar donde se encontraba "estaba seguro". Al ser preguntado sobre cómo estaba la puerta que da al patio, el día en que se percató de la desaparición del motor, precisa que "estaba cerrada normalmente", pero que una lámina de triplex que conforma la puerta, estaba "un poco levantada".

Concreta que el patio al que comunica esta última puerta "está encerrado en material".

Se amplió la injurada de la Dra. Castellanos Niebles (fls. 228 a 231) y allí clarifica que las llaves que en alguna ocasión distrajo, eran las de su carro, y no las del Juzgado; aquellas se recuperaron a las 48 horas. Comenta que Efraín Buila Parodi, le hizo unas vacaciones a Glodualdo Romero, pero que no se le entregaron llaves del Juzgado. Agrega que tomó

medidas para proteger no solo el motor, sino "todos los elementos y objetos que se encontraban en las instalaciones del Juzgado. Solicitaba protección policiva pues no había celador en la casa. Igualmente pedí colaboración al Alcalde, mediante oficio, que levantara las paredillas y que en sus extremos colocara vidrios astillados pues se estaban robando los cocos de los dos palos que se encontraban en el patio". Aporta una documentación con la que busca demostrar que sí fue diligente para cuidar no solo el motor, sino todos los bienes bajo su cuidado. Ya antes había dicho: "Jamás pensé que el motor llegara a perderse".

Es del caso resaltar que, en esta documentación, obra -fl. 238- un oficio dirigido por la funcionaria acusada al señor Alcalde de Malambo, el once (11) de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1988) -los hechos aquí investigados acontecieron, aproximadamente un año después- en la que le agradece la colaboración prestada y le solicita, para mayor seguridad del Juzgado, candados para las puertas de hierro que dan entrada principal a la oficina y "para la puerta del patio".

En el oficio que, el 4 de abril de 1990 -fl. 233-, respondiendo uno de ella, dirigió el Alcalde de Malambo a la Juez Promiscuo Municipal de la misma localidad, Dra. Castellanos Nieble, oficialmente le manifiesta que "en forma verbal (usted) me ha solicitado la colaboración para adecuar y darle seguridad al inmueble donde funciona el Juzgado".

En la declaración que, bajo la gravedad del juramento, se recepcionó a José Angel Melame Oyadía, fls. 276 a 278 v.-, exAlcalde de Malambo, refiere que la Dra. Castellanos Nieble, en reiteradas oportunidades, le solicitó vigilancia para el Juzgado, "ya que ella estaba preocupada porque en esos momentos en Malambo se estaban presentando robos continuos en todo el pueblo". Que, él, dentro de las limitaciones presupuestales de un municipio tan pequeño, en atención a lo que se le pedía, compró puertas y candados. Y a la pregunta de "...por qué el despacho judicial no tenía vigilancia policiva permanente y en especial los domingos y días feriados, contestó: "Eso es una buena pregunta, diría yo, porque en reiteradas ocasiones yo charlé con los Comandantes de la Policía del Departamento del Atlántico pidiéndoles que nos asignaran vigilancia policiva tanto a la Alcaldía, Juzgado, Registraduría, vigilancia permanente y me contestaban que ellos no tenían suficiente personal para destinarlos a estos despachos, permanentemente".

También precisa que "Estoy completamente seguro del excelente trabajo que realizaba la doctora Elba Castellanos, ...y digo estoy seguro porque yo era testigo de las preocupaciones que me exponía la Dra. Elba, de cómo quería mejorar el funcionamiento del Juzgado... En cuanto a la protección de los bienes, estoy también *seguro de que* ella estaba pendiente de todo lo que había en el Juzgado..."

Ahora, con posterioridad a la pérdida del motor, obra documentación -fl. 273-en la que el Comandante de la Subestación de Malambo, el cinco (5) de enero de mil novecientos noventa (1990), se dirige a la Juez Promiscuo Municipal de la misma localidad, haciéndole saber que, "por falta de personal me es imposible nombrarle servicio de policía fijo; pero a partir de la fecha al personal se le dio como consigna especial 'revistar' el Juzgado...". Ya antes, esa misma Comandancia había hecho saber -fl. 272- que desde el traslado del Juzgado a la Alcaldía al sitio donde se produjo la desaparición del motor, la vigilancia que se le había podido prestar a sus instalaciones había sido meramente esporádica.

Se volvió a oír a Glodualdo Romero Gómez (fls. 249 a 252), quien de interés solo consigna que "los vidrios de las parecillas y su altura fueron colocados a raíz de una petición de la Dra. Elba de Castellanos".

Se designó perito, el que estimó el valor del motor en $374.000.oo y su peso en 60 libras, considerando que, para ser trasladado, con facilidad, "debiera intervenir el concurso de otra persona". Puesta a disposición de las partes la experticia, no fue objetada.

El veintiuno (21) de marzo de mil novecientos noventa y uno (1991) se clausuró, nuevamente, la investigación, siendo calificada el veinticuatro (24) de junio del mismo año, por el Tribunal Superior de Barranquilla, con resolución de acusación contra la Dra. Elba Beatriz Castellanos Niebles por el "delito contenido en el Título III, Capítulo 1o., del Libro Segundo del Código Penal", y cesación de procedimiento para Gerardo Elías Avila Tilano. Impugnada esta determinación por la defensa, encontró confirmación en esta Corporación. El señor Fiscal 1o. Delegado ante el Tribunal solicitó la cesación de procedimiento, al igual que lo hizo la Procuraduría Primera Delegada ante la Corte.

En la etapa de la causa, el representante de la parte civil solicitó y obtuvo el embargo de las 41.333.33 acciones que le corresponden a la Dra. Castellanos Niebles, de las 248.000 en que se encuentra dividida la mitad del inmueble marcado con el No. 19-24 de la calle 14 del municipio de Soledad, Atlántico; y, del vehículo automotor de placas RE 3538, modelo 82, renault 18, también de su propiedad.

Se trajo a los autos copias de dos denuncias sobre hurto, ocurridos en el mismo Juzgado Promiscuo, con posterioridad al acontecido cuando fue Juez la aquí procesada, presentadas, una, por la Juez Margarita de las Salas Bacca, y la otra, por Gerardo Avila Tilano.

El veintiocho (28) de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994) se inició la audiencia pública, la que se continuó el veinte (20) de octubre y culminó el diez (10) de noviembre del mismo año. En su discurrir se recepcionaron los testimonios de la Juez de las Salas y de Avila Tilano. La primera habla de los dos hurtos de que fue víctima el Juzgado

y de dos tentativas de hurto más, por lo que solicitó a la Alcaldía de Malambo, en unión del Director de la Carrera Judicial, el traslado del Juzgado, "porque la casa que ocupábamos era insegura". Refiere, además, que recibió información en el sentido de que el escribiente del Juzgado Glodualdo Romero Gómez solicitaba dinero de quienes esperaban que se fijara fecha para la diligencia de entrega del bien inmueble que ocupaban, para retrasarles la misma, la cual había sido ordenada al ser vencidos dentro del respectivo proceso hipotecario.

Avila Tilano, en su declaración en el referido debate público, recuerda que fue el cuatro (4) de julio de mil novecientos ochenta y nueve (1989) que se dio cuenta de la pérdida del motor, encontrando la puerta que comunicaba al Juzgado con el patio, la encontró normal, cerrada. Insiste en que la desaparición del motor fue sin violencia. Y, además, manifiesta que sí informó a la Juez que estaba a disposición suya un motor, sin saber los motivos por los que no se practicó inspección judicial al mismo.

La señora Diana Sofía Gutiérrez de Uerós, vecina de las instalaciones donde funciona el Juzgado, en la audiencia pública,expresa que como unos veinte o veinticinco días antes de ella enterarse de la pérdida del motor, a eso de las once de la noche, llegó Glodualdo Romero Gómez, en un taxi viejo, con "dos tipos más", y entró al Juzgado; después de un rato, se fueron todos en el automóvil.

Elsy Beatriz Pérez Marchena, aseadora del Juzgado, refiere que, cuando la Dra. Castellanos Niebles le preguntó que desde cuándo había dejado de ver el motor, ella le contestó que "hacía más o menos dos semanas", contados a partir del día siguiente a cuando la Juez y el Secretario se dieron cuenta de su pérdida. Afirma que el Juzgado se notaba seguro, "porque tenía rejas y ventanas".

En la audiencia, fuera de los otros sujetos procesales, intervino el Fiscal Delegado ante el Tribunal, quien solicitó sentencia absolutoria.

Fundamentos de la Sentencia Impugnada

Se comienza por precisar los elementos estructurales del peculado culposo, según el artículo 137 del Código Penal. Y a continuación se consignan las razones por las que la Dra. Castellanos Niebles cumple con el requisito de ser funcionario público, para luego manifestar que, en la base de toda imputación por culpa, debe existir una omisión reprochable y un resultado.

El Tribunal hace hincapié en que sólo cuarenta y siete (47) días después de recibida la denuncia instaurada por Germán García contra Gerardo Jiménez se profirió auto ordenando diligencias preliminares y la apertura de investigación únicamente noventa y tres (93) días después. Y concluye que esa inactividad procesal de la funcionaria exponía el bien puesto a

disposición del Juzgado a que sufriera desmedro, daño o pérdida, como finalmente ocurrió. Ni los escritos presentados por el denunciante, quejándose de la visible mora, ni la posterior solicitud de entrega del motor, movieron a la funcionaria a practicar la inspección judicial con el fin de buscar una solución a la exposición inadecuada al riesgo de pérdida de un bien particular bajo su cuidado en un recinto que no ofrecía las seguridades del caso.

El local donde funcionaba el Juzgado se encontraba en pésimas condiciones. Esto, desde luego, lo sabía la Juez acusada, quien dirigió algunas comunicaciones al señor Alcalde y a otras autoridades, requiriéndoles que lo arreglaran y que se le prestara vigilancia policiva. No obstante, incumplió con las exigencias mínimas de cuidado para proteger el motor porque conociendo las condiciones deplorables del Juzgado, no tomó determinación alguna tendiente a su entrega.

Son significativas -continúa expresando el *a quo*- las expresiones de la Juez en su indagatoria, en el sentido de que ordenó a su Secretario que "se hiciera rápido la inspección judicial", delegando en éste funciones propias e indelegables, y disponiendo que el motor fuera trasladado a la última habitación que comunicaba con el patio mediante una puerta que sólo se aseguraba con un cerrojo y un clavo y que presentaba serios daños en su estructura, sabiendo además que de tal patio se hurtaban los cocos que colgaban de la palma que allí había.

Refiere el Tribunal, además, que la doctora Castellanos Nieves sabía de los continuos hurtos que se estaban presentando en el municipio y que por esta razón acudió al Alcalde solicitando vigilancia (fl. 276). Y de todo esto concluye -sin más- que así se ha acreditado el aspecto "objetivo y estructural de la conducta investigada".

Se afirma en la sentencia que se trata de una culpa sin representación porque la Dra. Elba Castellanos no previó lo que con ordinaria diligencia hubiese podido y estaba obligada a prever. Y enseguida se añade que el exAlcalde José Melamed Ovadía, si bien confirma que aquella le solicitó vigilancia para las dependencias judiciales, fue incapaz de precisar la fecha en que ello se produjo. Y que otros intentos para conseguir la prestación de vigilancia oficial, se produjeron luego de la desparición del motor, de donde se desprende la improcedencia de la exculpación.

Expresando responder a planteamientos del Fiscal, el Tribunal asegura que el motor pudo haber sido sacado incluso por la puerta principal, en horas laborables o no, "sin que esto afecte el fenómeno culposo. Para esta Sala no fue específicamente la inseguridad de esta puerta (la que comunica con el patio), la que se tomó como indicadora para inferir de que la Juez haya desatendido el deber de cuidado evitando el riesgo que ofrecía, porque como hemos expresado en acápite anterior, por su proceder negligente, se generaron una serie de eventos desafortunados, algunos conoci-

dos y otros consentidos por ella, los que finalmente dieron lugar a la desaparición del bien."

A la defensa que, con Hegel, había afirmado que a una persona únicamente le puede ser imputado aquello que constituye su obra y no lo que es resultado de la simple casualidad, el Tribunal le responde que con tal predicamento sólo se limita la imputación a las conductas comisivas, pero que el mismo Código Penal dispone que el hecho punible puede ser consecuencia de una acción u omisión. Le concreta, entonces, que cuanto se le reprocha a la Dra. Castellanos Niebles "es no haberse representado y por ende no haber evitado la verificación del hecho anticipado. Ella pudo y no lo hizo agilizar el trámite del motor puesto a su disposición. Ella pudo y no lo hizo, entregar en depósito el referido bien".

La Impugnación

Comienza el recurrente, citando a Jaime Malamud G., en su obra 'La estructura penal de la culpa', así: "El deber de cuidado no nacerá sino en cuanto el autor conozca o reconozca la situación de peligro o riesgo para el bien jurídico y pueda realizar la correspondiente acción cuidadosa". Y a continuación se refiere a la mora en el trámite del proceso al que correspondía el motor y por la cual, según el Tribunal, se expuso indebidamente el bien a su pérdida. Y en ese orden de ideas recuerda que la Juez acusada siempre sostuvo que el Secretario no pasaba al despacho las solicitudes, y así hizo con la petición de entrega del motor y ello fue la razón, también, para la no práctica de la inspección judicial. Y añade que, en la presente investigación, ha debido concretarse al Secretario Avila Tilano sobre el particular, y no se hizo, lo que debe favorecer a la procesada ya que su dicho no fue desvirtuado. Ninguna negligencia, entonces, le es imputable a la Juez.

Y sobre la inseguridad del local, sin que la ahora condenada hiciera nada por remediarla -aseveración que constituye otro soporte de la condena- el impugnante recuerda que ésta se posesionó en septiembre 7 de 1988, sin que, hasta la fecha del hurto, razón de su procesamiento en estas diligencias, se hubieran extraviado bienes bajo su custodia, lo que confirma el escribiente del Juzgado Romero Gómez. No existió, pues, consideración de que fuera inminente que alguno de los bienes bajo su cuidado pudiera perderse. Pero a pesar del no reconocimiento pleno del riesgo, tomó medidas para reducirlo, como el traslado al interior del mismo Juzgado que, según ella lo dice (fl. 96), se cumplió para más seguridad. Y como el Secretario y un carpintero le habían manifestado que se trataba de un objeto pesado, al ser informada de su hurto, expresó su extrañeza por su extravío, precisamente por tratarse de un objeto de tal naturaleza, o sea, que el ser pesado era para ella una circunstancia más de seguridad.

Tanto para Avila Tilano como para Romero Gómez, empleados del Juzgado, el sitio donde se encontraba el motor, era seguro. Y no es cierto -continúa el recurrente- que la Juez sólo hubiera adelantado diligencias para la seguridad del Juzgado con posterioridad al hurto, pues desde mucho antes (mayo 11 de 1988) mostró diligencia y preocupación por la seguridad del local. José Melamed Ovadía, quien fuera Alcalde de Malambo, para la época en que la Dra. Castellanos Niebles se desempeñó como Juez, precisa de solicitudes de la Dra. anteriores y posteriores a la pérdida del motor. Y si bien cuando alude a las peticiones verbales no las concreta, era el investigador el obligado a esclarecer el punto, sin que esa circunstancia pueda interpretarse en contra de la hoy condenada.

Informada la Dra. Castellanos por una colindante del Juzgado de la inseguridad de éste, "hablé con el señor Alcalde y me colocaron dos hileras de ladrillos con sus respectivos vidrios". Luego no era negligente.

Así las cosas, asegura el impugnante que, para la Juez, no era previsible el resultado de la pérdida del bien, y de otra parte no violó su deber de cuidado, pues obró de manera razonable, según la situación en que se encontraba. Y por esa carencia del elemento objetivo, en el caso a examen se presenta atipicidad de la conducta. En consecuencia, solicita sentencia absolutoria para su representada.

Consideraciones de la Sala

1. La calidad de servidor público de la Dra. Elba Beatriz Castellanos Niebles y más concretamente que, para la fecha de los hechos, se desempeñaba como Juez Promiscuo Municipal de Malambo, se encuentra acreditada con la fotocopia autenticada del acuerdo No. 1558 de agosto 5 de 1988, mediante el cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla la designó en el precitado cargo y con la certificación de esta misma Corporación que da cuenta de haber aquella desempeñado el referido empleo a partir del ocho (8) de septiembre de mil novecientos ochenta y ocho (1988), hasta el quince (15) de diciembre de mil novecientos ochenta y nueve (1989), fecha en que se expidió el documento en cita. De otra parte, la misma procesada afirma que fungía en la indicada condición, para cuando los acontecimientos aquí juzgados.

2. Se halla, también, probado que la parte del motor que terminó por desaparecer del Juzgado a cargo de la doctora Castellanos Niebles, le había sido entregada dentro del proceso que por el delito de abuso de confianza tramitaba, quedando, desde entonces, bajo su custodia.

Sobre el particular comentado no hay ninguna duda; sin embargo, no sucede lo mismo con la conducta típica imputada a la funcionaria acusada (art. 137 del Código Penal), esto es, si dio lugar al extravío o pérdida del bien que estaba obligada a cuidar, pues al reexaminar la prueba aportada y valorarla para establecer si suministra la plena convicción sobre el

actuar negligente o imprudente de la procesada, se llega a una conclusión bien diferente, como a continuación se analizará, no sin antes dejar establecido que, como es de elemental conocimiento, unos son los presupuestos viabilizantes de la sentencia condenatoria (certeza del hecho punible y de la responsabilidad, art. 247 C.P.P.) y otros de la resolución acusatoria (certidumbre con relación al aspecto objetivo delito y sólo prueba que "compromeia" la responsabilidad del procesado,art. 441 *ibídem*).

3. Concretando, se tiene que para el sentenciador la Juez Elba Beatriz Castellanos Niebles ha debido prever que, con la no entrega o depósito del motor, lo exponía a su extravío, pérdida o daño. De ahí que sostenga que se está ante una culpa sin representación por cuanto la Dra. no previó lo que con ordinaria diligencia hubiese podido y estaba obligada a prever.

Se refiere, igualmente, a la inactividad de la Juez dentro del proceso por abuso de confianza, con lo que exponía el bien bajo su cuidado a que sufriera desmedro o extravío, como finalmente ocurrió. Para el Tribunal el memorial del denunciante sobre su inactividad y el de solicitud de entrega del motor, inexplicablemente no la movieron a la práctica pronta de la inspección judicial, para poder así haber procedido prontamente a la entrega de aquél, con lo que lo expuso culpablemente a su pérdida, en un local que sabía no ofrecía las seguridades del caso.

Hay que subrayar e insistir en que, para la primera instancia, se está ante el fenómeno de la culpa por cuanto, conociendo la Dra. Castellanos Niebles las condiciones deplorables del Juzgado no tomó determinación alguna tendiente a la entrega del objeto que se había dejado bajo su custodia.

De otro lado, se asegura que los intentos para darle seguridad al Juzgado únicamente se dieron con posterioridad al extravío del motor.

4. Esta Colegiatura, responde así a los planteamientos del Tribunal:

a) Aceptando -en gracia de discusión- que existió una tardanza injustificada por parte de la Juez acusada en la entrega del motor, ello no comporta que le sea imputable culpa en el extravío o sustracción del mismo.

Efectivamente, es apenas elemental que, para que fuera procedente el predicamento de culpa de la funcionaria por la no entrega del motor, debería existir un nexo causal directo entre este hecho y su pérdida, sustracción o extravío. Dicho de otra forma, el no depósito del bien tendría que haber sido la razón preponderante e inmediata de su pérdida, lo que por parte alguna aparece demostrado, prueba que, de otro lado, no se ve cómo podría traerse a los autos, pues a ello se opone la dialéctica de los hechos, el normal discurrir de las cosas, el hilar consecuente, natural y legítimo.

Hay que reconocer que, semejante modo de pensar, podría llevar inclusive al absurdo de radicarle responsabilidad a la Juez por el mero hecho de que el motor se encontraba en el Juzgado, así se hallara comprobado que obró con suma diligencia en la custodia del mismo.

Contrariamente, lo único claro, entonces, es que por el hecho de la no entrega no cabe sostener que, indubitablemente, existe la prueba de la relación de causalidad material del ilícito o del extravío o pérdida y, de ahí, la imputación de la conducta típica.

Así como no es ajustado justificar la culpa del empleado por negligencia o descuido, afirmando que en cuanto a otros deberes obró con diligencia y cuidado, tampoco es juicioso condenar por peculado culposo a quien retrasó, irregularmente, la entrega de un bien bajo su custodia, sin que pueda demostrarse -sin hesitaciones- que fue ello lo que dio ocasión a su pérdida.

De otra parte, si el motor se reitera, en gracia de discusión- no fue entregado oportunamente por culpa de la Juez, probablemente exista allí una responsabilidad de tipo disciplinario, pero no es dable con propiedad afirmar desprotección del bien, falta al deber de cuidado del objeto bajo su resguardo. Unas son las obligaciones del funcionario con el trámite del proceso, y otros son sus deberes en cuanto a la protección, vigilancia, custodia del bien que se le ha confiado por razón de sus funciones. Y no es razonable mezclarlas, para hallar en tal confusión base para derivar sin remedio una culpabilidad culposa penal.

Sobre este particular, el entonces Procurador Primero Delegado en lo Penal, en la ocasión pretérita en que la Sala conoció de este asunto, tinosamente expuso:

"Menos aún puede admitirse el razonamiento del Tribunal de Barranquilla, que en la providencia calificatoria afirma la culpa sobre la base de que la Juez debió proferir un auto disponiendo la entrega en depósito a favor del propietario, como lo manda la ley, con mayor celeridad para evitar la pérdida del bien... La verdad, otro aspecto de la culpa es la de su relación inmediata en el plano de la causalidad con el resultado de pérdida, extravío o daño del bien bajo custodia del empleado. No puede entonces tomarse cualquier antecedente fáctico como estructurante de la culpa del empleado oficial, sino solamente aquel que determina, según la experiencia, de manera inmediata y directa pérdida del bien. Aquí la razón de no entregar antes de la pérdida (como dice el Tribunal) no puede ser causa del resultado, pues la causa inmediatamente vinculada con el mismo será un descuido físico en la vigilancia del objeto que allí se mantiene. Y al contrario, el no entregar, aun admitiendo lo dicho sobre el depósito, será un fenómeno que pide o convoca el deber de vigilancia sobre los objetos que allí se conservan, pero no puede pensarse en que la omisión de entregar o la dilación en ello sea la causa de la pérdida, pues será

tanto como decir que la culpa se estructura por tener el motor en el Juzgado, que por petición de principio es lo que precisamente hace surgir el deber de cuidar los bienes confiados a la administración pública. El manejo de la causalidad es en veces difícil, pues todo dato antecedente es causa del consecuente, y por esa vía pueden llegar a enlazarse causas más o menos remotas o mediatas con un hecho-consecuencia, lo cual resulta válido en filosofía pero no en el campo del derecho en donde se exigen deberes normativamente regulados e inmediatos a los fenómenos de que se ocupa."

Así las cosas, deviene en innegable que el considerado soporte fundamental dentro del discurso del Tribunal, esto es, que con la no entrega oportuna del bien, lo exponía, culpablemente, a su extravío, pérdida o daño, no tiene base sólida en derecho;

b) Para el Tribunal, la procesada conocía de la inseguridad del local donde funcionaba el Juzgado y, empero, no procedió a practicar prontamente la diligencia de inspección judicial sobre el motor, y, así, a su entrega oportuna. De ahí su culpa.

Lo que el proceso demuestra es que la funcionaria entendía que el motor y las demás bienes del Juzgado, se encontraban con las seguridades que el municipio podía brindarles y que éstas permitían abrigar el criterio de que los bienes no quedaban sometidos al riesgo de su pérdida o extravío.

El expediente enseña que la procesada hizo trasladar dentro del Juzgado el motor al punto de donde lo sustrajeron, "para más seguridad", resultando indudable que allí quedaba menos expuesto a la curiosidad y tentación públicas. También asegura que "Jamás pensé que el motor llegara a perderse", y nada hay probado que se oponga a la validez de este aserto. Todo indica que, para ella el sitio donde finalmente lo colocó, su peso y tamaño, y las medidas que había adoptado, eran suficientes para su seguridad. Y esta su convicción, era también la del Secretario del Juzgado, para quien el motor estaba seguro dentro del mismo. Inclusive, para el otro empleado, Glodualdo Romero Gómez, el lugar donde estaba el motor era seguro. Y, para la aseadora del Juzgado, la señora Pérez Marchena, "se notaba que la casa era segura, porque como tenía rejas y ventanas".

Además, lo cierto es que desde la fecha de la posesión de la Dra. Castellanos Niebles -que lo fue el siete (7) de septiembre de mil novecientos noventa y ocho (1988)-, hasta la fecha del extravío del motor (junio o julio de 1989), ningún hurto se presentó en el Juzgado, luego no existía razón cierta para tenerlo por inseguro.

Hay que decirlo, la inseguridad vino cuando los facinerosos se enteraron de que no era tan seguro, dado el primer hurto que en él se sucedió. Y probablemente ello explica los que, con posterioridad, se cometieron, y ya

cuando al frente del Juzgado se encontraban otros funcionarios diferentes a la acusada;

c) Sobre la negligencia de la Juez a la práctica de la inspección judicial, para proceder prontamente a la entrega del motor, se tiene que sólo en "abril de 1989", el Secretario le hace saber que "están solicitando la entrega del objeto dejado a nuestra disposición" y es por ello que la Juez, el 4 de mayo siguiente, profiere auto cabeza de proceso y ordena la diligencia de inspección y avalúo del motor.

Es bien curioso que el Secretario no coloque la fecha exacta en que comunicó lo señalado a la funcionaria y, en los términos en que se elaboró, se presta para pensar que no atendía sus obligaciones con la fidelidad, exactitud debida.

Pero lo cierto es que la acusada sí dispuso la práctica de la inspección judicial. Y demostrado está que también le ordenó a su Secretario "que se hiciera rápido la inspección judicial", como este mismo lo acepta. Y ello no significa que estuviera así desentendiéndose de sus obligaciones, pues quienes saben de estos ajetreos judiciales están al tanto de lo difícil que es conseguir peritos para tales fines, dado el hecho de que no se les remunera económicamente el servicio y, así, muy pocos lo prestan, y ahí está la razón para que, usualmente, se encargue al Secretario de tal menester.

Mas la Juez, según ella misma lo refiere desde su primera indagatoria, también buscó por su lado conseguir los peritos, vanamente. Así comenta: "Yo le decía a los señores de boca, a Alfredo Manotas, Marcelo Colón, Abelardo Alcalá, Edgar Díaz, Sigifredo Navarro, porque son auxiliares de la Justicia en Barranquilla y van con frecuencia a Malambo, a practicar diligencias, les decía yo por qué no sirven de peritos en este motor, y ellos me decían, doctora se me quedó la cédula, el otro decía, yo no sé nada de motor fuera de borda...".

Y el memorial que obra a folios 37, donde el denunciante solicita la entrega del motor, no le fue pasado al despacho a la funcionaria, como ella misma lo sostiene y como se comprueba en el respectivo proceso. Por eso en su declaración (fl.120 a 124), el Secretario Avila Tilano, refiere de esta petición y da a entender que él mismo la despachó, por cuanto no habían aportado pruebas sobre la propiedad del bien, "recuerdo que yo le dije hábiese con su abogado que él sabe de eso". Tampoco pasó al despacho el memorial de aquel en el que se quejaba de la inactividad del Juzgado;

Luego no consulta la verdad la aseveración del Tribunal en el sentido de que pese las quejas del denunciante y su solicitud de entrega, la funcionaria no dispuso la inspección judicial, retardando la entrega del motor y sabedora de la inseguridad del Juzgado.

d) Para la Corte resulta indudable que la Juez Castellanos Niebles obró con la diligencia que le era exigible para darle seguridad al Juzgado a

su cargo. Y no solamente como lo acepta la instancia, con posterioridad al extravío o sustracción del motor. Desde antes (mayo 8 de 1988), dirigió un oficio al Alcalde de Malambo, solicitándole tres (3) candados para mayor seguridad, los que se colocarían en las puertas de hierro de entrada y en la que da al patio, puertas que habían sido compradas, según lo consignó por escrito en forma oficial el Jefe de la Administración Municipal, en atención a petición de la funcionaria condenada.

En la comunicación escrita que el 4 de abril de 1990, le dirigió el Alcalde, en respuesta a otra de la Juez, consigna que ésta, "en forma verbal" le solicitó la colaboración para adecuar y darle seguridad al Juzgado, Y si bien es verdad aquí no concretó si ello fue antes o después de la sustracción del motor, es apenas obvio que nada hay de más para sostener que fue después, en tanto que, con lo apuntado por el mismo José Angel Melame Ovadía en su declaración bajo juramento, en donde especifica que la Juez en reiteradas ocasiones le solicitó vigilancia para el Juzgado, pues se hallaba preocupada por los hurtos que en esos momentos se estaban presentando en Malambo, hay que entender que las solicitudes fueron antes de la pérdida del motor, pues precisamente buscaba evitar cualquier hurto al Juzgado.

Esa vigilancia policiva que le pedía al Alcalde, nunca se logró, porque si bien éste, atendiendo la petición de la Juez, a varios Comandantes se la solicitó, éstos no se la concedieron por cuanto no contaban con suficiente personal, para prestar tal servicio, continuamente. Así lo certifica la misma oficialidad policiva.

La diligencia de la Juez fue hasta el punto de que, para que no se robaran los cocos del patio que comunicaba con la puerta trasera que daba acceso al Juzgado, logró que se levantaran las paredes que lo cercaban y que, en sus extremos, se colocaran vidrios astillados. Desde luego que esto, también, le dio mayor seguridad al Juzgado.

Es que no puede olvidarse que el celo, el cuidado a exigirse a la Dra. Castellanos Niebles, por la seguridad del Juzgado a su cargo, es el ordinario que tendría una persona normal de cultura media y de acuerdo con las circunstancias en que le tocó actuar. Desde luego que no se le pueden requerir comportamientos extraordinarios, medidas excepcionales. Y, así las cosas, reexaminadas las pruebas, imperioso resulta reconocer que la funcionaria asumió su deber de cuidado sobre el bien que tenía en custodia, con sujeción a la ley, esto es, sin imprudencia, ni negligencia o incuria alguna, desplegando la actividad que era de esperarse, regularmente, en tal situación.

4. Existe, finalmente, un punto al que no puede menos de referirse la Corte, así:

Recuérdese que las puertas principales del Juzgado no presentaron huellas de violencia, para el día en que el despacho se enteró de la sus-

tracción, encontrándose con sus seguridades incólumes. Y si bien la que daba al patio, tenía un desperfecto, el mismo no fue valorado por el Secretario como violencia, aparte de que, por dentro, la puerta se halló asegurada como solía hacerse con un clavo y su cerrojo, todo lo cual acentúa la probabilidad de que la sustracción del motor se hubiese realizado por la puerta principal del Juzgado, desde luego, por quien tenía llaves de la misma. Y es que esta probabilidad no emerge como hipótesis gratuita dentro del proceso, pues no puede desconocerse que existe prueba que, cuando menos, permite levantar serias sospechas del empleado del Juzgado Glodualdo Romero Gómez de haber participado en la sustracción del motor.

En efecto, una noche, a eso de las once, es visto por una vecina, veinte días antes del que se presentó como el de los hechos, llegando al Juzgado en un taxi viejo, con "dos tipos más", para al rato, retirarse todos. Y, la aseadora del Juzgado declara que desde quince días antes al, presuntamente, de los hechos, ella notó la ausencia del motor.

De otra parte, es bien extraño que en su declaración manifieste que la persona del Juzgado que mejor podía observar, "permanentemente", el motor era él, precisamente, por "mi ubicación", y, empero, al mismo tiempo sostenga que no sabe de su tamaño ni de su peso.

Todo esto, unido desde luego a la inexistencia de huellas de violencia (según el Secretario, "para extraer sic ese aparato tuvo que abrirse el Juzgado), incrimina al empleado Romero Gómez.

Esta conducta debe, entonces, ser investigada, debiéndose tener en cuenta que los hechos de que trata la presente investigación dieron origen no sólo a ésta, según denuncia de Germán García Pérez (fl. 2) contra la doctora Castellanos Niebles y su secretario Gerardo Elías Avila Tilano, sino también a la por éste formulada (fls. 44 y 45) ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Soledad, Atlántico, no existiendo determinación alguna que tenga el carácter de cosa juzgada en favor de Glodualdo Romero Gómez, pues, en el presente proceso, fue Avila Tilano quien resultó cobijado con cesación de procedimiento, según decisión del Tribunal de Barranquilla de junio 24 de 1991, que fuera confirmada por la Corte por auto de diciembre 19 del mismo año.

Por este motivo se dispondrá que, por la *Secretaría de la Sala*, se expida copia de la presente providencia y se haga llegar al Juzgado Promiscuo Municipal de Soledad, donde cursa la averiguación por la denuncia de Avila Tilano, para que obre en esas diligencias, con los fines que el señor Juez considere pertinentes.

Sirva, así, lo consignado para que, desde este ángulo, también válidamente se piense que no fue descuido o negligencia de la funcionaria acusada o incumplimiento de sus deberes oficiales, lo que dio ocasión a la pérdida del motor.

Se impone, por todo lo expuesto, asegurar la atipicidad de la conducta, y por ende, cobijar con sentencia absolutoria a la procesada.

Por lo expuesto la *Corte Suprema*, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1. REVOCAR la sentencia impugnada y, en su lugar, absolver a la Dra. Elba Beatriz Castellanos Niebles por los cargos que se le imputaron, según denuncia de Germán García Pérez.

2. LEVANTAR el embargo de las 41.333.33 acciones que le corresponden a la Dra. Elba Castellanos Niebles, de las 248.000 en que se encuentra dividida la mitad del inmueble demarcado con el número 19-24 de la calle 14 del municipio de Soledad (Atlántico), matrícula inmobiliaria No. 040 0206904 y del automóvil de placas RE3538, modelo 82, marca Renault 18, servicio particular, color beige tulum, motor 000015698, chasis No. CO801170, con manifiesto de aduana 09330 de Medellín, de 16 de julio de 1982 y de propiedad de la Dra. Elba Castellanos Niebles, embargos estos que fueron decretados por el *a quo* en contra de la procesada mediante auto de 15 de abril de 1993.

Por el Secretario de la Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla se deberán librar los oficios respectivos para hacer efectiva esta decisión.

3. EXPIDASE, por la Secretaría de la Sala, copia de la presente providencia y hágase llegar al Juzgado Promiscuo Municipal de Soledad, para los fines indicados en la parte motiva.

Notifíquese, cúmplase y devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CASACION DISCRECIONAL

Una vez más debe la Corte reiterar que al consagrarse en el inciso final del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, el instituto de la casación discrecional como un medio extraordinario y excepcional de impugnación de las sentencias, no se pretendió en modo alguno excluir este recurso de aquéllos requisitos generales, básicos y especiales, que por razón de su particular naturaleza, ya la doctrina, la jurisprudencia y la ley habían decantado y precisado suficientemente, sino que se trató de ampliar la posibilidad de acceder a este mecanismo de impugnación, frente a fallos respecto de los cuales ordinariamente esto no era posible, pero sobre la base de que el pronunciamiento de la Corte resulte necesario para el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales.

Por tal motivo, aparte de estos dos básicos supuestos, la jurisprudencia ha precisado que la admisibilidad de la casación, en estos casos, está condicionada al lleno de algunos requisitos que justifiquen la viabilidad del extraordinario recurso por vía discrecional.

Así, se tiene que la impugnación debe estar dirigida contra una sentencia de segunda instancia, el recurso debe ser interpuesto dentro de los quince días siguientes a la última notificación del fallo por el Procurador, su Delegado, el defensor o el procesado, precisando los motivos en que sustenten la viabilidad del recurso, esto es, las razones por las cuales el pronunciamiento de la Corte se impone con el objeto de dilucidar un tema concreto de la jurisprudencia, o en garantía de los derechos fundamentales.

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

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

Aprobado Acta No. 105 17-julio/96

Proceso No. 11685

VISTOS

Decide la Sala sobre la concesión del recurso extraordinario y discrecional de casación interpuesto por el defensor de los procesados Virgilio Antonio Martínez Rojano y Hernán Tapia Jordán, contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Cartagena.

ANTECEDENTES

El 2 de febrero de 1995, la señora Vicenta Castillo de Yonoff, denunció penalmente a los señores Virgilio Antonio Martínez Rojano y Hernán Tapia Jordan, sindicándolos de haberse apoderado de bienes suyos, por una suma superior a un millón de pesos, al penetrar mediante actos de violencia a la vivienda de su propiedad ubicada a orillas del Canal del Dique en el Municipio de San Cristóbal (Bol.).

Por estos hechos, el Juzgado Promiscuo Municipal de Soplaviento mediante auto de la misma fecha decretó la apertura instructiva, escuchando en indagatoria a los imputados que fueran capturados en flagrancia, para después de practicar algunas pruebas testimoniales, resolver su situación jurídica el 7 de febrero siguiente, con imposición de medida detentiva por el delito de hurto calificado y agravado (fl.42).

El proceso fue calificado el 11 de mayo de 1995 por el Juzgado Promiscuo Municipal referido, mediante el proferimiento de resolución de acusación por el delito señalado en el auto detentivo (fl. 121).

Con base en lo anterior, y una vez celebrada la audiencia pública, el Juzgado Promiscuo de San Estanislao de Kostka al que se remitieran las diligencias por ser aceptado el impedimento manifestado por quien viniera conociendo del asunto, profirió sentencia el 15 de diciembre de 1995, condenando a los procesados a la pena principal de 30 meses de prisión como responsables del delito de hurto calificado y agravado en grado de tentativa. Apelada la sentencia, la misma fue confirmada en todas sus partes por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Cartagena, mediante decisión del 14 de febrero de 1996.

El defensor de los procesados interpuso el recurso extraordinario y excepcional de casación dentro del término legal, remitiéndose el proceso ante la Corte, el 16 de abril siguiente.

Mediante auto del día 24 postrero, la Sala ordenó devolver el proceso al juzgado de origen con el propósito de que se cumpliera con el término de ejecutoria de la sentencia señalado en el artículo 223 del C. de P. P. Una vez corregida dicha irregularidad, se pronunciará la Corte sobre la admisión del recurso interpuesto.

IMPUGNACIÓN

El representante judicial de Virgilio Antonio Martínez Rojano y Hernán Tapias Jordán, al momento de interponer el extraordinario recurso, expresó:

"...*por medio del presente escrito y dentro del término legal, con todo respeto manifiesto a ese Juzgado que interpongo el Recurso de Casación Excepcional o Discrecional para ante la honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, contra la sentencia de segunda instancia dictada en el proceso de la referencia, por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Cartagena (Bolívar)" (fl. 287).*

CONSIDERACIONES

1. Una vez más debe la Corte reiterar que al consagrarse en el inciso final del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, el instituto de la casación discrecional como un medio extraordinario y excepcional de impugnación de las sentencias, no se pretendió en modo alguno excluir este recurso de aquellos requisitos generales, básicos y especiales, que por razón de su particular naturaleza, ya la doctrina, la jurisprudencia y la ley habían decantado y precisado suficientemente, sino que se trató de ampliar la posibilidad de acceder a este mecanismo de impugnación, frente a fallos respecto de los cuales ordinariamente esto no era posible, pero sobre la base de que el pronunciamiento de la Corte resulte necesario para el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales.

2. Por tal motivo, aparte de estos dos básicos supuestos, la jurisprudencia ha precisado que la admisibilidad de la casación, en estos casos, está condicionada al lleno de algunos requisitos que justifiquen la viabilidad del extraordinario recurso por vía discrecional.

3. Así, se tiene que la impugnación debe estar dirigida contra una sentencia de segunda instancia, el recurso debe ser interpuesto dentro de los quince días siguientes a la última notificación del fallo por el Procurador, su Delegado, el defensor o el procesado, precisando los motivos en que sustentan la viabilidad del recurso, esto es, las razones por las cuales el pronunciamiento de la Corte se impone con el objeto de dilucidar un tema concreto de la jurisprudencia, o en garantía de los derechos fundamentales.

4. Esta exigencia absolutamente indispensable para efectos de poder contrastar las razones del libelista con alguna de las dos hipótesis que el artículo 218 del C. de P. P. y poder decidir sobre la concesión del recurso, es precisamente la que el apoderado de Virgilio Antonio Martínez Rojano y Hernán Tapia Jordán omitió pues absolutamente ninguna mención hizo sobre este imprescindible aspecto, viéndose por tal motivo la Corte en la

imposibilidad de conocer las razones que ha tenido el impugnante para recurrir a la casación excepcional, imponiéndose su inadmisibilidad.

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

RESUELVE:

DECLARAR INADMISIBLE el recurso extraordinario de casación propuesto por el defensor de los procesados Virgilio Antonio Martínez Rojano Y Hernán Tapia Jordán, dentro de este proceso.

Devuélvase el expediente al Tribunal de procedencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

COLISION DE COMPETENCIA/ JUEZ REGIONAL -Porte ilegal de armas

El artículo 71 del C. de P. P., modificado por el artículo 9 de la Ley 81 de 1993, al fijar la competencia en primera instancia de los Jueces Regionales, dispone en su numeral 4o, que conocerán de los delitos a que se refiere el Dto. 3664 de 1991, adoptado como legislación permanente por el artículo 1° del Dto 2266 de 1991, «con la excepción del simple porte de armas de fuego de defensa personal, de la intersección de correspondencia oficial y delitos contra el sufragio».

Es que, tratándose de delitos de peligro, como el que acá se investiga, es evidente que las municiones que portaba el procesado, esto es, los cuatro proyectiles del mismo calibre del arma incautada e iguales a los seis de la carga, lo eran para ser potencialmente utilizados con la misma, lo cual no puede conducir fatalmente a deducir un mayor peligro en abstracto, pues su potencial vulneración es consecuencia necesaria de la exteriorización de una conducta previamente individualizada, razón por la cual se impone que en primer lugar se establezca analítica y jurídicamente si el porte de municiones, en el caso concreto, integra la misma conducta del porte de armas, ya que de ser ello así, el desvalor del juicio de lesividad se agotaría en una sola acción, imposibilitándose deducir uno nuevo, que sólo sería admisible frente a otra autónoma conducta, así el argumento se llevare a otro elemento delictual como la culpabilidad, quedando su relevancia para efectos de la imposición de la pena al determinar «la gravedad y modalidades del hecho punible», de conformidad con lo dispuesto por el artículo 61 del Código Penal.

Corresponde, por ende, tener en cuenta el contenido fundamental de la acción, esto es, la voluntad del sujeto agente, en cuanto se refiere al porte del arma y de las municiones distintas a su carga normal, recurriendo para ello a todos los elementos probatorios que permitan determinar las circunstancias temporo-espaciales, anteriores, concomitantes y posteriores al hecho, la cantidad, clase e identificación de las municiones y del arma, para así, colegir si concurren inequívocamente dos acciones óntica y jurídicamente separables o a contrario sensu, se elimina esa posibilidad por surgir en forma clara la integración del necesario y normal aprovisionamiento

del arma, que no ha estado dirigido a un fin diverso que el de abastecerla.

Por ello, y no obstante que pareciera ser una verdad interpretativa actual en el ejercicio de la labor conceptual y práctica del derecho penal, casos como éste, invitan a la Corte a insistir en recordar que la función tipificadora de conductas que debe realizar el administrador de justicia, en ninguna forma puede convertirse en un ejercicio mecánico, como tampoco lo es el acogimiento de la jurisprudencia sin su exacta comprensión conceptual y alejándose de los principios que rigen el saber punitivo, o lo que es más grave, dejando de lado la conducta objeto de cuestionamiento, que debe ser valorada en todo su contexto, pues al desconocer estos imprescindibles postulados fácilmente se puede caer en yerros como el que ha suscitado la colisión que ahora se decide.

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

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

Aprobado Acta No.105 17-julio/96

Proceso No. 11896.

VISTOS

Dirime la Corte, de conformidad con el ordinal 5o. del artículo 68 del C. de P. P., la colisión de competencias negativa suscitada entre el Juzgado Penal del Circuito de Urrao (Ant.) y un Juzgado Regional de Medellín, a propósito del conocimiento del proceso que por infracción al artículo 1o. del Decreto 3664 de 1986 -adoptado como legislación permanente por el artículo 1o. del Decreto 2266 de 1991-, se adelanta contra Oscar de Jesús Sepulveda Henao.

ANTECEDENTES

El 26 de marzo de 1995, agentes de la policía adscritos a la Estación de Betulia, de vigilancia por el corregimiento de Morelia, aprehendieron a Oscar de Jesús Sepúlveda Henao por encontrarlo sospechoso al intentar deshacerse de un elemento cuando advirtió su presencia. Sometido a requisa fue hallado en su poder un revólver Smith & Wesson, calibre 32 largo, con seis cartuchos en el tambor y cuatro más para el mismo artefacto que tenía consigo en un bolsillo del pantalón.

La investigación fue abierta por el Juzgado Promiscuo Municipal de Betulia (f.3), vinculándose mediante indagatoria al imputado (f.11 vto.), quien reconoció como propios tanto el revólver como los 10 cartuchos

incautados, aduciendo que su condición de administrador de un finca cercana le había llevado a proveerse de este medio de defensa, aceptando a su vez carecer del amparo legal para su tenencia.

Para efectos de establecer la naturaleza de los objetos incautados, se designó como perito al CS William Enrique Pedroza Mercado, quien describió el revolver como Smith & Wesson, calibre 32 largo, número interno y externo 2225, con tambor con capacidad para seis (6) cartuchos, tipo de arma correspondiente a las de defensa personal y diez (10) cartuchos calibre 32 largo, munición propia para armas de esta misma índole (f.9).

Escuchados en declaración los uniformados que intervinieron en la retención del procesado, la situación jurídica del imputado fue resuelta por la Unidad de Fiscalía de Concordia, mediante resolución del 27 de abril de 1996 imponiéndole medida de aseguramiento detentiva como infractor al artículo 1° del Decreto 3664 de 1986.

El 18 de abril de 1996, Sepúlveda Henao elevó solicitud con el fin de someterse al trámite de sentencia anticipada señalado en el artículo 37 del C. de P. P. El acta en que se recogieron los cargos formulados por la Fiscalía y su aceptación por parte del procesado junto con las demás diligencias fueron remitidas al Juzgado del Circuito de Urrao.

Llegado el proceso a esta oficina judicial, mediante auto del 21 de mayo siguiente, entendiendo que la competencia para dictar la sentencia anticipada correspondiente radicaba en los juzgados regionales de conformidad con lo dispuesto por el artículo 71 del C. de P. P., como quiera que en el caso sub júdice no se está en presencia "simplemente de un porte de un arma de fuego de defensa personal, sino también de Municiones", remitió el asunto ante dichas autoridades, proponiendo, a su vez, colisión negativa de competencias.

Precisa que acorde con el precepto en cita, tratándose de municiones, su conocimiento ha sido radicado por ley en los jueces regionales. Sustenta su posición en un extracto que reproduce de la decisión de esta Sala, de fecha 3 de agosto de 1995, en que fuera ponente el Magistrado Dr. Fernando Arboleda Ripoll.

Recayó el conocimiento del proceso en un Juzgado Regional de Medellín, quien estimando equivocados los planteamientos hechos por el Juez del Circuito, en el entendido de que ellos parten de la errada base de considerar que el artículo 1 del Decreto 3664 de 1.986, en el caso concreto fue "infringido en dos formas diferentes..., al portar un revolver 32 largo y 10 cartuchos para el mismo, sin la debida autorización", aceptó la colisión por él propuesta.

Fundamenta su criterio partiendo del supuesto, no discutible, de que se está en presencia de ún arma de las denominadas de "uso civil, de defensa personal", acorde con sus características, por lo que si alguien

porta alguna cantidad de cartuchos para dicho artefacto, no es admisible escindir su conducta, pues esto conllevaría aceptar que se está frente a un concurso de hechos punibles, olvidando que el porte de las municiones queda subsumido en el porte ilegal del arma de defensa personal.

Reproduce para apoyar su tesis, la providencia del 3 de noviembre de 1994 proferida por el Tribunal Nacional, dentro de la cual frente a un caso similar se descartara la presencia de un concurso real de delitos, por ser sólo aparente concurso, que entiende se soluciona con base en el principio de subsunción.

Finalmente, advierte la injusticia inmersa en el pensamiento del juez colisionante, pues según ella siempre que sean decomisados "uno o dos cartuchos más de la capacidad de carga" del revolver, el hecho sería sancionado con una mayor punibilidad derivada de tener que reconocer la existencia de un concurso delictivo.

CONSIDERACIONES

1. El artículo 71 del C. de P. P., modificado por el artículo 9 de la Ley 81 de 1993, al fijar la competencia en primera instancia de los Jueces Regionales, dispone en su numeral 4o, que conocerán de los delitos a que se refiere el Dto. 3664 de 1991, adoptado como legislación permanente por el artículo 1° del Dto. 2266 de 1991, "con la excepción del simple porte de armas de fuego de defensa personal, de la intersección de correspondencia oficial y delitos contra el sufragio".

2. Al determinar el alcance de esta excepción de competencia a la Justicia Regional, en decisión de 3 de agosto de 1995, observó la Sala que:

"*...la única excepción contemplada por la norma que define la competencia de los Jueces Regionales, en relación con las conductas descritas en el artículo 1o. del Decreto 3664 de 1986, es la que se refiere al porte de armas de fuego de defensa personal, cuyo conocimiento quedó en cabeza de los Juzgados del Circuito.*

"*El error de los Juzgados colisionantes radica en creer que la excepción comprendía también el porte de municiones y explosivos, pero la norma es bien clara al excluir solamente el de armas de fuego de defensa personal, aparte de que estos conceptos son muy distintos, como se desprende de las definiciones que de cada uno de ellos trae el Decreto 2535 de 1993 en sus artículos 6o, 46 y 50, respectivamente, para postular una posible equiparación de los mismos. Por lo demás, la competencia no es posible establecerla, ampliarla o restringirla por vía distinta al mandato legal.*

"*Esto quiere decir que en tratándose de municiones o explosivos, la competencia de los Juzgados Regionales se extiende a todas las previsiones fácticas del art. 1o. del Decreto 3664 de 1986, en tanto que cuando son*

armas de fuego de defensa personal, se excluye de su marco de competencia el simple porte".

Y para aplicar casuísticamente su criterio, agregó:

"Resulta oportuno señalar, para prevenir futuros e innecesarios conflictos de competencia, que la munición correspondiente a la carga natural, entendida como el tambor o proveedor está en capacidad de recibir según se diseño de fábrica, se integra al concepto o noción de arma de fuego, pero la ausencia de carga en nada modifica la modalidad delictiva, ya que el artefacto es considerado arma no porque esté dotado de proyectiles, sino porque reúna las características señaladas en el artículo 6o. del Decreto 2535 de 1993".

3. Así, y siendo claro que el criterio de la Corte no ha variado en este sentido, si resulta pertinente con el fin de obviar inusitadas interpretaciones jurisprudenciales, precisar que un tal alcance hermenéutico en ninguna forma está significando el reconocimiento, por vía de principio absoluto, de una arbitraria división de la acción típica que implique de contera una apriorística estructuración concursal delictiva, como tampoco una supervaloración del bien jurídico objeto de tutela que de suyo permita escindir el principio de lesividad que emane de una misma conducta, pues necesario es tener en cuenta, en cada caso concreto, cuándo puede autónomamente imputarse un porte ilegal de municiones y cuándo corresponde a un acto copenado deducido del razonable aprovisionamiento del arma que integra su concepto.

4. Es que, tratándose de delitos de peligro, como el que acá se investiga, es evidente que las municiones que portaba el procesado, esto es, los cuatro proyectiles del mismo calibre del arma incautada e iguales a los seis de la carga, lo eran para ser potencialmente utilizados con la misma, lo cual no puede conducir fatalmente a deducir un mayor peligro en abstracto, pues su potencial vulneración es consecuencia necesaria de la exteriorización de una conducta previamente individualizada, razón por la cual se impone que en primer lugar se establezca analítica y jurídicamente si el porte de municiones, en el caso concreto, integra la misma conducta del porte de armas, ya que de ser ello así, el desvalor del juicio de lesividad se agotaría en una sola acción, imposibilitándose deducir uno nuevo, que sólo sería admisible frente a otra autónoma conducta, así el argumento se llevare a otro elemento delictual como la culpabilidad, quedando su relevancia para efectos de la imposición de la pena al determinar "la gravedad y modalidades del hecho punible", de conformidad con lo dispuesto por el artículo 61 del Código Penal.

5. Corresponde, por ende, tener en cuenta el contenido fundamental de la acción, esto es, la voluntad del sujeto agente, en cuanto se refiere al porte del arma y de las municiones distintas a su carga normal, recurriendo para ello a todos los elementos probatorios que permitan determi-

nar las circunstancias temporo-espaciales, anteriores, concomitantes y posteriores al hecho, la cantidad, clase e identificación de las municiones y del arma, para así, colegir si concurren inequívocamente dos acciones óntica y jurídicamente separables o a contrario sensu, se elimina esa posibilidad por surgir en forma clara la integración del necesario y normal aprovisionamiento del arma, que no ha estado dirigido a un fin diverso que el de abastecerla."

6. Por ello, y no obstante que pareciera ser una verdad interpretativa actual en el ejercicio de la labor conceptual y práctica del derecho penal, casos como éste, inviten a la Corte a insistir en recordar que la función tipificadora de conductas que debe realizar el administrador de justicia, en ninguna forma puede convertirse en un ejercicio mecánico, como tampoco lo es el acogimiento de la jurisprudencia sin su exacta comprensión conceptual y alejándose de los principios que rigen el saber punitivo, o lo que es más grave, dejando de lado la conducta objeto de cuestionamiento, que debe ser valorada en todo su contexto, pues al desconocer estos imprescindibles postulados fácilmente se puede caer en yerros como el que ha suscitado la colisión que ahora se decide.

7. En estas condiciones, ninguna duda queda sobre la competencia del Juez Promiscuo del Circuito de Urrao para adelantar el proceso, pues la conducta que se le imputa a Oscar De Jesús Sepúlveda Henao es exclusivamente la de porte ilegal de armas de defensa personal, razón por la cual se deberá dirimir el conflicto planteado asignándole el conocimiento del asunto.

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

RESUELVE:

DIRIMIR el incidente de colisión asignando la competencia al Juez Promiscuo del Circuito de Urrao (Ant.), a donde se remitirá inmediatamente la actuación.

Infórmesele, con copia de este proveído al Juez Regional de la ciudad de Medellín.

Cópiese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

ACCION DE REVISION

De tiempo atrás viene discutiendo la doctrina si la revisión es un recurso extraordinario o una acción. Los Códigos de Procedimiento Penal Colombiano la nominaron como recurso extraordinario durante la vigencia de la Ley 94 de 1938, del Decreto 409 de 1971 y el Decreto 050 de 1987; a partir del Código actual, Decreto 2700 de 1991 se le ha dado el tratamiento de acción. Así mismo, jurisprudencialmente, ya la Corte había señalado en 1980 (auto de noviembre 13) cómo sustancialmente era una acción, esto es, no un incidente que surgía en el "proceso para el proceso mismo" "sino un derecho que surge antes o después del proceso para cambiar o modificar un status que en la revisión es el que establece la sentencia (condenatoria)". De allí se derivaban consecuencias en los planos teórico y pragmático que para el evento específico que decide la Sala no es del caso traer a colación, máxime cuando la normatividad de derecho positivo vigente ha introducido en su regulación disposiciones que a veces tienden a confirmar su naturaleza de acción y, en otras, a desnaturalizarla.

Ahora bien, el artículo 238 del C. de P. P., impone al demandante la perentoria obligación de alegar dentro del término de traslado previo al proferimiento del fallo revisorio.

Tal obligación se desprende de la naturaleza dispositiva que caracteriza la acción de revisión y constituye una verdadera carga procesal para el demandante, cuyo incumplimiento debe conducir fatalmente a la producción de consecuencias desventajosas frente a sus pretensiones.

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

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos Eduardo Mejía Escobar*

Aprobado Acta No. 96 (26-06-96)

Proceso No. 5588.

Vistos

Cumplido el trámite legal, procede la Sala a emitir la sentencia que ponga fin a la acción.

Antecedentes

El Juzgado Quinto Superior de Cali, en sentencia de 23 de octubre de 1987, condenó a los procesados Miguel José Pombo Salazar y Olga Lucero Calle Villegas a siete (7) años de prisión efectiva como coautores responsables del delito de peculado por apropiación, al tiempo que declaró la prescripción en favor de los mismos respecto del punible de falsedad ideológica en documento público.

Dicha decisión fue apelada originándose la alzada ante el Tribunal Superior de Cali, Corporación que mediante sentencia de 16 de agosto de 1988, revocó la prescripción decretada y, consecuentemente, incrementó a ocho (8) años la pena de prisión que se había impuesto a los dos mencionados procesados, por hallarlos responsables del concurso conformado por los delitos de peculado por apropiación y falsedad ideológica en documento público.

La sentencia de segundo grado fue impugnada mediante el recurso extraordinario de casación, pero la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 27 de agosto de 1990, resolvió *No Casar*, lo que permitió que la decisión atacada hiciera tránsito a cosa juzgada.

La Demanda de Revisión

Los sentenciados Miguel José Pombo Salazar y Olga Lucero Calle Villegas constituyeron apoderado para accionar en revisión. La correspondiente demanda se presentó el 16 de octubre de 1990. La causal invocada es la consagrada en el numeral segundo del artículo 231 del Decreto 050 de 1987, C. de P. P. vigente para la época, y se funda en el supuesto fáctico de que para cuando se profirió la sentencia de casación ya se había agotado el tiempo con que contaba el Estado para sancionar los ilícitos investigados. En otras palabras, se plantea que la sentencia condenatoria proferida contra los demandantes se produjo en un proceso que ya no podía proseguirse por encontrarse prescrita la acción penal.

Actuación Procesal

Tramitados los impedimentos de los Magistrados de la Corte Suprema que suscribieron la sentencia de casación objeto de la presente acción y una vez reintegrada la Sala, el 31 de julio de 1991 se admitió la demanda de revisión y se reconoció al doctor Julio Romero Soto como apoderado de los accionantes.

La notificación del auto admisorio de la demanda debió realizarse mediante comisión al Juez Primero Superior de Cali. El 11 de mayo de 1992 se profirió un auto del conjuez sustanciador ordenando abrir el trámite a pruebas por treinta (30) días, decisión que fuera notificada personalmente al apoderado.

Precluido el traslado anterior sin que se hubiera recibido ninguna solicitud de pruebas, el 21 de septiembre de 1992 se dispuso correr traslado a las partes por el término de quince (15) días para alegar.

El 4 de agosto de 1993 la Sala de Conjueces anuló la actuación desde el auto de 11 de mayo de 1992, mediante el cual se abrió el trámite a prueba, y ordenó reponerla en debida forma, tras advertir que no se habían agotado las diligencias de notificación del auto admisorio de la demanda a los otros condenados no recurrentes, ni se le había designado defensor de oficio al único absuelto en la sentencia impugnada.

Por esos días se produjo el secuestro del Dr. Carlos Upegui Zapata, Conjuez Sustanciador del caso, siendo necesario reemplazarlo temporalmente mediante sorteo, recayendo la designación en cabeza del doctor Adolfo Salamanca Correa. Una vez posesionado el nuevo conductor del proceso, el 4 de noviembre de 1993 dispuso abrir el trámite a prueba por el término de treinta (30) días.

Cuando comenzaba a correr el término anterior ocurrió que el Conjuez sustanciador pasó a desempeñar un cargo público, imponiéndose reemplazarlo. Fue así como efectuado el respectivo sorteo de conjueces, la conducción del proceso quedó a cargo del doctor Fabio Aristizábal Hoyos, quien luego de posesionarse profirió un auto fechado el 17 de marzo de 1994, revocando el auto de 4 de noviembre de 1993 por el cual se abrió a prueba el proceso, tras advertir que no se había notificado en debida forma el auto admisorio de la demanda a los procesados no recurrentes.

Subsanada dicha irregularidad, el 19 de abril de 1994 se abrió nuevamente el trámite a pruebas por el término de treinta (30) días. Cuando se notificaba esta decisión se tuvo conocimiento de que el doctor Julio Romero Soto había fallecido en enero de 1994 en los Estados Unidos, razón por la cual se dispuso comunicar ese hecho a los accionantes a fin de que manifestaran lo concerniente a su representación judicial.

El 11 de agosto de 1994 se recibió en secretaría un memorial poder debidamente autenticado, mediante el cual los accionantes designaron como su nuevo apoderado al doctor Silvio Acosta David, quien fue reconocido como tal por auto del día 16 del mismo mes.

El 5 de septiembre de 1994, el Conjuez Ponente dispuso revocar el auto de 19 de abril próximo pasado donde erróneamente se abrió el trámite a prueba por 30 días, y en su lugar ordenó abrirlo por el término legal de 15 días de conformidad con lo previsto en el artículo 237 del C. de P. P.

Al día siguiente se libraron los oficios para comunicar esta decisión a las partes, destacándose que por no haber suministrado el apoderado de los accionantes dirección alguna donde localizarlo, se optó por solicitársela a través de aquellos.

Precluido el traslado a los sujetos procesales para solicitar pruebas, éstos guardaron silencio. El 19 de octubre de 1994 se ordenó tener como pruebas las aportadas con la demanda y correr traslado a las partes por el término común de quince (15) días para alegar.

Libradas las comunicaciones de rigor y vencido el término del traslado, ninguno de los sujetos procesales presentó alegato de conclusión.

Encontrándose el proceso para fallo el conjuez sustanciador profirió un auto el 5 de diciembre de 1994 disponiendo enviar el expediente a la Presidencia de la Sala con el fin de que se lo asignara a alguno de los dos nuevos Magistrados integrantes de la Sala en quienes no concurría la causal de impedimento manifestada por sus antecesores.

Fue así como a última hora le correspondió asumir como ponente al suscrito Magistrado por seguir en turno conforme al reparto inicial del asunto y en aplicación de lo dispuesto por el artículo 17 del Decreto 1265 de 1970.

Finalmente, habiendo ingresado el expediente para fallo, el 20 de enero de 1995 se recibió un memorial del apoderado de los accionantes informando la dirección de su casa y de su oficina, ambas localizadas en Buga (Valle).

Consideraciones de la Sala

De tiempo atrás viene discutiendo la doctrina si la Revisión es un recurso extraordinario o una acción. Los Códigos de Procedimiento Penal Colombiano la nominaron como recurso extraordinario durante la vigencia de la Ley 94 de 1938, del Decreto 409 de 1971 y del Decreto 050 de 1987; a partir del Código actual, Decreto 2700 de 1991 se le ha dado el tratamiento de acción. Asimismo, jurisprudencialmente, ya la Corte había señalado en 1980 (Auto de noviembre 13) cómo sustancialmente era una acción, esto es, no un incidente que surgía en el "proceso para el proceso mismo" sino "un derecho que surge antes o después del proceso para cambiar o modificar un status que en la revisión es el que establece la sentencia (condenatoria)." De allí se derivaban consecuencias en los planos teórico y pragmático que para el evento específico que decide la Sala no es del caso traer a colación, máxime cuando la normatividad de derecho positivo vigente ha introducido en su regulación disposiciones que a veces tienden a confirmar su naturaleza de acción y, en otras, a desnaturalizarla.

Ahora bien, importa destacar que ubicada dentro del concepto procesal de acción, la Revisión envuelve un proceso al proceso respecto del cual se intenta. Y que implica el ejercicio de un derecho a la decisión (derecho público pero subjetivo, con cada vez mayor pluralidad de titulares). Dentro de ese contexto, el derecho a la decisión viene supeditado al cumplimiento de presupuestos que pueden ser procesales o materiales, caracterizándose los primeros por ser referidos a la acción misma, a la demanda o al procedimiento, y los segundos a la pretensión en tanto su cumplimiento permite proferir sentencia de mérito que, en sede de revisión, puede ser rescindente o desestimatoria.

Ahora bien, el artículo 238 del C. de P. P., impone al demandante la perentoria obligación de alegar dentro del término de traslado previo al proferimiento del fallo revisorio.

Tal obligación se desprende de la naturaleza dispositiva que caracteriza la acción de revisión y constituye una verdadera carga procesal para el demandante, cuyo incumplimiento debe conducir fatalmente a la producción de consecuencias desventajosas frente a sus pretensiones.

Con relación a este tema bien vale la pena recordar a Francesco Carnelutti:

" La fuerza que suministra para el movimiento del proceso el interés en litigio, puede ser contrabalanceada por otros intereses de la misma parte en conflicto con él: así, para proponer al Juez la demanda es necesario que la parte invierta tiempo y dinero: de aquí el peligro de que se abstenga, esperando de una iniciativa distinta de la suya, a fin de gozar el beneficio sin experimentar el sacrificio. A fin de evitar este peligro debe contarse aquella esperanza, de manera que la parte no pueda contar, para obtener ciertos resultados procesales, más que consigo misma y que el sacrificio de sus intereses en contraste con el interés en litigio sea la inevitable contrapartida del beneficio que el proceso puede procurarle. En términos técnicos esto quiere decir imponer a la parte cargas procesales.

"También esto es para la parte un deber; pero no el mismo deber que se resuelve en la obligación, y por eso se lo denomina en forma diferente: la diferencia entre ambas especies la enseña también la teoría general, que sólo recientemente ha llegado, mediante un delicado trabajo de análisis, a separar una de otra ambas figuras: obligación es subordinación de un interés del obligado a un interés ajeno impuesto por medio de la sanción; carga es la subordinación de uno o más intereses del que sufre la carga a otro interés suyo impuesto haciendo de ella una condición para la obtención de dicho interés." (Instituciones del Proceso Civil. Quinta Edición, Volumen I, pág. 331).

Recogiendo estas precisiones puede afirmarse que como el aquí demandante no alegó de conclusión y hacerlo es condición legalmente esta-

blecida para la plena obtención del derecho a la sentencia de mérito, la Corte no puede hacer cosa distinta que inhibirse de examinar las pretensiones de la demanda por la imposibilidad de adentrarse en el estudio de la causal de revisión invocada. Este tipo de decisión implica, entonces, que no se produce efecto preclusivo por la misma causal e idéntico fundamento. Y como surge, al menos hipotéticamente, noticia de probable falta disciplinaria por el abandono del proceso, dada la omisión que se ha señalado, es del caso compulsar copias de lo pertinente con destino a la autoridad disciplinaria que lo es el Consejo Seccional de la Judicatura, Sala jurisdiccional.

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

RESUELVE:

INHIBIRSE DE FALLAR LA ACCION INSTAURADA, de naturaleza, fecha y origen señalados en la parte motiva.

Compúlsense las copias aludidas en la motiva.

Cúmplase.

Carlos E. Mejía Escobar, Fernando E. Arboleda Ripoll, Jorge Enrique Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Nilson Pinilla Pinilla, Fabio Aristizábal Hoyos, Conjuez; *Wanda Fernández León*, Conjuez; *Julio Rozo Rozo*, Conjuez.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CASACION DISCRECIONAL/ PARTE CIVIL

El artículo 218 del C. de P. P. en su tercer inciso, no incluye a la parte civil entre los sujetos con personería para impugnar extraordinariamente los fallos de segunda instancia en los casos en que la pena privativa de la libertad del delito Juzgado es inferior el tope previsto en ese dispositivo legal, es decir, a los seis años.

La norma sólo concede esa facultad al Procurador, a su Delegado y a la defensa, de donde se colige que defiere al Ministerio Público el ejercicio de la facultad impugnatoria extraordinaria cuando la objeción deviene del acusador privado, sin que sea dado a la Corte, según se ha precisado en casos de la misma naturaleza. "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., julio veinticuatro (24) de mil novecientos noventa y seis (1996).

Magistrado Ponente: Dr. *Dídimo Páez Velandia*

Aprobado Acta No.109

Proceso No. 11897.

Decidirá la Corte 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, contra la sentencia dictada el 30 de abril de 1996 proferida por el Juzgado 2o. Penal del Circuito de Girardot, que lo condena por el delito de lesiones personales culposas en accidente de tránsito que se adelanta contra Carlos Tito Chávez Guerra.

ANTECEDENTES

1o. Refieren los autos que siendo aproximadamente las 3:15 p.m. del 27 de enero de 1994 a la altura de la carrera 10 entre calles 23 y 24 de Girardot, en accidente de tránsito, fueron arrollados por la "buseta" de servicio público de placas SS-5262, que conducía Carlos Tito Chávez Guerra, los ocupantes de una motocicleta, Fernando Soler, Olga Lucía Herrera

y su menor hija común Yeny Paola, quienes recibieron heridas de consideración, de las cuales dieron cuenta los respectivos dictámenes médico-legales aportados a la investigación.

2o. En su oportunidad procesal, el mérito sumarial fue calificado por el Juzgado 3o. Penal Municipal de Girardot el 27 de febrero de 1995, con resolución acusatoria que comprometió en juicio por el delito de lesiones personales tipificadas en los artículos 331, 332-1 y 2, 333 incisos 2 y 3 y 334 inciso 1o. del C. P., en la modalidad de culposas, al mencionado conductor del vehículo de servicio público causante del accidente (fls.91 cd. ppl.), quien igualmente fue condenado por el mismo despacho (fl. 155) una vez rituada la etapa del juicio, en fallo que no satisfizo la pretensión económica de la *parte civil*, por lo que su representante apeló, siendo confirmada con algunas modificaciones esa decisión por el Juzgado 2o. Penal del Circuito de la misma ciudad, en sentencia contra la cual el referido sujeto procesal, invocando expresamente el tercer inciso del artículo 218 del C. de P.P., interpone el recurso extraordinario sobre cuya concesión de manera excepcional y discrecional debe pronunciarse la Corte.

Consideraciones de la Corte

Se ve precisada una vez más la Corte, a recordar que el artículo 218 del C. de P.P. en su tercer inciso, *no incluye a la parte civil* entre los sujetos con personería para impugnar extraordinariamente los fallos de segunda instancia en los casos en que la pena privativa de la libertad del delito Juzgado es inferior el tope previsto en ese dispositivo legal, es decir a los seis años, como sucede en el caso materia de estudio.

La norma sólo concede esa facultad al Procurador, a su Delegado y a la defensa, de donde se colige que defiere al Ministerio Público el ejercicio de la facultad impugnatoria extraordinaria cuando la objeción deviene del acusador privado, sin que sea dado a la Corte, según se ha precisado en casos de la misma naturaleza, "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".

También al respecto consideró que.

"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 concedido, menos aún, cuando la preceptiva es clara y concreta en sus términos no dando margen a un proceso interpretativo que desborde su tenor gramatical." (auto de 16 de mayo de 1996, Rad. 11.447).

Procede entonces, sin que se haga necesario el examen de la argumentación del escrito allegado, denegar la solicitud.

Por lo expuesto, la *Corte Suprema de Justicia en 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.

Cópiese, notifíquese, cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

PORTE ILEGAL DE ARMAS DE DEFENSA PERSONAL/ COLISION DE COMPETENCIA

El artículo 9 de la Ley 81 de 1993 que modificó el 71 del Código de Procedimiento Penal, taxativamente atribuye competencia a los Jueces Regionales para conocer «4- De los delitos contra la existencia y seguridad del Estado y de los delitos a los que se refiere el Decreto 2266 de 1991, con la excepción del simple porte de armas de fuego de defensa personal, de la interceptación de correspondencia oficial y delitos contra el sufragio» (Destaca la Corte).

2- Según lo determina el artículo 7- del Decreto 2535 de 1993, las armas de fuego se clasifican en: a) Armas de guerra o de uso privativo de la fuerza pública; b) Armas de uso restringido, y c) Armas de uso civil.

Estas últimas, al tenor del artículo 10- ibidem, se clasifican en: a) Armas de defensa personal, b) Armas deportivas y c) Armas de colección, siendo las primeras a las que se refiere el artículo 1- del Decreto 3664 de 1986, elevado a legislación permanente por el Decreto 2266 de 1991.

Dichas armas, son aquellas diseñadas para defensa individual a corta distancia y pertenecen a esta categoría: a) Los revólveres y pistolas que reúnan la totalidad de las siguientes características: Calibre máximo 9.652 mm. Longitud máxima del cañón 15.24 cm. (6 pulgadas)- En pistolas, funcionamiento por repetición o semiautomática - Capacidad en el proveedor de la pistola no superior a, 9 cartuchos a excepción de las que originalmente sean de calibre 22, caso en el cual se amplía a 10 cartuchos b) Carabinas calibre 22 S, 22L, 22 L.R. no automáticas y c) Las escopetas cuya longitud de cañón no sea superior a 22 pulgadas (artículo 11 id.).

Así las cosas, Solamente el porte sin el debido permiso de autoridad competente de un arma que reúna las anteriores características y por lo mismo, denominada de defensa personal, es lo que constituye la excepción prevista en el numeral 4° del artículo 9° de la Ley 81 de 1993, que determina la competencia de los Jueces Regionales para el conocimiento de los delitos a que se refiere el Decreto 2266 de 1991.

La munición que le sea hallada al portador del arma que no exceda a la que el proveedor o tambor pueda recibir según diseño de fábrica, se integra al concepto de «arma de fuego» por constituir su carga natural.

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

Magistrado Ponente: Dr. *Dídimo Páez Velandia*

Aprobada Acta No.109

Proceso No. 11951.

VISTOS

De plano decide la Corte el conflicto negativo de competencia suscitado entre los Juzgados Penal del Circuito de Urrao (Antioquia) y Regional de Medellín, para conocer del proceso seguido contra Oscar Darío Jiménez Hernández por el delito de porte ilegal de armas y municiones de defensa personal.

ANTECEDENTES INMEDIATOS

De las diligencias remitidas a esta Corporación para dirimir el conflicto, se tiene que con base en el informe del Departamento de Policía Antioquia del Municipio de Concordia (fl. 1), la Fiscalía Seccional 104 de la misma localidad, el 10 de octubre de 1995 (fl. 3) abrió la correspondiente investigación penal contra Oscar Darío Jiménez Hernández a quien oyó en indagatoria en la misma fecha (fls. 6 y ss.), dejándole en libertad provisional una vez concluida la diligencia aludida en la que admitió haber sido capturado por agentes de la Policía cuando al practicársele una requisa al salir de un bingo que se realizó en la escuela del sector, le fue hallada una arma de fuego y seis (6) cartuchos para la misma, sin contar con permiso de autoridad competente para su porte.

Por auto de fecha 23 de los citados mes y año, la Fiscal instructora dictó en contra del sindicado medida de aseguramiento de detención preventiva, concediéndole el beneficio de libertad provisional mediante caución prendaria por la suma de diez mil pesos ($10.000,oo) y la obligación de suscribir diligencia de compromiso, como infractor del artículo 1° del Decreto 3664 de 1986 (fl.10 a 15), lo que efectivamente se cumplió el 30 siguiente (fl. 17).

Mediante escrito de fecha 2 de noviembre de 1995, Oscar Darío Jiménez Hernández solicitó sentencia anticipada (fl. 19), para lo cual, con asistencia del Personero Municipal de Concordia (Antioquia) y en presencia del defensor de oficio, la Fiscalía Seccional 104 en diligencia de fecha 19 de abril del corriente año, le precisó los cargos, derechos y consecuencias de su petición, aceptando la imputación y su responsabilidad (fls. 21 y 22).

La Colisión

Las diligencias fueron remitidas al Juez Penal del Circuito de Urrao, quien por auto de fecha 13 de mayo de 1996 avocó el conocimiento del asunto (fl. 24), no obstante lo cual, mediante proveído del 21 de los citados mes y año, provocó colisión negativa de competencia al Juez Regional de Medellín por considerar que "entratándose de municiones de defensa personal, como las decomisadas en autos, los funcionarios encargados del juzgamiento y fallo, son los señores Jueces Regionales y por tal razón, se enviarán allí las sumarias, pues no a otra conclusión se arriba, al leer el artículo 71 del Código Instrumental Penal y donde se asigna la competencia a los señores Jueces Regionales: '...No. 4. de los delitos contra la existencia y seguridad del Estado y de los delitos a los que se refiere el Decreto 2266 de 1971...'." (fl. 25 y 26).

Por su parte, el Juez Regional de Medellín en providencia del 6 de junio siguiente acepta la colisión propuesta, pues considera que en el presente caso, "el sentido común y la lógica nos llevan a inferir que en los casos en que a la persona se le decomisa un arma de fuego y una cantidad razonable de municiones para la misma, la conducta del justiciable, se encuadra en el verbo rector portar armas de fuego, subsumiéndose en tal actuar las municiones que se lleven para las mismas, bien sea de las de uso privativo de la fuerza pública o de defensa personal, dependiendo de su cantidad".

Y agrega: "Acorde con la interpretación exegética de la norma, efectuada por el Juez del Circuito, podría pensarse que por tratarse en este averiguatorio de un artefacto hechizo, que sólo tiene capacidad para un cartucho, se desbordaría su competencia; pero considera el Despacho, con un alcance teleológico, que las municiones decomisadas, seis, son la carga natural, que mínimamente están en capacidad de recibir los revólveres de fábrica".

"De allí que este Juzgado considere que la conducta endilgada al inculpado sea la de 'Porte de armas y municiones de defensa personal' y por lo tanto, se coincide con la Fiscalía, en la calificación jurídica provisional dada al averiguatorio, por considerar que se ciñe a los cánones del derecho y la lógica jurídica, por lo que es dable entender que la competencia para proferir sentencia en este proceso, radica en el Juzgado Penal del Circuito de Urrao y no en estos despachos" (fl. 29 y ss.).

Consideraciones de la Corte

1ª El artículo 9º de la Ley 81 de 1993 que modificó el 71 del Código de Procedimiento Penal, taxativamente atribuye competencia a los Jueces Regionales para conocer "4- De los delitos contra la existencia y seguridad del Estado y de los delitos a los que se refiere el Decreto 2266 de 1991, con

la excepción del simple porte de armas de fuego de defensa personal, de la interceptación de correspondencia oficial y delitos contra el sufragio" (Destaca la Corte).

2° Según lo determina el artículo 7° del Decreto 2535 de 1993, las armas de fuego se clasifican en: a) Armas de guerra o de uso privativo de la fuerza pública; b) Armas de uso restringido, y c) Armas de uso civil.

Estas últimas, al tenor del artículo 10° ibídem, se clasifican en: a) Armas de defensa personal; b) Armas deportivas y c) Armas de colección, siendo las primeras a las que se refiere el artículo 1° del Decreto 3664 de 1986, elevado a legislación permanente por el Decreto 2266 de 1991.

Dichas armas, son aquellas diseñadas para defensa individual a corta distancia y pertenecen a ésta categoría: a) Los revólveres y pistolas que reúnan la totalidad de las siguientes características: Calibre máximo 9.652 mm. - Longitud máxima del cañón 15.24 cm. (6 pulgadas) - En pistolas, funcionamiento por repetición o semiautomática - Capacidad en el proveedor de la pistola no superior a 9 cartuchos a excepción de las que originalmente sean de calibre 22, caso en el cual se amplía a 10 cartuchos - b) Carabinas calibre 22 S, 22L, 22 L.R. no automáticas y c) Las escopetas cuya longitud de cañón no sea superior a 22 pulgadas (artículo 11 id.).

Así las cosas, solamente el porte sin el debido permiso de autoridad competente de un arma que reúna las anteriores características y por lo mismo, denominada de defensa personal, es lo que constituye la excepción prevista en el numeral 4° del artículo 9° de la Ley 81 de 1993, que determina la competencia de los Jueces Regionales para el conocimiento de los delitos a que se refiere el Decreto 2266 de 1991.

3° En diligencia de inspección judicial al arma incautada al procesado y practicada por la Fiscalía Seccional No. 104 de la Unidad de Concordia (Antioquia) el 13 de octubre de 1995, el perito pudo establecer que se trataba de un "trabuco" calibre 28 de fabricación casera, sin número ni marca, de corto alcance, con regular estado de mantenimiento pero buen funcionamiento. Además, las seis (6) vainillas o cartuchos, que son de cobre recalzado y aptas para disparar, por lo cual determinó que "Tanto el arma como la munición son de defensa personal" (fl. 9 y 9 vto.).

Lo manifestado por el perito tiene pleno respaldo legal en el artículo 8° del Decreto 2535 de 1993 que clasifica las armas de uso privativo de la fuerza pública y en el artículo 1° del Decreto Reglamentario 1809 de 1994 que precisa las armas y municiones de guerra que pueden portar los miembros de organizaciones nacionales de seguridad y cuerpos oficiales armados de carácter permanente creados u autorizados por la ley, pues las características de la hallada a Oscar Darío Jiménez Hernández no guardan ninguna relación con ellas y, por el contrario, se asemeja a las descritas como de "defensa personal".

Se trata de aquellas denominadas por el legislador como "Armas prohibidas" y por lo mismo su tenencia y porte en todo el territorio nacional, partes o piezas, según el artículo 14 del Decreto 2535 de 1993. "c) Las armas hechizas, salvo las escopetas de fisto" y hechizo es aquello que se ha contrahecho, falseado o imitado, sin que por ello necesariamente deban excluirse de las ya consignadas clasificaciones.

Resulta de meridiana claridad en este caso que el arma portada por el sindicado, por sus características, debe clasificarse entre aquellas descritas en el artículo 11 del Decreto 2535 de 1993, pues tanto en el informe policivo como el perito la denominan como trabuco calibre 28. Es de fabricación casera y con disponibilidad de un cartucho en su recámara, es decir, dista mucho de aquellas a que se refiere el artículo 2° del Decreto 3664 de 1986.

4° No existe dentro del informativo indicio distinto de que Jiménez Hernández portaba el arma para su defensa personal, pues se trata de un joven de 18 años dedicado a las labores del campo y, según lo afirmó en su indagatoria, la adquirió para proteger su casa de habitación, solo que el día de su captura, "Me dio el arrebato de llevármelo yo nunca lo sacaba de la casa, lo mantenía guardado debajo del colchón, me lo llevé porque por la Amely (Barrio de Concordia) atracaban mucho" (f. 6 vto.), o sea, exclusivamente para protegerse de un eventual atentado contra sus bienes personales o su vida.

En cuanto a los proyectiles hallados al sindicado, razón le asiste el Juez Regional de Medellín, pues esta Sala en la providencia citada por él como sustento para rechazar la competencia, precisó que "Resulta oportuno señalar, para prevenir futuros e innecesarios conflictos de competencia, que la munición correspondiente a la carga natural, entendida como el número de cartuchos que el tambor o proveedor está en capacidad de recibir según su diseño de fábrica, se integra al concepto o noción de arma de fuego, pero la ausencia de carga en nada modifica la modalidad delictiva, ya que el artefacto es considerado arma no porque esté dotado de proyectiles, sino porque reúna las características señaladas en el artículo 6° del Decreto 2535 de 1993" (Auto del 3 de agosto de 1995. Mag. Ponente doctor Fernando Arboleda Ripoll).

5° Como allí se determinó, la munición que le sea hallada al portador del arma que no exceda a la que el proveedor o tambor pueda recibir según diseño de fábrica, se integra al concepto de "arma de fuego" por constituir su carga natural. Pero en el presente caso que se trata de un arma hechiza de fabricación casera que cuenta con proveedor para un solo cartucho o proyectil, necio resultaría afirmar que cantidad superior a la que efectivamente puede soportar el arma según su diseño, de hecho constituye infracción del conocimiento exclusivo de los Jueces Regionales. Solamente nos hallaríamos en tal evento, si de acuerdo con las carac-

terísticas del arma, el número de proyectiles en poder del infractor, sobrepasa al de su carga natural o la que ha determinado el Ministerio de Defensa Nacional -Comando General de las Fuerzas Militares- en su Disposición No. 43 del 27 de agosto de 1989, como el máximo posible de suministro para particulares que posean licencia o permiso para el porte de armas de defensa personal (revólveres o pistolas), en las oportunidades allí previstas.

Entonces, seis (6) cartuchos en poder del procesado, indiscutiblemente constituyen la carga natural de un arma de defensa personal, máxime que algunas de ellas pueden contar con proveedor de nueve (9) y hasta de diez (10) cartuchos. (inciso final del literal a) del artículo 11 del Decreto 2535 de 1993).

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

RESUELVE:

1° DIRIMIR el conflicto de competencias aquí planteado, en el sentido de atribuir el conocimiento de estas diligencias seguidas contra Oscar Darío Jiménez Hernández al Juzgado Penal del Circuito de Urrao (Antioquia), a quien se le remitirá el proceso. Comuníquese esta decisión al Coordinador de la Unidad de Jueces Regionales de Medellín y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

ACUMULACION JURIDICA DE CAUSAS/ AUTO DE DETENCION/ RESOLUCION DE ACUSACION

El artículo 91 del Código de Procedimiento Penal es muy claro al señalar que la acumulación sólo procede «a partir de la ejecutoria de la resolución de acusación», cuando contra una misma persona se estuvieren siguiendo dos o más procesos, y cuando estén cursando dos o más procesos por delitos conexos que no se hubieren investigado conjuntamente. Es obvio entender que dichas actuaciones deben ser por hechos diferentes, pues de lo contrario no habría nada que acumular, y lo que se tendría que hacer era unificar las diligencias tomando las medidas pertinentes.

2. No hay ninguna disposición procesal que impida que al momento de calificar el sumario se dé a los hechos una denominación jurídica distinta a la del auto de detención, ni que la valoración probatoria sea diferente, pues por su propia naturaleza la definición de la situación jurídica es provisional, y por lo mismo de ejecutoria formal, susceptible de revocatoria.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santa Fe de Bogotá D.C., julio (25) veinticinco de mil novecientos noventa y seis (1996).

Magistrado Ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel*

Aprobado Acta No. 110

Proceso No. 7830

VISTOS

Resuelve la Sala el recurso de reposición interpuesto por el defensor del procesado Leovigildo Gutiérrez Puentes, contra el auto mediante el cual se calificó el mérito del sumario con resolución de acusación.

ALEGATOS DEL RECURRENTE

Manifiesta que varios son los motivos de su inconformidad, los cuales se relacionan a continuación:

1o. "Existe nulidad parcial de la actuación a partir del cierre de la investigación originada en la acumulación indebida de los procesos radicados con los números 7830 y 8094".

En el proceso radicado bajo el número 8094, el cual cursaba en el Despacho del Doctor Gustavo Gómez Velásquez, el 29 de abril de 1993 se dictó auto cabeza de proceso, ordenando adjuntar copia de la denuncia repartida al Magistrado Ricardo Calvete por el delito de enriquecimiento ilícito, y la vinculación mediante indagatoria del sindicado. Las pruebas ordenadas estaban orientadas a investigar un posible enriquecimiento ilícito.

Simultáneamente, en contra del implicado Gutiérrez Puentes cursaba en este Despacho el proceso número 7830, diligencias que se encontraban en la etapa de indagación preliminar. Conforme a lo ordenado en la providencia que dispuso la apertura de instrucción en el proceso 8094, este asunto debía haberse remitir al Despacho del doctor Gómez Velásquez, por cuanto dicha "omisión en la actuación, por si misma, constituye una irregularidad procesal que a la postre fue factor para que se presentara la nulidad parcial que se solicita en este libelo".

Así las cosas, este despacho desconoció el pronunciamiento de fecha 29 de abril de 1993, y profirió auto de fecha mayo 17 siguiente, dando apertura a la instrucción y ordenando la práctica de pruebas.

En el asunto radicado bajo el número 7830 se investiga el ilícito de "utilización indebida de auxilios parlamentarios", tal como se desprende de la constancia secretarial, lo que motivó que mediante auto de fecha octubre 29 de 1993, proferido dentro del expediente 8094, se ordenara la remisión de las diligencias por tratarse de los mismos hechos. Esta decisión es abiertamente irregular, por cuanto la realidad procesal revela que se trataba de hechos totalmente distintos, en el proceso 7830 se investigaba el delito de peculado y en el radicado con el número 8094 el punible de enriquecimiento ilícito.

En cumplimiento del auto anterior se remitió el proceso 8094 al proceso 7830, y en un auto de cúmplase del 9 de diciembre de 1993 se ordenó adjuntar las diligencias inicialmente citadas al asunto radicado con el número 7830, con el supuesto de que se trataba de los mismos hechos, pero la verdad procesal es que uno era por enriquecimiento ilícito y el otro por peculado.

Reitera que al decretarse esta acumulación "se vulneró el principio de la Unidad del Proceso Penal, en que por cada hecho punible se debe adelantar un proceso penal autónomo e independiente para garantizar el debido proceso y el derecho de defensa al procesado".

Lo anterior se erige como causal de nulidad parcial contemplada en el artículo 304 del C. de P.P., la cual solicita sea decretada "a partir del cierre de la investigación para que el eventual delito de enriquecimiento ilícito se investigue y falle en forma separada, preservándose la validez del proceso número 7830 que por el delito de peculado ha sido objeto de calificación del sumario.

2o. Se vulneró el debido proceso y el derecho a la defensa, por cuanto en el proceso 7830 no se le interrogó al procesado sobre los hechos constitutivos de enriquecimiento ilícito.

En el auto mediante el cual la Sala resolvió la situación jurídica al implicado consideró que quedaba un incremento patrimonial injustificado, el cual de no ser imputable al peculado podría constituir el punible de enriquecimiento ilícito; sin embargo, la actuación posterior estuvo orientada a investigar la utilización indebida de auxilios, que estructuraba el peculado, dejando de lado la indagación sobre el enriquecimiento ilícito.

Conforme a lo anterior, es claro que si con posterioridad a la providencia que resolvió la situación jurídica se consideraba la estructuración de dicho punible "ha debido ordenar la ampliación de indagatoria específicamente por los hechos sobre los cuales fundamentaría el ilícito de enriquecimiento ilícito, providencia que nunca se dictó en el proceso, y sin embargo se le formula resolución de acusación por un delito de enriquecimiento ilícito, con clara violación de las garantías constitucionales del Debido Proceso y del Derecho a la Defensa suficiente motivo para solicitar a la Honorable Sala que decrete la nulidad a partir de la providencia calificatoria para que se resuelva la calificación del sumario por el punible de peculado y por ningún otro delito".

Así las cosas, el procesado no tuvo la oportunidad de defenderse de dicho ilícito y tampoco pudo ejercer el derecho de contradicción con el fin de aclarar los movimientos bancarios que efectuaba.

3o. El procesado amplió la indagatoria para desvirtuar el delito de peculado. "Si algún hecho tiene que ver con un Enriquecimiento Ilícito, no se concretó el cargo".

El 25 de octubre de 1993, se dispuso la ampliación de indagatoria del implicado, fecha para la cual aún no se había ordenado la acumulación del proceso 8094, por lo tanto, esa versión solamente hacía relación al delito de peculado.

Con omisión de lo dispuesto en el artículo 361 del C. de P.P., se suspendió la ampliación de indagatoria, diligencia que se surte siete meses después, la cual tenía como finalidad aclarar los hechos que hacían relación al peculado.

En dicha diligencia se le cuestiona por los auxilios otorgados al Instituto INCABA, otras entidades educativas y en algunos apartes informa sobre sus actividades comerciales, "pero en ningún caso como respuesta a algún cuestionamiento para que justificara su incremento patrimonial, entre otras razones porque los perifajes aluden de que no hubo incremento patrimonial no justificado de Leovigildo Gutiérrez Puentes". Al implicado no se le cuestionó sobre cada una de las consignaciones bancarias para que pudiese defenderse de un indicio, puesto que ellas son solo eso tratándose de la estructuración del enriquecimiento ilícito.

Por otra parte, al no habérsele formulado el cargo de manera concreta respecto al enriquecimiento ilícito, el procesado no se encontraba legalmente vinculado a la investigación por dicho punible, luego al proferirse resolución de acusación por ese delito, el juicio se halla viciado de nulidad parcial que debe declararse a partir del auto que dispuso el cierre de investigación, sin que se afecte la calificación por el de peculado.

4o. "Si en la ampliación de indagatoria se formuló el cargo por enriquecimiento ilícito, al cerrarse la investigación se vulneró el derecho de defensa del procesado".

Dice que si la Corte consideró que con el interrogatorio formulado al procesado en la ampliación de indagatoria se le imputó el cargo de enriquecimiento ilícito, debió ordenar las pruebas solicitadas por la defensa, lo que no ocurrió, por cuanto de inmediato se dispuso el cierre de la investigación.

Interpuesto oportunamente el recurso de reposición contra la decisión que clausuró la instrucción, en proveído de abril 5 del año próximo pasado se sostuvo que, "fue necesario fijarle fecha varias veces debido a su inasistencia, afirmación que no corresponde a la realidad procesal puesto que tal diligencia fué aplazada oficiosamente por la Honorable Corte desde el 1o., de diciembre de 1993 y vino a realizarse el 20 de febrero de 1995, con la única inasistencia del procesado el 10 de este mismo mes, ante todo, por las citaciones telefónicas que hacia la Secretaría sobre la fecha de la diligencias". En esta forma queda descartado que haya habido renuencia por parte del procesado, y, por ende, carece de fundamento lo afirmado en la referida providencia.

Reitera que es viable decretar la nulidad del proceso, conforme a lo establecido en el artículo 305, numeral 3o. del Código de Procedimiento Penal, para que se continúe la diligencia de ampliación de indagatoria, pues de lo contrario se vulnera el derecho a la defensa, principio de orden constitucional contenido en el artículo 29, el cual es de obligatorio cumplimiento en el proceso penal.

Bajo el título " *Primera Petición Subsidiaria*", dice que "Los movimientos bancarios no constituyen prueba suficiente para tipificar el delito de enriquecimiento ilícito".

Transcribe el aparte de la providencia que resolvió la situación jurídica, en la cual desde ese mismo momento la Sala advierte, que "Es evidente que además de la cantidad mencionada queda un incremento patrimonial, que de no ser imputable al peculado, podría dar lugar a la tipificación de un enriquecimiento ilícito...", y comenta que en ese momento procesal no aparecía prueba suficiente para imputar el referido delito, pero si existía el informe rendido por la Procuraduría General de la Nación, Oficina de Investigaciones Especiales.

La prueba no se modificó con posterioridad a dicha decisión, luego el informe en referencia sirvió de fundamento para la resolución de acusación en la cual se le imputa el punible objeto de controversia.

En estas condiciones, manifiesta, que la defensa "exige la validez del primer pronunciamiento de agosto 20 de 1993, puesto que de otra manera el procesado ha sido sorprendido por un cambio en la valoración probatoria no admisible en la administración de justicia, cuando quien profiere una y otra decisión es el mismo Magistrado de la honorable Colegiatura".

Formula otro reparo a la providencia en comento, -abril 1o. de 1993-, por cuanto considera que el fundamento probatorio de la referida decisión es el informe rendido por la Oficina de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación, dictamen que debe ser analizado en su integridad, y allí se hace claridad en dos aspectos: a) que el incremento patrimonial de Leovigildo Gutiérrez Puentes está acorde con sus ingresos, y b) que existe un desfase entre las consignaciones hechas en las cuentas del procesado y sus ingresos, en cuantía aproximada de seiscientos millones de pesos.

Solicita que en el análisis de tales experticias se tenga en consideración que los informes investigativos concluyen que el incremento patrimonial está acorde con los ingresos, lo que en principio excluye el delito de enriquecimiento ilícito.

Asevera que la Corte ha considerado que los movimiento bancarios no constituyen prueba suficiente para demostrar el incremento patrimonial, tal como se desprende del fallo del 21 de noviembre de 1990, M.P., Dr. Guillermo Duque Ruiz, luego, no es aceptable que en la providencia impugnada se tengan como plena prueba, dejando de lado las explicaciones del inculpado.

El procesado en la ampliación de indagatoria explicó que por ser el Director y Tesorero de un Partido político, en sus cuentas personales se efectuaron numerosos movimientos, pues las campañas tenían un costo aproximado de setenta millones de pesos. A pesar de la anterior manifestación, no se recepcionó el testimonio de la Secretaría General de ese partido, el cual tenía como finalidad corroborar este hecho.

Concluye que no hay mérito para proferir resolución de acusación por el delito de enriquecimiento ilícito, razón por la cual solicita la preclusión de la investigación por este punible.

La "Segunda Petición Subsidiaria" se refiere a que se rebaje la cuantía de la caución que le fue impuesta al imputado para efectos de la detención domiciliaria, toda vez que sus condiciones económicas se han venido deteriorando hasta el punto de que únicamente podría consignar dos millones de pesos ($2.000.000).

Consideraciones de la Sala

1o. La primera presunta irregularidad que aduce el memorialista consiste en que hubo acumulación indebida de los procesos radicados con los números 7830 y 8094.

El artículo 91 del Código de Procedimiento Penal es muy claro al señalar que la acumulación solo procede "a partir de la ejecutoria de la resolución de acusación", cuando contra una misma persona se estuvieren siguiendo dos o más procesos, y cuando estén cursando dos o más procesos por delitos conexos que no se hubieren investigado conjuntamente. Es obvio entender que dichas actuaciones deben ser por hechos diferentes, pues de lo contrario no habría nada que acumular, y lo que se tendría que hacer era unificar las diligencias tomando las medidas pertinentes.

En el caso del doctor Leovigildo Gutiérrez es muy claro que no se ha efectuado ninguna acumulación, ni se ha tenido noticia de que esté o hubiere estado procesado simultáneamente por hechos diferentes a los de este proceso. Todo lo contrario, lo que se estableció plenamente es que por los mismos hechos llegaron a la Corte unas copias remitidas por la Oficina de Investigaciones Especiales y otras por la Procuraduría Delegada para Asuntos Presupuestales, las cuales en el reparto correspondieron a diferentes Magistrados.

Adelantadas algunas diligencias, el Magistrado Gustavo Gómez Velásquez solicitó a la Secretaría de la Sala un informe sobre qué otras investigaciones cursaban contra el aforado Gutiérrez Puentes, y una vez constatado ese hecho, dictó un auto de noviembre 29 de 1993, en el cual dice que "Comoquiera que contra el mismo procesado ... y por los mismos hechos, esta Corporación adelanta, fuera de la presente investigación, OTRA, la que por cierto, se encuentra en un estado más avanzado de averiguación penal (allí ya fue *Indagatoriado* y se le resolvió *Situación Jurídica*). *Vayan*, de inmediato las presentes diligencias al allí Magistrado Sustanciador, doctor Ricardo Calvete Rangel, para lo de ley".

Ante esta situación, lo único que correspondía hacer era ordenar que se adjuntaran a las diligencias que se estaban tramitando para que for

maran parte de ellas, y fue lo que efectivamente se hizo por auto de diciembre 9 de 1993. Es de advertir, que en la actuación adelantada ante el Despacho del doctor Gustavo Gómez Velásquez se le recibió versión libre al sindicado, y estuvo apoderado por el mismo abogado que inicialmente lo representó en este proceso.

Visto lo anterior, es muy claro que el recurrente está invocando una supuesta falla procesal que no tiene ningún fundamento, y que lo único que la puede explicar es que él deja de lado la diferencia que hay entre *Hecho y Denominación Jurídica*, razón por la cual funda su argumentación en que un proceso se adelantaba por enriquecimiento ilícito y el otro por peculado, sin referirse realmente a los hechos, afirmación que por lo demás tampoco corresponde a la verdad, porque la denominación que en ambos casos traían las copias remitidas aludía al enriquecimiento ilícito, y posteriormente, cuando en el proceso 7830 se definió la situación jurídica, si bien el auto de detención fue por peculado, de una vez se advirtió que existía un remanente de dinero que no quedaba comprendido dentro de ese delito y que podría configurar un enriquecimiento ilícito.

En síntesis, no existió ninguna acumulación de procesos, y la unificación de las investigaciones que se adelantaban en despachos diferentes obedeció a que se trataba de los mismos hechos, por lo tanto carece de sustento la afirmación de que se violó el debido proceso y el derecho a la defensa.

2o. Es inexplicable, por decir lo menos, que el impugnante diga que se violó el derecho a la defensa de su cliente porque se le sorprendió con el llamamiento a juicio por el delito de enriquecimiento ilícito, y que al mismo tiempo admita que la Sala desde el auto de detención le advirtió que el incremento patrimonial injustificado, no comprendido en el delito de peculado, podría dar lugar a un enriquecimiento ilícito, razón por la cual se continuaría investigando.

Esa contradicción es suficiente para desvirtuar la tesis del sorprendimiento, pero para abundar en razones sobre el ejercicio que se ha hecho del derecho a la defensa es oportuno destacar lo siguiente:

- No tiene ningún apoyo jurídico la pretensión del defensor de que en el auto en que se ordenó la ampliación de indagatoria se ha debido decir que era por los hechos constitutivos de enriquecimiento ilícito, pues en forma expresa y clara se había dejado sentado cuál era el objeto de la investigación, y así en esa diligencia se hubiera preguntado por hechos diferentes, ninguna irregularidad se habría cometido, pues absurdo sería que la ley exigiera que para poder indagar al sindicado se debe decir previamente sobre qué hechos va a versar el interrogatorio.

No es cierto que al doctor Gutiérrez Puentes no se le hubiera indagado sobre sus movimientos bancarios, y que por lo tanto no tuvo oportunidad de ejercer su derecho de contradicción. Para demostrarlo basta leer la indagatoria y su posterior ampliación, en donde no sólo da las explicaciones que considera procedentes, sino que reconoce que lo ha hecho en varias oportunidades.

Para ilustrar lo anterior basta transcribir el siguiente pasaje de la ampliación de la injurada:

"*PREGUNTADO: En el informe que rindió la Procuraduría encontró que Usted realizó movimientos bancarios superiores a sus ingresos. Explíquele a la Corporación por qué esta diferencia. CONTESTO: La Oficina de Investigaciones Especiales de la Procuraduría rindió el 30 de junio de 1992 informe a la Corte sobre los resultados de las investigaciones del supuesto aumento patrimonial mío, de mi mujer y mis hijos y en dos apartes de ellos dice lo siguiente: "perfeccionadas las diligencias preliminares adelantadas, los funcionarios comisionados presentaron el informe jurídico contable, donde con base en el acervo probatorio se concluyó que la variación patrimonial del investigado y su cónyuge se ajusta a los ingresos y rentas obtenidos por ellos". El despacho deja constancia que el indagado consulta un documento. "En cuanto al manejo de las cuentas bancarias como ya se dijo en el numeral 3 y 4 del presente informe nos permitimos recomendar soliciten la explicación del caso al señor Leovigildo Gutiérrez, pues no se encuentra relación lógica entre los depósitados realizados y los ingresos obtenidos entre 1987, 88, 89, 90 y 91". A la pregunta me permito ratificar lo que he declarado dos veces en relación a este punto ante la Corte Suprema de Justicia. He sido parlamentario desde 1974 hasta 1994, constancia que reposa en el proceso que se adelanta contra mí, he sido jefe del Partido Conservador por 25 años y como tal he sido tesorero de ese mismo directorio conservador departamental y las platas que se manejan para cada una de las diferentes campañas provengan de donaciones de particulares, de donaciones del Directorio Nacional Conservador, donaciones de los candidatos presidenciales, todos esos dineros y los que se recolecten de otras ayudas sean de rifas, bailes etc. se manejan a través de las cuentas particulares del parlamentario del jefe conservador en el caso mío, todos esos gastos de las diferentes campañas se manejaban a través de mis cuentas bancarias de Bogotá y Villavicencio.*" (Subrayado de la Sala)

Como se acaba de ver, es el propio Congresista el que relata que conoció el informe que fue remitido a la Corte, en el cual claramente dice que es para que se investigue el desfase que se encontró entre sus ingresos y las consignaciones, y además, reconoce que es la tercera vez que ofrece explicaciones sobre ese punto ante esta Colegiatura. Es inaudito que ante esta evidencia el abogado argumente violación del derecho a la defensa.

Y hay más. El conocimiento del procesado sobre el objeto de la investigación fue en todo momento tan claro, que en misma diligencia en comento, luego de una muy extensa relación sobre las fuentes de sus ingresos, entre las cuales mencionó donaciones, préstamos bancarios y de particulares, rendimientos en negocios de ganado y actividades de comercio, salarios y prestaciones, premio de la lotería etc. remata su exposición diciendo: "El total de estos movimientos bancarios de acuerdo a lo manifestado en esta declaración suman más o menos setecientos millones de pesos: de manera que ello demuestra que el movimiento bancario realizado en los cinco años que se investigaron tiene fundamento real de acuerdo a las pruebas que he aportado y las explicaciones que he dado" (subraya la Sala).

En el Informe de la Oficina de Investigaciones Especiales, que como se ve en la transcripción anterior el procesado conoce perfectamente, se establece que el total de los ingresos en los años referidos suma casi setecientos millones de pesos, luego esa es la razón por la cual el acriminado dice que con las explicaciones dadas en la ampliación de la injurada se justifica un movimiento bancario de más o menos setecientos millones de pesos, motivo adicional para que resulte absurdo que el defensor pretenda que la Sala le admita que su representado desconocía que se le estaba investigando por enriquecimiento ilícito, o que no sabía cuál era el objeto del proceso.

- A lo anterior es necesario agregar un dato que sin lugar a dudas pone en entredicho la seriedad de la sustentación del recurso, en cuanto se refiere a la supuesta nulidad por violación del derecho a la defensa. Resulta que el recurrente es el mismo abogado que presentó el alegato de conclusión, y allí en forma expresa y por separado se refiere a los punibles de enriquecimiento ilícito y de peculado, de modo que al final de su escrito textualmente manifiesta:

"hecho el análisis de la prueba considero honorables magistrados que NO EXISTEN ELEMENTOS DE JUICIO SUFICIENTES PARA TIPIFICAR UN DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO LO QUE ME PERMITE SOLICITAR LA PRECLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN POR ESTE HECHO. de otra parte, procede la preclusión de la investigación frente al peculado en virtud de que no se afectaron los bienes del estado y si se revisan las cuentas relativas al manejo de los auxilios, de ninguna de ellas salió dinero con destino a mi defendido..." (mayúsculas de la sala).

Cuesta trabajo creer que el profesional que solicitó que al momento de la calificación se precluyera la investigación por el delito de enriquecimiento ilícito, sea el mismo que en la reposición no tiene inconveniente en solicitar que se decrete la nulidad parcial, porque *"AL DICTÁRSELE RESOLUCIÓN DE ACUSACIÓN POR ENRIQUECIMIENTO ILICITO SE AFECTO EL DEBIDO PROCESO Y EL DERECHO DE DEFENSA DEL PROCESADO, QUIEN ES LLEVADO A JUICIO POR UN DELITO QUE NO SE LE FORMULÓ EN LA INVESTIGACIÓN Y SIN LA POSIBILIDAD DE CONTROVERTIR EL CARGO"*.

3o. En el punto "D" del memorial dice el impugnante: "Si en la ampliación de indagatoria se formuló el cargo de Enriquecimiento Ilícito, al cerrarse la investigación se vulneró el derecho de defensa del procesado".

Como es ostensible la confusión del letrado respecto al momento procesal en que se formulan los cargos, es oportuno recordarle que esa situación se presenta es en la resolución de acusación, ya que en la indagatoria, de acuerdo con el artículo 360 del Código de Procedimiento Penal, lo que se debe hacer es interrogar al imputado en relación con los hechos que originaron su vinculación, y como ya se dejó acreditado, eso fue lo que en este proceso se hizo, con total respeto por el rito procesal.

En el expediente se puede ver la intensa actividad probatoria realizada a petición de los sujetos procesales y de oficio, de modo tal que se agotó el término de instrucción señalado en el Código de Procedimiento. Toda la evidencia recaudada, y ello lo reconoce expresamente el implicado, apunta a tratar de justificar el desfase encontrado entre los ingresos y el valor de las consignaciones, fundamento fáctico de los cargos formulados por enriquecimiento ilícito y peculado, de modo que también es inaceptable el planteamiento de que por no haber seguido practicando pruebas se violó el derecho a la defensa.

4o. Es sorprendente que el defensor afirme que entre la definición de la situación jurídica y la calificación no se practicaron pruebas relacionadas con el incremento patrimonial injustificado, pues por su propia iniciativa se recibieron decenas de testimonios de personas que fueron mencionadas como donantes, acreedores, socios etc... y se anexaron documentos relacionados con los ingresos y las consignaciones, elementos de juicio sobre cuya valoración es muy concreto el pliego de cargos.

De otra parte, no es verdad que la Sala expresara que no había prueba para tipificar el enriquecimiento ilícito, ya que de manera contraria, lo que allí se dijo es que el incremento patrimonial restante, de no ser imputable al peculado, podría dar lugar a la tipificación de ese punible, y como efectivamente en la calificación se llegó a la conclusión de que todo el dinero que ingresó injustificadamente no estaba comprendido dentro del peculado, se formuló el cargo correspondiente.

Dicho de otra manera, desde la definición de la situación jurídica se consideró que existía un incremento patrimonial injustificado, pero como el tipo de peculado por el cual se profirió auto de detención es principal y el de enriquecimiento ilícito es subsidiario, era necesario establecer si todo lo que ingresó ilícitamente era imputable al peculado o quedaba un saldo para el otro delito.

Al margen de lo anterior, que es un evidente desconocimiento de la realidad procesal, también se equivoca el apoderado judicial del exCongresista al creer que la apreciación probatoria que se haga en el

auto mediante el cual se define la situación jurídica del indagado, no puede ser modificada al momento de calificar el mérito del sumario sin que hayan surgido nuevas pruebas, como si con esa decisión se diera por consolidada una determinada situación de manera absoluta.

No hay ninguna disposición procesal que impida que al momento de calificar el sumario se de a los hechos una denominación jurídica distinta a la del auto de detención, ni que la valoración probatoria sea diferente, pues por su propia naturaleza la definición de la situación jurídica es provisional, y por lo mismo de ejecutoria formal, susceptible de revocatoria.

Además de lo anterior, en este punto el censor insiste en que no hay prueba para tipificar el enriquecimiento ilícito, pero como sus planteamientos son similares a los del alegato de conclusión, y el tema fue ampliamente estudiado en la providencia atacada, no es necesario repetir la respuesta dada, y basta remitirse a ellos.

En atención a lo dicho no encuentra la Sala ninguna razón que amerite acceder a que se revoque el llamamiento a juicio por enriquecimiento ilícito.

5o. La segunda petición subsidiaria consiste en que se rebaje a dos millones de pesos ($2.000.000) la caución impuesta como consecuencia de la aplicación de la detención domiciliaria.

Antes de abordar el estudio de esa petición es necesario analizar si la medida de aseguramiento impuesta se mantiene, pues como quiera que se trata de una modalidad de detención precautelativa que sólo es aplicable si se reúnen determinados requisitos, al dejar de existir alguno de ellos la decisión debe ser modificada para que se imponga la que corresponde.

En la providencia mediante la cual se definió la situación jurídica del sindicado, la Corte consideró que podía otorgarle la detención domiciliaria, atendiendo a que la pena mínima prevista para los punibles imputados no excede de cinco años de prisión, e infiriendo su comparecencia al proceso y el no peligro para la comunidad, dadas las características familiares y de vínculos con la sociedad observadas en él.

Lamentablemente, no obstante ser una medida de aplicación inmediata, como todas las que se refieren a la libertad o detención, (artículo 198 C.P. P.) y que su defensor fue notificado personalmente, así como que a la dirección conocida en autos se le enviaron dos comunicaciones con varios días de intervalo, el procesado no compareció y en su lugar decidió rebelarse contra la medida, de tal forma que en este momento, cuarenta y tres (43) días después de haberse proferido, no se ha sometido a ella, y por la petición que formula el defensor se advierte que pretende condicionar el obedecimiento a que se le rebaje la caución.

Ante la contundencia de los hechos, no queda alternativa distinta a aceptar que la Sala se equivocó al creer que el acriminado seguía siendo una persona dispuesta a comparecer al proceso voluntariamente, y al cual se le podía otorgar una modalidad de detención menos drástica, merced a un juicio de valor previo en el que aparecía como merecedor de ese tratamiento.

En consecuencia, el auto impugnado se modificará oficiosamente para cambiar la medida de detención domiciliaria señalada por la de detención preventiva sin derecho a excarcelación, en el establecimiento especial que para tal fin señale el Director del Inpec, al tenor de lo dispuesto en el artículo 403 del estatuto procesal, para cuyo efecto se expedirá orden de captura a las autoridades competentes.

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

Resuelve:

1o. No acceder a las peticiones de nulidad planteadas por el defensor, ni reponer la providencia impugnada.

2o. De oficio se modifica el numeral 2o. del auto que definió la situación jurídica, en cuanto se cambia la medida de aseguramiento de detención domiciliaria allí impuesta, por la de detención preventiva, según lo analizado en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese y cúmplase,

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

FISCAL GENERAL DE LA NACION/ FISCAL DELEGADO ANTE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA-Delegación

El artículo 17 de la Ley 81 de 1993, que modificó el artículo 121 del C. de P. P., al desarrollar el canon constitucional, puntualizó:

"1. Investigar, calificar y acusar, si a ello hubiere lugar, directamente (o por conducto de sus Delegados de la Unidad de Fiscalía ante la Corte Suprema de Justicia), a los altos funcionarios que gocen de fuero constitucional con las excepciones previstas en la Constitución."

La parte transcrita entre paréntesis, fue declarada inexequible por la Corte Constitucional en sentencia No.C-472 de 20 de octubre de 1994, en cuyo numeral SEGUNDO de la parte resolutiva dijo:

"...SEGUNDO.- Declarar INEXEQUIBLE la expresión " o por conducto de sus Delegados de la Unidad de Fiscalía ante la Corte Suprema de Justicia " contenida en el numeral primero del artículo 17 de la Ley 81 de 1993. No obstante, se advierte que el Fiscal General de la Nación podrá comisionar a los fiscales delegados ante la Corte Suprema de Justicia para la práctica de todas las actuaciones procesales distintas a la calificación y a las subsecuentes de formular acusación o abstenerse de hacerlo..."

Este último aparte ha sido apreciado fuera del contexto de las motivaciones de la sentencia y por eso se le ha dado inusitado alcance a la facultad comisoria que la ley otorga al Fiscal General con respecto a sus Fiscales Delegados ante la Corte de cara a los procesos contra los altos funcionarios con fuero constitucional, porque se ha entendido que conlleva la de tomar todas las determinaciones que se presentan en la etapa de la instrucción, con exclusión de la calificación y acusación, que competen al Fiscal General.

No pudo ser ese el desmedido sentido que en la sentencia referida quiso dar la Corte Constitucional a la facultad de comisionar ni menos, puede ser la correcta interpretación que legítimamente debe hacerse de dicho fallo, por las siguientes razones:

a) Semejante interpretación deja sin efecto el mismo pronunciamiento de inconstitucionalidad, pues circunscribiría el motivo de ésta a la

delegación para la calificación en su doble manifestación, precluir o acusar, cuando el precepto constitucional y el pertinente razonamiento plasmado en el fallo se refieren concretamente tanto a la investigación como a la acusación en el entendido de ser funciones privativamente señaladas en la Carta Política al Fiscal General y por consiguiente indelegables a ninguno de sus subalternos, cualquiera que sea su jerarquía.

Tan evidente es esta afirmación que una simple transcripción del criterio plasmado por el juez de constitucionalidad en el juzgamiento que hiciera a la norma despeja toda duda: « ... para esta Corporación -dijo-, LAS FUNCIONES CONSIGNADAS EN EL ARTICULO 251 CITADO -en particular la de INVESTIGAR, CALIFICAR Y ACUSAR a los altos funcionarios del Estado que gocen de fuero constitucional- REVISTEN EL CARACTER DE INDELEGABLES Y, por tanto, SOLO EL SEÑOR FISCAL GENERAL DE LA NACION PUEDE ASUMIRLAS Y EJECUTARLAS...» (Mayúsculas fuera del texto original).

b) Es cierto que la Corte Constitucional, en la sentencia de inexequibilidad referida y en la de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, hizo una advertencia sobre la facultad de comisionar que le asiste al Fiscal General para la práctica de «todas las actuaciones distintas a las propias de la calificación -innecesaria por lo demás, puesto que su función se circunscribe a juzgar la norma legal e interpretar la Constitución-, pero tal «sugerencia» no pasa de ser más que una simple advertencia, como ella misma lo dijo, por referirse a otra función -la de comisionar-, que no era precisamente el objeto del juicio de constitucionalidad allí realizado. En efecto, el artículo 17 de la Ley 81 de 1993 fue la norma juzgada por la Corte Constitucional, la cual en desarrollo del «artículo 251 de la Carta señalaba las funciones de investigar, calificar y acusar» a los correspondientes «altos funcionarios con fuero constitucional» para ser cumplidas directamente por el Fiscal General de la Nación O POR CONDUCTO DE SUS DELEGADOS DE LA UNIDAD DE FISCALIA ANTE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA» (lo encomillado en mayúsculas, fue lo declarado inconstitucional); de donde resulta de Perogrullo, que si a esta segunda hipótesis se le quería considerar como una forma suigéneris de comisionar y darle así un alcance restrictivo en su juzgamiento de constitucionalidad -lo que excepcionalmente es de recibo en juicios de esta naturaleza-, debió haberla declarado exequible con dicha restricción interpretativa-, pero, al retirarla del ordenamiento jurídico -que eso fue lo ocurrido y es lo que significa la inexequibilidad- no podía ciertamente darle ninguna interpretación, por la perogrullesca razón de haber dejado de existir como norma positiva. Revivirla jurisprudencialmente como se pretendió, no es ejercer control de constitucionalidad en la forma exigida por la Carta, sino

legislar y ésto no es función que le incumbe a ningún juez en un Estado Social y Democrático de Derecho, como es el nuestro, donde la propia Constitución dispone categóricamente: «Los Jueces en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley» (art. 230);

c) No escapa a la Corte Suprema de Justicia, como en su momento tuvo ocasión de manifestarlo al abstenerse de inaplicar la norma por la vía de la excepción de inconstitucionalidad que se le propuso (Auto dic. 14/92, M.P. Dr. Calvete Rangel y la de Ag.9/95, M.P.Dr.Páez V.), la inquietud sobre la congestión abrumadora para el Fiscal General que implica tal medida de inconstitucionalidad, como también seguramente la tuvo el legislador cuando expidió la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, al consagrar en el inciso segundo del artículo 23 la facultad de delegar de dicho funcionario aún cuando con el condicionamiento de serlo «bajo su responsabilidad», norma que igualmente en su sabiduría declaró inexequible la Corte Constitucional en la sentencia de febrero 5 de 1996 (C-037), con lo cual ha de afirmarse sin lugar a la menor duda la inexistencia de precepto alguno sobre este particular, distinto desde luego al artículo 17 de la Ley 81 de 1993, subrogatorio del artículo 121 del C. de P.P., tal como quedó después de la sentencia de la Corte Constitucional C472 de octubre 20 de 1994, cuyo claro e inequívoco contenido es del siguiente tenor: Corresponde al Fiscal General de la Nación: 1. Investigar, calificar y acusar, si a ello hubiere lugar, directamente a los altos funcionarios que gocen de fuero constitucional con las excepciones previstas en la Constitución»;

d) En cuanto al alcance jurisprudencial de la facultad comisoria señalada en las normas pertinentes del Código de Procedimiento (art.82 incisos 4 y 5 del C.P.P.) cuya fijación por vía de interpretación, dicho sea de paso, le corresponde exclusivamente a la Corte Suprema de Justicia por ser el órgano máximo de la jurisdicción ordinaria, debe la Sala recordar que de ese aspecto ya se ha ocupado de antaño esta Corporación al referirse a normas similares. En efecto, en providencia de mayo 29 de 1971, ratificada en lo esencial por la de noviembre 7 de 1972, dijo la Corte concretamente sobre el fuero para investigar y juzgar lo siguiente que aún hoy resulta inmodificable: «... el fuero obliga a que las decisiones fundamentales para los fines del proceso deban ser tomadas por el funcionario a quien la ley ha señalado como juzgador en razón de la calidad del acusado, y que si esa función se delega en otros de inferior categoría, se contrarían las razones que hay para amparar a aquél con el fuero porque se está sacando el juzgamiento de manos de quienes la ley considera que ofrecen mayores garantías tanto para el acusado como para la justicia» (G.J.CLV. N-2398 bis pág.443); y en sentencia de mayo 13 de 1976 con ponencia del Magistrado Mario Alario Di Filippo dijo, en

relación al objeto de la comisión: « ...el acto de inicio de la investigación y otras actuaciones dentro del proceso penal -son decisiones jurisdiccionales privativas de la competencia propia o, restringida, esto es, de la originada directamente en la Ley, pudiéndose comisionar para la práctica de pruebas, así como para diligencias que no impliquen resoluciones de contenido jurisdiccional». (G.J. CLII N-2393 enero a dic. 1976 pág.225). Este criterio fue reafirmado en providencia de febrero 21 de 1995, ya en vigencia del sistema acusatorio, al sostener : « ...ciertas actuaciones procesales sí pueden ser cumplidas por los Fiscales Delegados ante la Corte Suprema de Justicia, pero sólo a título de comisión y no de delegación y en cuanto a la esencia de la comisión misma adoló: «la comisión es una orden específica, definida y no genérica, circunscrita en un proceso determinado para la práctica de diligencias que un funcionario judicial le da a otro, cuando las circunstancias así lo ameriten, puntualizando los aspectos que se deben desarrollar, sin que al comisionado le sea permitido adoptar decisiones de fondo relacionadas con los objetivos de la acción penal. Esto significa que el comitente bajo ningún aspecto se despoja de su atribución constitucional o legal y el comisionado simplemente se convierte en su instrumento para cumplir con el deber oficial».

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santa Fe de Bogotá D.C., julio (25) veinticinco de mil novecientos noventa y seis (1996).

Magistrado Ponente: Dr. *Didimo Páez Velandia*

Proceso No. 11738

(Texto completo no se publica, por ser reserva del sumario)

FISCAL GENERAL DE LA NACION/ FISCAL DELEGADO ANTE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA- Delegación (Aclaración de Voto)

No entiendo cómo se entra a interpretar, para decidir si se acata o no, una sentencia de inexequibilidad emanada del ente encargado de la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución (art. 241 C.N.), menos cuando la precisión que se desdeña está explícita en la parte resolutiva de un fallo que por ser cosa juzgada constitucional es de imperativa observancia y rige erga omnes (arts. 243 C.N. y 48 Ley 270 de 1996); porque con el mismo celo con que la Sala reivindica para sí la innegable condición de máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria (art. 234 C.N.), hay que reconocer que en punto a temas sobre el mantenimiento o retiro del universo jurídico de normas que puedan estar en contradicción con la Carta Política, así como en materia de validez restringida o de aplicación condicionada de las mismas, tampoco la Corte Constitucional puede reconocer contradictores o intérpretes que hagan nugatorias sus decisiones autónomas y soberanas.

Considerar la advertencia de que «el fiscal general de la Nación podrá comisionar a los fiscales delegados ante la Corte Suprema de Justicia para la práctica de todas las actuaciones procesales distintas a la calificación y a las subsecuentes de formular acusación o abstenerse de hacerlo», hecha tanto en la parte motiva como en la resolutiva del fallo, como una 49 sugerencia» sin poder vinculante que de contera está en contravía de la esencia misma de la decisión, equivale a desconocer el alcance y verdadero contenido de la sentencia de constitucionalidad por el prurito de que, en lo pertinente, no está concebida en los términos que el intérprete hubiera utilizado para decir lo mismo.

Aclaración de voto: Dr. JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO

FISCAL GENERAL DE LA NACION / FISCAL DELEGADO ANTE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA- Delegación (Aclaración de Voto)

Baste con expresar ahora que sigo convencido de que el Fiscal General está facultado, en el desarrollo de estas acciones penales que

inducen la investigación y eventual acusación de «ellos funcionarios que gocen de fuero constitucional», para comisionar específicamente -que no delegar- a sus funcionarios del nivel definido, la realización de labores determinadas, así sea genéricamente en cada asunto, con excepción de proferir resolución de acusación o de preclusión.

Aclaración de voto: Dr. NILSON PINILLA PINILLA

FISCAL GENERAL DE LA NACION/ FISCAL DELEGADO ANTE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA- Delegación
(Salvamento de Voto)

Cuando se afirma en la "decisión de mayoría qué debió haber hecho el Juez de Constitucionalidad, o cómo debió haber procedido (declarar la norma exequible con una restricción interpretativa), para a renglón seguido sostener que "revivirla (la norma declarada inexequible) jurisprudencialmente no es ejercer control de constitucionalidad en la forma exigida por la Carta, sino legislar", se está haciendo precisamente lo que se critica, esto es, se asume por la Sala el papel de Juez de Constitucionalidad y se niega a éste el ejercicio del poder-deber de definir qué es la Constitución, pues es éste y no la Sala Penal de la Corte, el que está autorizado por la Carta para fijar el alcance de la ley en términos que sea compatible con la Constitución.

Puede ser que a algunos les parezca exótica esta especie de inconstitucionalidad condicionada, pero con todo y eso, el hecho es que la Carta no la prohíbe y, como se ha visto, acá de lo que se trataba era de definir hasta dónde podía llegar el Fiscal General en el ejercicio de su función investigadora que fue lo que definió el Juzgador de Constitucionalidad y que ahora se empeña en desconocer la Sala.

Parece que la Sala confunde el acto de legislar con el reconocimiento de que de alguna manera, el Juez es creador de Derecho. Llama legislar a la creación de derecho y por esa confusión es que se niega a aceptar que la función de juzgar la constitucionalidad de una norma es un acto creador de Derecho que tiene fundamento en la Constitución misma. A mí no me produce tanto escozor y por eso lo puedo aceptar. Como acepto que el Congreso haga leyes, o pueda modificar la Constitución, o que ello se pueda hacer con la intervención o participación, o a iniciativa del pueblo mismo.

En cuanto toca con el alcance que se da al término comisionar para deducir que las comisiones no se conciben sino en los términos en que los actos de comisión están previstos en el C.P.P. tampoco convengo con la Sala. En efecto, si como lo tiene reconocido la doctrina

Constitucional hoy por hoy no se discute el carácter normativo de la Carta, y si ello implica que la Constitución proyecta sus mandatos sobre el derecho positivo para integrar vacíos legales, para determinar sus contenidos o para condicionar su aplicación, es apenas natural que se sostenga, como lo he creído, que el concepto de comisión a que aludía la Corte Constitucional en la sentencia tantas veces mencionada no es el mismo contemplado en la ley procedimental sino otro, cuya fuente formal y fundamento están en la propia Carta y en la decisión de inexequibilidad. Por eso sus reglas están más allá del Código e implican también un mayor poder de cesión de las facultades investigativas del Fiscal General, hasta el punto que es perfectamente factible, constitucional y necesario, que por esa vía se autorice a los Fiscales Delegados la toma de las decisiones que van implícitas en la actuación previa e investigativa, con la única limitante de la calificación en cualquiera de las dos maneras de hacerlo: acusando o precluyendo.

Salvamento de voto: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar

TRAFICO DE INFLUENCIAS PARA OBTENER FAVOR DE EMPLEADO OFICIAL

El que invocando influencias reales o simuladas, reciba, haga dar o prometer para sí o para un tercero, dinero o dádiva, con el fin de obtener favor de un empleado que esté conociendo o haya de conocer de un asunto, o de algún testigo, incurrirá en...".

Es fácil apreciar que en esta figura delictiva existe una pluralidad de sujetos, así: el instigador o patrocinador que es quien se atribuye influencias reales o simuladas ante el empleado oficial o el testigo, según el caso, y el instigado o patrocinado, quien, ante la instigación, la acepta y por ende, otorga o promete dar para el primero o para un tercero, dinero o dádiva.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá D.C., veinticinco (25) de julio de mil novecientos noventa y seis (1996)

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos Augusto Gálvez Argote*

Aprobado: Acta No.110

Proceso No. 11571.

VISTOS

Se pronuncia la Corte sobre la procedencia de proferir resolución inhibitoria, dentro del presente expediente en el que es imputado el parlamentario Julio Mesías Mora Acosta y denunciante Miguel Angel Muriel Silva.

ANTECEDENTES

1. El aquí denunciante, el 30 de junio de 1993, se hizo presente ante la Mesa Directiva de la Cámara de Representantes, con el fin de tomar posesión como miembro de ésta por la circunscripción electoral del Departamento del Putumayo. Para tales efectos exhibió y adjuntó un documento contentivo de la renuncia escrita, sin autenticar, de quien era el Congresal titular, Dr. Julio Mesías Mora Acosta. A Miguel Angel Muriel Silva se le dio, entonces, posesión, firmando la correspondiente acta el Presidente de la Corporación, su primero y segundo Vicepresidente y el Secretario.

Mora Acosta, el 1o. de julio de 1993, dirigió un memorial al Presidente de la Cámara, haciéndole saber que el documento presentado sobre su renuncia, era espurio y solicitando, en consecuencia, la anulación de los actos administrativos que, por él, se habían producido.

Mediante inspección judicial se constató la existencia de una carta fechada el 29 de junio de 1993 y remitida por el imputado al Secretario General de la Cámara, donde manifiesta que "no existe compromiso alguno con mi segundo renglón Dr. Miguel Angel Muriel Silva para dejarlo asistir a la honorable Corporación", lo que ha sido la razón alegada por éste para fundamentar la renuncia de Mora Acosta.

El mismo primero de julio de 1993, el Presidente de la Cámara le ordena al Secretario General que no lleve a registro como Representante a la Cámara a Muriel Silva. Y, por Resolución No. 368 del 7 de julio de 1993, se dispone "no dar trámite a la posesión", hasta tanto el Dr. Mora Acosta haga presentación autenticada de su renuncia.

Muriel Silva, fundamentado en estos hechos, instauró una acción de tutela que correspondió al Juzgado Civil del Circuito de esta ciudad, autoridad ésta que por sentencia de julio 26 de 1993, la denegó. Se interpuso por el apoderado del actor apelación; pero, posteriormente se desistió del recurso, y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, por auto de septiembre 6 del citado año, admitió el desistimiento,ordenando que las diligencias se regresaran al Juzgado de origen, donde por auto del 17 del mismo mes y año se dispuso el envío del expediente a la Corte Constitucional, Corporación ésta que al considerar que el Tribunal no debió aceptar el desistimiento ordenó que le fuera devuelto.

El Tribunal, en Sala mayoritaria, el 13 de abril de 1994, confirmó el fallo impugnado, disponiendo, además, que se investigaran los hechos administrativos que motivaron la tutela. La Corte Constitucional, según sentencia No. 294 de junio 28 de 1994, M.P.Dr. Alejandro Martínez Caballero, revocó la sentencia dictada por el Tribunal y, por ende, la proferida en primera instancia por el Juzgado Sexto Civil del Circuito. Ordenó, además, que, en el término de 48 horas, se incorporara a Miguel Angel Muriel Silva en la lista de representantes a la Cámara y "a registro su inscripción".

2. Asegurando que la sentencia de la Corte Constitucional fundamenta su denuncia, Muriel Silva incriminó a Julio Mesías Mora Acosta de haber incurrido en los delitos de prevaricato por asesoramiento ilegal, tráfico de influencias, violación de derechos políticos, enriquecimiento ilícito, concusión, fraude procesal, calumnia e injuria, y, además, los únicos que no desprenden de la acción de tutela fallada en su favor, cuales son los de concierto para delinquir, terrorismo e instigación.

Por auto de abril doce (12) del año en curso, el despacho dispuso asumir el conocimiento de los tres primeros delitos a que se acaba de hacer mención, en el entendimiento de que, de unos mismos hechos, Miguel Angel Muriel Silva había desprendido tales ilicitudes.

CONSIDERACIONES

1. Resulta innegable que esta Corporación es competente para investigar y juzgar a Julio Mesías Mora Acosta, pues se encuentra cabalmente acreditado que fue elegido Representante a la Cámara por la circunscripción electoral del Putumayo, para el período constitucional de 1994-1998, habiendo tomado posesión el 20 de julio del primero de los indicados años.

2. Así sustentó, en su denuncia, Miguel Angel Muriel Silva los presuntos delitos de prevaricato por asesoramiento ilegal, tráfico de influencias y la violación de derechos políticos:

"Mora Acosta cometió los delitos del 151 del Código Penal Colombiano. La Corte Constitucional Dijo/ / /..."Como esto nada ocurrió en el caso de Miguel Angel Muriel Silva, resulta la violación del artículo 29 de la C. Política que estableció el debido proceso y tiene razón la petición de amparar, enfocado como mecanismo transitorio dado que el derecho a ocupar una curul es limitado en el tiempo y puede hablarse de perjuicio irreparable si hubiere que esperar a la decisión de la jurisdicción contencioso administrativo'...Ejercicio del Poder Político la Corte Agregó: 'El artículo 40 de la Carta establece el derecho fundamental de todo ciudadano a participar en la conformación y control político...En desarrollo de este derecho está la facultad de elegir y ser elegido ...Si un ciudadano figura en lista electoral en renglón que le posibilita el acceso a una Corporación Pública en caso de renuncia del titular, y ésta circunstancia ocurre, y se sienta la posesión, entonces la expectativa se convierte en realidad. En este instante surge un derecho de aplicación inmediata que no requiere desarrollo legal (art. 85 Const., Política) y que hay que respetarla. La Corte ha dicho, (agregó la Corte...' 'El derecho específico de cargos y funciones públicas merece protección, a la luz de la Constitución Colombiana, no únicamente por lo que significa en sí mismo sino lo que representa, al tenor del artículo 40, como medio encaminado a lograr la efectividad de otro derecho político, cual es el de participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, a objeto de realizar la vigencia material de la democracia participativa.' '... 'si ello es así, tal protección puede ser reclamada, en casos concretos, mediante el uso de mecanismos de la acción de tutela, concebida precisamente como medio idóneo para asegurar que los derechos trasciendan del plano de la ilusión a la realidad'... Al violar el artículo 151 del Código Penal Colombiano, el señor Julio Mora Acosta también violó el artículo 293 de la misma norma al maniobrar engañosa-

mente perturbó e impidió el ejercicio de mis derechos políticos como lo ha manifestado la Honorable Corte Constitucional. El señor Julio Mesías Mora Acosta es miembro de una Corporación Política como es la Cámara de Representantes, incurriendo en la pérdida del empleo más el arresto establecido en nuestra norma (art. 293 y 63 del C. Penal Colombiano)." *Transcripción Textual-*

Bajo el título "Violaciones Taxativas Y Plenamente Comprobadas", el denunciante Muriel Silva, también señala: "...Art. 183 Numeral 5 debidamente comprobado al cometer el delito de Prevaricato por asesoramiento ilegal. el señor Julio Mesías Mora Acosta invocó influencias reales simuladas para recibir para sí dádiva con el fin de obtener favores del Señor Presidente de la Cámara de ese entonces Dr. César Pérez García, delitos comprobados en la tutela (T. 22865) Sentencia 294 de 1994 ...".

3. En la ampliación de denuncia, al ser concretado Muriel Silva, en su condición de abogado, de por qué consideraba que se perfeccionaba el delito de prevaricato por asesoramiento ilegal. CONTESTO: "En este proceso está demostrado que Julio Mora Acosta es un empleado público en su calidad de Representante a la Cámara; al enviar sus oficios a la Mesa Directiva para que actúe declarando nula mi posesión como así lo obtuvo, y reza el artículo 151 (lo transcribe)... Tengo entendido que con su memorial asesoró a la Cámara porque ésta en su resolución manifestó que por petición del Dr. Mora Acosta se produciría esta resolución, su objetivo lo logró pues su asesoramiento era ilegal porque no era como lo manifestaba que las cosas se deshacían como se habían hecho, mas no le dijo que debía demandarse ante el Contencioso Administrativo para la nulidad del acto de mi posesión. Es necesario añadir que la Corte Constitucional anuló lo actuado por la Cámara de Representantes y por supuesto la asesoría del Dr. Mora."

Pues bien, recuérdese que, enterado el parlamentario Julio Mesías Mora Acosta de que Muriel Silva había presentado un documento en el que lo colocaba renunciando al cargo, presentó dos memoriales, uno dirigido al Presidente de la Cámara, manifestándole que tal escrito era espurio y demandando la anulación de los actos administrativos que, por su presentación, se habían proferido; y, el otro, al Secretario General de la Corporación, enterándolo de que no existía ningún acuerdo con aquél para dejarlo asistir, en su condición de "segundo renglón", en su reemplazo.

La conducta que, con tales escritos, se concretiza, es la que el denunciante entiende constitutiva de varios delitos y, entre ellos, el de prevaricato por asesoramiento ilegal. Y basta para rebatir su aserto con replicarle que Julio Mesías Mora Acosta no estaba asesorando, aconsejando o patrocinando (los tres verbos rectores de este tipo compuesto alternativo) a nadie, pues sólo atendía a lo suyo, y el tipo penal de que se trata (artículo 151 del Código Penal), exige de un tercero que "gestione cualquier asunto" en el despacho del empleado oficial. Se trata, pues, además, de un caso

sometido a la decisión del sujeto agente, lo que aquí tampoco se da por parte alguna.

Así las cosas, de todos los elementos integradores del tipo penal, ni siquiera, con propiedad, el de empleado oficial se configuraba, ya que, para cuando presentó los susodichos escritos, su renuncia le había sido aceptada, y por tanto, así el acto de la posesión de Silva Muriel, posteriormente, se hubiera dejado sin efectos legales; lo innegable es que no fungía como tal para cuando realizó la conducta que se predica por el denunciante de hecho punible.

4. La violación delictiva de sus derechos políticos, la concreta el denunciante, en la diligencia de ampliación, así:

"...la Corte Constitucional en su parte de los considerandos analizó que en realidad se me habían violado los derechos políticos al no dejárseme desempeñar el cargo de Representante a la Cámara al cual me había posesionado pues yo era el segundo renglón estaba legalmente posesionado y esta posesión no había sido anulada pues mi expectativa de Representante se convirtió en realidad pero por las maniobras engañosas del Dr. MORA consiguió que se me obstaculizara este derecho a ejercer mis derechos políticos como lo manifestó la Corte...".

Y luego de citar el artículo 293 del Código Penal, concluye: "El Dr. Mora es un empleado oficial en su calidad de Representante a la Cámara, con sus documentos obtuvo la resolución fraudulenta que no me dejó ejercer mis derechos políticos durante todo ese año de junio del 93 a julio del 94. Por disposición de la Corte Constitucional ejercí el cargo de Representante a la Cámara por dos días no más y no pude ejercer mis derechos políticos retroactivamente... ".

5. Esta Corporación conoció [proceso Rad. No. 8734, M.P. Dr. Ricardo Calvete Rangel] de los presuntos delitos de fraude procesal y falso testimonio imputados a Julio Mesías Mora Acosta por hechos que tenían que ver con su actuación a raíz de la presentación de su renuncia como Congresal por Muriel Silva y con la posesión y la suspensión posterior de sus efectos. Así se fundamentó la resolución inhibitoria que allí se dictó, en lo pertinente:

"...*En primer lugar como ya se ha dicho, está plenamente acreditado: no sólo con las copias del oficio, sino con las declaraciones de las empleadas de la Cámara, Carmen Doris Yáñez de Pérez y María Elena Ricardo Perdomo que el denunciado manifestó por escrito del 29 de junio de 1993 que no era su intención retirarse del Congreso, y agregó que cualquier decisión en ese sentido la presentaría de manera únicamente personal. Y le asistía pleno derecho para hacer esa manifestación, pues la renuncia era una determinación de su exclusivo arbitrio, y aun en el evento de que el compromiso inicialmente adquirido conservara vigencia y que el documento no fuera*

falso, nadie podía contra su voluntad entregar una carta de renuncia que él no quería que llegara a su destinatario.

"Si el Dr. Muriel Silva estimaba que se le había incumplido un compromiso válidamente pactado, ha debido acudir a las autoridades para que ellas determinaran las consecuencias que podían derivarse de esa situación, pero de ninguna manera podía entregar una renuncia que su signatario no autorizaba, y mucho menos si el escrito no correspondía a la verdad como lo asegura el denunciado y lo habrá de definir la autoridad que conoce de esa investigación.

"De manera que con la carta de julio 1o. de 1993 no se indujo en error a la Mesa Directiva de la Cámara, simplemente se le advirtió que al dar posesión al Dr. Miguel Angel Muriel estaba obrando desatinadamente, porque con una renuncia cuya firma no estaba autenticada, entregada por un tercero, había desconocido la voluntad del titular de la curul y lo estaba relevando de su cargo.

"Si la Mesa Directiva pasó de un error a otro al querer corregir el primero con una Resolución que en la revisión de la tutela resulta a juicio de la Corte Constitucional equivocada (porque al ya haber dado posesión al reemplazo del Dr. Mora Acosta no podía con dicha resolución desconocerle los efectos que ese acto administrativo generaba, sino que el camino indicado era acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa para su suspensión o anulación), esa falla no es imputable al aquí sindicado, ni puede decirse que utilizó algún medio fraudulento para lograr ese pronunciamiento. Esta misma consideración es aplicable a la comunicación emitada por el Presidente de la Cámara al Secretario General suspendiendo los efectos de la posesión ...".

Basta leer el tipo penal en el que el denunciante busca subsumir los mismos hechos que ya ubicó en otra hipótesis delictiva, para que se vea su imposibilidad de configuración. Lo primero, apréciese que el artículo 293 del Código Penal exige que la violación de los derechos políticos se dé "mediante violencia o maniobra engañosa", y en el evento sub-examine es patente que Mora Acosta nunca recurrió a la fuerza para defender lo que entendió era una vulneración de sus derechos. En cuanto a la utilización de ardides o maniobras fraudulentas, ya esta Sala en la providencia citada dejó claramente establecido y nada obra aún que enerve o derruya lo allí expuesto- que éstas no se dieron.

La atipicidad de la conducta, con referencia al tipo plasmado en el artículo 293 del Código Penal, es manifiesta.

6. Y el otro delito en el que, además, el denunciante se empeña -desde luego, sin ningún respeto por el principio del *non bis in idem*- en subsumir los mismos hechos, es el de tráfico de influencias, al que, en su ampliación de denuncia, se refiere, así: Mora Acosta "obtuvo el favor del señor

Presidente de la Cámara primero con una nota y posteriormente con una resolución de la Mesa Directiva...Lo hemos comprobado que real o simuladamente en ese instante que firmó las cartas utilizó la investidura de Representante a la Cámara, cartas que surtieron efecto ante el funcionario que conocía del asunto y que amularon mi posesión fraudulentamente y obtuvo un beneficio el cual eran los salarios en dinero más treinta y cinco salarios mínimos disponibles para nombrar discrecionalmente funcionarios."

Así tipificaba penalmente el artículo 147 del Código Penal el "Tráfico de influencias para obtener favor de empleado oficial o testigo. El que invocando influencias reales o simuladas, reciba, haga dar o prometer para sí o para un tercero, dinero o dádiva, con el fin de obtener favor de un empleado que esté conociendo o haya de conocer de un asunto, o de algún testigo, incurrirá en...".

Es fácil apreciar que en esta figura delictiva existe una pluralidad de sujetos, así: el instigador o patrocinador que es quien se atribuye influencias reales o simuladas ante el empleado oficial o el testigo, según el caso, y el instigado o patrocinado, quien, ante la instigación, la acepta y por ende, otorga o promete dar para el primero o para un tercero, dinero o dádiva.

Y muy sucintamente, dígase que, en el caso a estudio, ninguno de estos personajes existió. El sicofante o vendedor de humos, no, por cuanto Mora Acosta no engañó a nadie haciéndole creer que tenía influencias reales o simuladas ante el Presidente de la Cámara o ante la Mesa Directiva de la Institución. Y esto mismo, consecuentemente, comporta que nadie tampoco fue víctima de ardid o maniobra engañosa. Dicho de otro modo, ninguna persona ofreció 'humo', y ninguna otra lo aceptó o compró.

Si los elementos integradores del tipo de que se trata no aparecen por parte alguna, deviene en imperativa la inexistencia del delito imputado.

Demostrado como se encuentra que la conducta aquí examinada de Mora Acosta es atípica, con referencia a cualquiera de los tres ilícitos en que busca, al propio tiempo, ubicarlos el denunciante, no queda alternativa distinta a cobijarlo con resolución inhibitoria, ya que, de otra parte, aquélla tampoco se adecua a otro tipo penal.

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

RESUELVE:

DECLARAR que no hay lugar a apertura de sumario contra Julio Mesías Mora Acosta, según denuncia de Miguel Angel Muriel Silva, por los delitos

de prevaricato por asesoramiento ilegal, violación de derechos políticos y tráfico de influencias.

Notifíquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

PENA/SECUESTRO/CIRCUNSTANCIAS ESPECIFICAS DE AGRAVACION PUNITIVA

Basta leer la enunciación de aquel cuerpo normativo (Ley 40 de 1993) para entender que la materia de la cual se ocupa no se refiere con exclusividad al tema del secuestro sino a "dictar otras disposiciones", que como ocurre con las de los artículos 29 y 30 sobre los cuales se discute, siguen dentro del mismo ámbito de la legislación penal y del ajuste de sanciones. Por eso de la advertencia preliminar se pasa consecutivamente en el epígrafe del Capítulo VI al tema del "aumento de penas", para armonizar la drástica que le imprime al delito de secuestro con el esquema básico del Código Penal, en el cual modifica coherentemente sus artículos 28 y 44 para elevar del tope de la prisión a un máximo de 60 años, y referirse luego al ..."artículo 323 del Decreto-ley 100 de 1980, Código Penal..." para modificarlo expresamente ("quedará así", se lee en el texto) con lo que introduce una reforma sustancial de ese presepto en cuanto a la sanción, y enseguida de los artículos 324 y 355, textos cuya claridad no autoriza al intérprete para que inserte ni su extensión ni su limitación bajo el pretexto de hallarles su sentido.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D.C., veinticinco (25) de julio de mil novecientos noventa y seis (1996).

Magistrado Ponente: Dr. *Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado Acta número 110.

Proceso No. 10673.

VISTOS

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el Procurador 64 en lo Judicial para asuntos penales de la ciudad de Cali, contra la sentencia de fecha 15 de noviembre de 1994, proferida por el Tribunal Superior de ese Distrito Judicial, mediante la cual impartió confirmación a la condena que por los delitos de homicidio agravado, hurto calificado y

agravado y porte ilegal de armas, emitiera el Juzgado 15 Penal del Circuito de la misma ciudad en contra del procesado Franklyn Valdés Vargas, pero modificando la pena principal impuesta para tasarla en 23 años y 20 días de prisión. La sentencia también impuso la pena interdictiva de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal y la condenación al pago de los perjuicios, materiales y morales ocasionados con la infracción, a la vez que declaró la improcedencia del subrogado de la condena de ejecución condicional. El condenado expresó también su voluntad de recurrir en casación, pero al no presentar en tiempo la demanda, su recurso se declaró desierto.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

1. En el Centro de Atención Local Inmediata del barrio El Poblado (C.A.L.I.-13) de la ciudad de Cali, el 24 de agosto de 1993 tres individuos asaltaron la oficina de Cooperadores, ocasionando la muerte del Agente de la Policía Nacional Alberto Arroyo Jaraba quien prestaba servicio de vigilancia en el lugar, hurtaron el arma de dotación de la víctima y la suma de $2.325.048.00.

El 26 de agosto siguiente, la Policía Metropolitana de Santiago de Cali, SIJIM, puso a disposición del jefe de la Unidad Investigativa Regional de Policía Judicial, en calidad de retenidos a:

Morvin Lenis Vargas, a quien se le decomisó el arma de fuego Smith & Wesson, 32 Largo, número AEN-1838, una caja de munición, una chapuza verde y la suma de $118.000.00.

Adner Duque Henao, en cuyo poder se decomisó la suma de $255.000.00 que ocultaba debajo de un colchón.

Franklyn Valdés Vargas, "al cual se le encontró la suma de treinta y ocho mil seiscientos pesos ($38.600.00), una factura del 25 de agosto de 1993, de almacén Joyería oriental, por un valor de doscientos catorce mil pesos ($214.000.oo), discriminado en joyas, las cuales portaba el individuo en el momento de su retención, en el transcurso de la investigación se logró establecer que fue la persona encargada de guardar el arma que le había sido hurtada al Agente de la Policía en el atraco al Cali número 13, arma que le fue encontrada al señor Joaquín Delgado, C.C. número 12.234.995 de Pitalito (Huila). Como también se pudo establecer que Franklyn Valdés Vargas, utilizó para cometer el atraco el revólver Smith & Wesson... de propiedad del señor Daniel Avila, sin salvoconducto..."

Joaquín Delgado, quien detentaba el arma sustraída al Agente ultimado en el asalto, y

Gersson Yahir González, empleado de "Cooperadores".

2. La Jefatura de Unidad Investigativa de la Policía Nacional recepcionó exposición libre y espontánea a los retenidos, por encontrarla "necesaria

dentro de la investigación que se adelanta", pero sin que se les designara defensor para el acto, disponiendo la apertura de indagación preliminar por "Homicidio en persona cualificada". Al tiempo que elaboró las actas sobre derechos del capturado y repitió las versiones libres y espontáneas con la asistencia del Procurador Judicial Delegado en lo Penal y de un abogado titulado en calidad de defensor.

La Fiscalía Regional Delegada ante la Unidad Investigativa de Policía Judicial MECAL de Cali, ordenó el 27 de agosto de 1993 la apertura de la instrucción, recepcionó las injuradas con asistencia de abogado y resolvió por auto de septiembre 6 del mismo año la situación jurídica de los indagados imponiendo medida de aseguramiento de detención preventiva a Franklin Valdés, Abner Duque Henao y Morvin Lenin Vargas como presuntos autores de los delitos de homicidio y hurto, a Gerson Yair González como cómplice del hurto, y a Joaquín Delgado por encubrimiento.

El 30 de septiembre de 1993 pasó el asunto al Despacho una vez notificada y ejecutoriada la providencia que resolvió la situación jurídica con escrito de constitución de parte civil, otro de uno de los defensores sobre cambio de competencia, petición de pruebas formulada por el Procurador Judicial, y otro más -también de petición de pruebas- de uno de los defensores, y un memorial proponiendo sentencia anticipada suscrito por el defensor de Valdés Vargas, coadyuvada por éste.

El 12 de octubre se pronunció el Despacho ordenando la práctica de algunas pruebas, disponiendo en relación a la solicitud de terminación anticipada del proceso esperar el allegamiento de algunos medios probatorios ya ordenados, y por auto separado admitió la constitución de parte civil.

El 21 de diciembre de 1993, se adicionó el auto de detención para incorporar el tipo previsto en el artículo 1° del Decreto 3664 de 1986, y adelantada regularmente la etapa instructiva con el aporte de un buen caudal de pruebas, se señaló para el 31 de enero de 1994 "la diligencia del artículo 37 o 37A según el reo lo indique".

En la fecha prevista se celebró la audiencia especial en donde el acusado Valdés Vargas Acepta los Cargos que allí se le concretan, consignando expresamente que el "*...Homicidio en persona calificada (agente de la Policía Nacional) comportamiento típico previsto en el Código Penal Artículo 323 y agravación policía se corrige punitiva del 324 numerales 2-7 y 8 haciendo la aclaración en este momento que es la norma vigente al momento de la comisión de los hechos, la Ley 40 de 1993 enero 196, aplicable en defecto del decreto 27 del 90 artículos 6 y 8 en cuanto a la calificación del sujeto pasivo dado que la norma del 27 90 y de la Ley 40 agravan la pena cuando se refiere al homicidio a un miembro de la fuerza pública en uso de la función y del cargo y como para el 24 de agosto del 93 ya estaba vigente la modificación de la Ley 40 esa es la disposición a tener en cuenta para Franklin y los demás coautores, modificándose en esta acta la situación*

jurídica para este hecho. Lo anterior va en concurso según el artículo 26 del Código Penal con los punibles de hurto a Cooperadores y del arma de dotación oficial...".

Con base en esta diligencia, el 24 de febrero de 1994 se dictó fallo de primera instancia por parte del Juzgado Regional de Cali condenando a Franklin Valdés Vargas como autor material de los delitos de homicidio en el Agente de la Policía Nacional Alberto Arroyo como persona cualificada, en concurso con hurto calificado y agravado y porte ilegal de armas y municiones de defensa personal, a la pena principal de treinta (30) años de prisión y decomiso del material incautado, además de la interdicción por tiempo igual al de la pena de prisión y la condena civil consecuente.

Recurrió en apelación el condenado, pero al subir el asunto al Tribunal Nacional, la Corporación se abstuvo de dirimir el objeto de la instancia por "existencia inequívoca de ausencia del factor funcional de competencia", argumentando que "para el momento consumativo de la cadena delictiva... la calificación del agente pasivo no es suficiente para plasmar el propósito terrorista en el *modus factendi* ejecutado por el protagonista activo del concurso delictivo". La ausencia de un propósito terrorista-dijo el Tribunal-, eximía a esa Corporación del conocimiento del asunto, el cual radicaba en la jurisdicción ordinaria, medio para remitir la actuación a los Jueces Penales del Circuito (reparto) de Cali a efectos de que declararan la nulidad, resaltando que la audiencia debió ser realizada por el Fiscal Delegado ante los Jueces del Circuito y no el delegado ante los Jueces Regionales como aquí sucedió. Para fundamentar su inhibición invoca un pronunciamiento de esta Corporación de fecha de 15 de febrero de 1993 donde se cita otro de septiembre 13 de 1988 con ponencia del Magistrado doctor Edgar Saavedra Rojas.

El Juzgado 15 Penal del Circuito de Cali acató la anterior determinación mediante la suya del 15 junio de 1994 invalidando la convocatoria y realización de la audiencia especial, y mediante su reposición, previa la reiterada aceptación de cargos por parte de Valdés Vargas, profirió la nueva sentencia de primera instancia (julio 19 de 1994) para imponer al acusado la pena principal de 20 años 7 meses de prisión por los delitos de homicidio agravado en concurso con hurto calificado y agravado y porte ilegal de armas; la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, la condena al pago de los perjuicios morales y materiales y la negativa de la condena de ejecución condicional.

Por apelación del señor Procurador 64 en lo judicial quien propugnó por una reducción de pena, como también por la iniciativa del procesado, conoció del caso el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali para proferir su sentencia de noviembre 15 próximo anterior y contenido ya indicado.

Contra este fallo se ha interpuesto el recurso extraordinario de casación.

La demanda

El señor Procurador Judicial 64 de Cali sustenta la impugnación con fundamento en la causal primera, cuerpo primero, del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, considerando que en su sentencia el Tribunal violó directamente por inaplicación los artículos 323 y 324-2 del Decreto 100 de 1980, que de haber respetado hubieran llevado a la imposición de una pena no superior a los 10 años, 5 meses y 20 días de prisión, y no a la más gravosa contenida en la decisión que ataca, bajo la indebida aplicación de los artículos 29 y 30 de la Ley 40 de 1993.

El error del *ad quem* sobreviene al estimar que la Ley 40 de 1993 derogó los artículos 323 y 324 del Código Penal, cuando lo cierto es que esta normatividad especial denominada Estatuto Nacional contra el secuestro exclusivamente se refiere a atentados contra la libertad individual y homicidios conexos o consecuentes del secuestro, no a eventos como el aquí resuelto.

Haciendo eco del criterio del tratadista Juan Charry Ureña advierte que cuando la Corte Constitucional revisó la normatividad especial y declaró "Exequibles en los términos de la presente sentencia los artículos 1°, 28, 29, 30 y 31 de la Ley 40 de 1993" fácilmente se advierte que esa colegiatura "parte del delito base y objeto fundamental de la represión como lo es el secuestro, para conocer la denominación que se le dió a la Ley 40 de 1993, Estatuto Nacional contra el secuestro" y que "...no puede dejar duda la sentencia... en cuanto [los] encontró exequibles ...en especial frente al delito de homicidio, por notoria conexidad con el delito de secuestro, es decir, que es una verdad de perogrullo, pues de lo contrario, esa falta de unidad de materia, o nexo, habría obligado a la Corte a declarar la inexequibilidad para los hechos punibles del homicidio."

"De tal manera –agrega– que, dadas las circunstancias anotadas, con fines de la Ley 40 de 1993, no estaba el legislador en condiciones de derogar los artículos 323 y 324 del Código Penal, Decreto-ley 100 de enero 23 de 1980, sólo le fue posible la modificación de la pena, cuando ese mismo hecho punible se daba en las condiciones propias de la Ley 40 de 1993."

Así, entonces, cuando los juzgadores al dosificar la pena acudieron a los parámetros de la Ley 40 de 1993, incurrieron en violación directa de la ley sustantiva penal por aplicación indebida de sus artículos 29 y 30, y ello amerita casar parcialmente la sentencia atacada, para, como consecuencia, reducir la pena en los términos que propone la demanda.

Concepto del Procurador

Al descorrer traslado del asunto, el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal afirma la improsperidad de la demanda ya que "no admite dubitación alguna, la manifiesta y expresa consagración que el legislador

hizo en el texto de la Ley 40 acerca de la modificación del artículo 323 del Estatuto Penal, el cual no quedó normativamente condicionado en lo absoluto a que su aplicabilidad fuera solamente para los casos en que se cometiera en conexidad con el delito de secuestro."

Concluye que existe una manifiesta ausencia de razón en el motivo de la censura por parte del impugnante y por ello conceptúa que el cargo no debe prosperar.

Considera, sin embargo, el Procurador, que en el proceso asoma una ostensible causal de nulidad por incompetencia del funcionario que conoció de la actuación."...con el preocupante ítem de que quien generó esta nulidad fue la autoridad que por ley tenía asignada la competencia para conocer de este asunto."

Este es su planteamiento: La competencia se asumió desde el primer momento y como era lo propio por la justicia regional, llegando válidamente hasta la sentencia aprobatoria de la audiencia de sentencia anticipada, puesto que los hechos comprendieron la muerte del Agente de la Policía Alberto Arroyo Jaraba, quien prestaba sus servicios en el C.A.L.I. N° 13 asaltado, quien para entonces se encontraba en ejercicio de funciones. No obstante, el Tribunal Nacional "en una sorprendente y equivocada decisión se abstuvo de decidir considerándose incompetente aduciendo que la cualificación del agente pasivo no es suficiente para plasmar el propósito terrorista en el *modus fasciendi* ejecutado por el protagonista activo del concurso delictivo."

Creyó el Tribunal Nacional –conceptúa el Procurador Delegado– reforzar su *sui generis* argumentó "invocando en forma parcial y fuera de contexto una sentencia de febrero 18 de 1993" que analiza el delito de amenazas personales a que se refiere el Decreto 180 de 1988 en cuyos tipos penales se estableció un paralelismo normativo con el ingrediente subjetivo de la finalidad terrorista, sentencia dictada a raíz de la gran confusión en torno a los tipos creados en el citado Decreto 180, "en medio de una realidad nacional y jurídica virtualmente diferente a la que se presentaba tanto en el momento en que se sucedieron los hechos, como a la fecha en qúe el Tribunal Nacional se abstuvo de desatar la segunda instancia, por incompetencia" "El homicidio cometido en funcionario de estado –continúa–, concretamente, miembro de la fuerza pública, cuando se comete 'por causa o por motivo de sus cargos o dignidades o por razón del ejercicio de sus funciones' desde que se creó la justicia regional en 1990, nunca ha dejado de ser un delito de su competencia."

Si se tiene en cuenta que los hechos sucedieron el 24 de agosto de 1993, en vigencia de la Ley 40 del mismo año, cuyo artículo 30-8 modificó el 324 del C. Penal, para acabar con el paralelismo existente entonces en torno al homicidio por la vigencia de varias modalidades autónomas tales como los Decretos 180 de 1988, 2790 de 1990 y 99 de 1991, de manera que la competencia indudablemente correspondía a la justicia regional.

Así, entonces, y sin que asista al Tribunal Nacional razón alguna para omitir el conocimiento de la segunda instancia, el vicio de incompetencia habrá de subsanarse a través de la declaratoria de nulidad, casando oficiosamente la sentencia y, si se estima pertinente, disponiendo que en cuanto el Tribunal *ad quem* pudo incurrir en delito de prevaricato, se compulsen las copias pertinentes.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La violación directa de la ley que el casacionista le atribuye a la sentencia de segunda instancia y de la cual deriva su conclusión de inaplicar a eventos como el presente los incrementos punitivos establecidos para los delitos de homicidio y homicidio agravado dentro de la Ley 40 de 1993, parte del presupuesto de haber sido emitido el susodicho estatuto para la exclusiva represión de los delitos de secuestro y extorsión, lo que de entrada restringía el ámbito de aplicación de sus preceptos, idea que considera respaldada porque la parte resolutiva del fallo mediante el cual la Corte Constitucional la dio por exequible, condicionó la unidad de materia dentro del ámbito concreto de la protección de la libertad individual.

En este planteamiento es claro que el demandante no discute ni la vigencia de la citada ley para la época de la ocurrencia de los hechos, ni mucho menos que dentro de las circunstancias en que se cometió el homicidio, estaba aquella que se describe literalmente en el numeral 8° del artículo 30 de ese cuerpo normativo, y que agrava la sanción cuando la infracción recae en la persona de un "miembro de la fuerza pública ...por causa o por motivo de sus cargos o dignidades o por razón del ejercicio de sus funciones".

Sólo que dados esos presupuestos que el casacionista admite, no puede menos que concluirse en la absoluta falta de razón que asiste a su escrito, pues su postura apenas si constituye una opinión carente por entero de razón y fundamento.

Así y para comenzar por la consulta de su contenido literal, basta leer la enunciación de aquel cuerpo normativo para entender que la materia de la cual se ocupa no se refiere con exclusividad al tema del secuestro sino a "dictar otras disposiciones", que como ocurre con las de los artículos 29 y 30 sobre los cuales se discute, siguen dentro del mismo ámbito de la legislación penal y del ajuste de sanciones. Por eso, de la advertencia preliminar se pasa consecutivamente en el epígrafe del Capítulo VI al tema del "Aumento de penas", para armonizar la drástica que le innova al delito de secuestro con el esquema básico del Código de Penal, en el cual modifica coherentemente sus artículos 28 y 44 para elevar el tope de la prisión a un máximo de 60 años, y referirse luego "...artículo 323 del Decreto-ley 100 de 1980, Código Penal..." para modificarlo expresamente ("quedará así", se lee en el texto) con lo que introduce una reforma sus-

tancial de ese precepto en cuanto a la sanción, y enseguida en los artículos 324 y 355, textos cuya claridad no autoriza al intérprete para que intente ni su extensión ni su limitación bajo el pretexto de hallarles su sentido.

Si se recurre a la historia de la adopción de este cuerpo normativo ha de reconocerse que en un principio la iniciativa ingresó al Congreso con el único propósito de regular el delito de secuestro, más en el curso de los debates el inicial proyecto se enriqueció, incluyéndose en su fase final ante el Senado la modificación coherente de los artículos 44, 323, 28 y 355 del Código Penal (cfr. Gaceta del Congreso del 19 de octubre de 1992), y así lo comprendió y acogió la Cámara de Representantes, cuando en la ponencia de los doctores Roberto Camacho, Rodrigo Rivera y Héctor Heli Rojas, se explicó con toda claridad ese criterio extensivo en términos que no permiten dubitación respecto del propósito y necesidad de introducir otras modificaciones al Código Penal. Así se lee, en efecto, dentro del texto divulgado en la Gaceta del Congreso de 18 de noviembre de 1992:

"*En el curso de la segunda discusión que esta iniciativa ha tenido en el Senado se planteó, no sin razón, que no podría tratarse punitivamente la conducta del secuestro con mayor severidad que la del homicidio. Ello condujo a que se adoptaran decisiones legislativas, agravando también las penas para el homicidio que mantuvieran principios universales de la "dosimetría penal"*.

Es cierto que allí mismo anunciaron los ponentes que no habían logrado un acuerdo sobre el *quantum* de las penas, por lo que proponían votar por separado ese aspecto, pero como bien puede verse del texto último que resultó aprobado, la norma legal asomó aún más coherente y enriquecida, como se ve, diferenciando todavía la situación y pena para el homicidio simple y el agravado.

Pero si todavía quisiese recurrirse a una interpretación sistemática del precepto, pronto se observa que en el texto del artículo 324, bajo la modificación allí introducida, se enuncia toda una gama dispar de causas bajo las cuales puede agravarse la comisión del hecho, sin que las unas dependan de las otras ni mucho menos las excluyan, presentación que explica y autoriza el severo incremento punitivo que al impugnante tanto mortifica, y frente al cual habrá de interpretarse la circunstancia de agravación del secuestro extorsivo prevista en el artículo 3° numeral 11 del mismo cuerpo normativo, coincidiendo el tope de los sesenta años cuando por causa o con ocasión del secuestro sobrevengan, bien el deceso, ora unas lesiones para el retenido, lo que ha llevado a la Sala a sostener que "sólo una interpretación *ab absurdum* de imposible acatamiento permitiría considerar que, en un mismo estatuto legal, el legislador fije dos penas bien diversas para unos mismos hechos, esta que acaba de señalarse de un máximo de sesenta años, y la otra de un tope de 40 del artículo 29, lo que

por fuerza de la razón conduce, fatalmente, a la certidumbre de que la pena en este último artículo erigida, para nada demanda la correlación con el secuestro, sino que es definitivamente independiente de tal circunstancia." (Casación de noviembre 21 de 1995, Magistrado Ponente, doctor *Carlos Augusto Gálvez Argote*).

Por último y recurriendo a las razones bajo las cuales cree ver el censor que fue la Corte Constitucional la encargada de restringir la interpretación de aquel precepto, basta decir que de la sola consulta de la resolutiva del fallo 565 emitido por aquella Corporación el 7 de diciembre de 1993 se da a entender que los artículos 29 y 30 de la Ley 40 de 1993 no son contrarios a la Carta Política, como tampoco de interpretación restringida a una aplicación exclusiva en casos de secuestro, porque tampoco consultando el texto de la parte motiva emerge una conclusión de esa guisa. Cuando ese tribunal constitucional examinó la unidad de materia en aquel cuerpo normativo, lo hizo precisamente para advertir que era de la evidente conexidad axiológica de bienes protegidos frente a los delitos de homicidio y de secuestro como se entendía que los límites punitivos para el infractor de cualquiera de ellos coincidieran entre los 25 y los 40 años de prisión, lo mismo que en cuanto hace a los topes previstos para las agravantes, pues "*...los delitos de secuestro y homicidio, por igual, lesionan de manera grave los bienes supremos de la vida, la libertad, la dignidad, la familia y la paz, entre otros derechos fundamentales que consagra la Constitución*".

Así tuvo esta Sala de Casación Penal la ocasión de recordarlo en el fallo ya mencionado del 21 de noviembre de 1995, como que el tema propuesto ni siquiera en este aspecto asoma novedades.

De ninguna manera puede, entonces, conforme a lo acotado, abrirse vía la restrictiva tesis del Procurador para este caso recurrente, cuando del texto y coherencia de los preceptos comentados, y las razones dadas por la Corte Constitucional al declararlos ajustados a la Carta, surge sin duda que estuvo la voluntad expresa del normador encaminada a incrementar la pena del delito base y del agravado de homicidio, con prescindencia de una supeditación cualquiera con el delito de secuestro. El cargo, por lo expresado, no prospera.

CASACIÓN OFICIOSA

Advierte, sin embargo, la Procuraduría Delegada la existencia de un vicio surgido de la incompetencia de los funcionarios que profirieron los fallos de primera y de segunda instancia, que por insubsanable vendría a imponer el correctivo de la oficiosidad asignada en esta sede a la Colegiatura.

Jamás se dio por discutible dentro del curso de estas diligencias la vigencia de la Ley 40 de 1993 para la fecha de la ocurrencia de los hechos.

como tampoco –ello ha quedado dicho– el que la víctima del homicidio hubiese sido un miembro de la Policía Nacional, que al recibir la agresión mortal desempeñaba funciones propias o inherentes a su cargo.

El numeral 8° del artículo 30 de la Ley 40 de 1993, modificatorio del artículo 324 del Código Penal, señaló como modalidad de agravación del homicidio, su comisión:

"8. Con fines terroristas, en desarrollo de actividades terroristas o en persona que sea o hubiere sido servidor público, periodista, candidato a cargo de elección popular, dirigente comunitario, sindical, político o religioso; miembro de la fuerza pública; profesor universitario, agente diplomático o consular al servicio de la Nación o acreditado ante ella, por causa o con motivo de sus cargos o dignidades o por razón del ejercicio de sus funciones. O en cualquier habitante del territorio nacional por sus creencias u opiniones políticas, o en sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil" (Resalta la Sala).

Este precepto resulta a tal grado claro y comprensible en relación al tema que ocupa, que en la calificación de fondo como en la graduación de la sanción no se apartaron los juzgadores de su aplicación para este asunto, reconociendo la cualificación del sujeto pasivo del delito, al lado del ejercicio de funciones, pues su presencia en el lugar de asalto no era accidental, sino correspondiente a la prestación de vigilancia.

Luego a distancia de lo que interpretó el Tribunal Nacional al deshacerse de la segunda instancia, claro se observa que eran plurales las hipótesis de la causal 8ª de incremento específico, una cuando el homicidio se realiza con fines terroristas, otra, cuando se ejecuta en desarrollo de actividades terroristas, y una tercera a la que esa motivación le es ajena, pues basta en ella que la acción se cumpla en la persona de un "miembro de la fuerza pública ...por causa o con motivo de sus cargos o dignidades o por razón del ejercicio de sus funciones...".

Siendo lo anterior así, resulta errada la interpretación que hizo el Tribunal Nacional al rechazar la revisión del fallo en la segunda instancia, pues al momento de adoptar esa providencia (12 de mayo de 1994), le concernía conocer de los recursos de apelación y de hecho contra las decisiones de los jueces regionales, mientras que a estos atribuía el artículo 71 del Código de Procedimiento Penal –modificado ya por el 9° de la Ley 81 de 1993– el conocimiento "de los delitos de secuestro extorsivo o agravado en virtud de los numerales 6.8 o 12 del artículo 3° de la Ley 40 de 1993 y homicidio agravado según el numeral 8 del artículo 324 del Código Penal."

Téngase en cuenta que estos preceptos sobre competencia eran de obligatorio acatamiento para el Tribunal Nacional, no sólo por los efectos inmediatos que le concede a las normas de procedimiento el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, según lo recuerda la Procuraduría Delegada, sino

además porque tratándose de normas de orden público, atan al juez y obligan a las partes, según de modo expreso lo indica el artículo 6° del Código de Procedimiento Civil, lo que hace inválido el planteamiento del Tribunal, según el cual, se eximía de conocer porque al momento del hecho la Ley 81 de 1993, no había sido emitida.

"...téngase en cuenta sostuvo además y con acierto a este punto la Delegada en su concepto- que si bien los hechos investigados tuvieron ocurrencia el 24 de agosto de 1993, fecha para la cual ya había entrado en vigencia la Ley 40 de ese año, en cuyo artículo 30-8, modificatorio del artículo 324 del Decreto 100 de 1980, establecía como circunstancia que agrava el homicidio el que se cometa "...en ... MIEMBRO DE FUERZA PUBLICA ... POR CAUSA O POR RAZON DEL EJERCICIO DE SUS FUNCIONES..." (mayúsculas de la Delegada), Esta circunstancia de agravación acabó con el paralelismo que existía entre los diversos tipos penales autónomos que en torno al homicidio existían en virtud de la adopción como legislación permanente del Decreto como el 180 de 1988 –artículo 26– y 2790, art. 8°, modificado por el artículo 1° del Decreto 099 de 1991.

3. Si bien, como lo afirmó el Tribunal Nacional, para la época de los hechos no existía la Ley 81 de 1993, que expresamente dispuso en el artículo 9 5 que los jueces regionales conocen "de los delitos de secuestro extorsivo o agravado en virtud de los numerales 6°, 8°, o 12 del artículo 3° de la Ley 40 de 1993 y homicidio agravado según el numeral 8° del artículo 324 del Código Penal", por un lado debe entenderse, como ya se dijo, que la Ley 40 de 1993, recogió en el artículo 30-8 aquellos tipos de homicidio calificados por una u otra circunstancia, en la medida en que la descripción del tipo base –homicidio– continuó incólume y en el agravante referido se incluyeron todas aquellas circunstancias que diferenciaban a un tipo de otro. En esa medida, bastaba con leer el artículo 71 del Decreto 2700 de 1991, en cuyo numeral 4°, establecía, dentro de la competencia de los jueces regionales "delitos contra la existencia y seguridad del Estado... los delitos contra el régimen constitucional y delitos a que se refiere el Decreto 2266 de 1991, con excepción del simple porte de armas de fuego para la defensa personal...", pues este decreto recogió como legislación permanente el artículo 8° del Decreto 2790 que describía el delito de homicidio cometido en cualquiera de las personalidades a que se refería su artículo 6°, que contemplaba entre otros a los miembros de la Policía Nacional."

...Por tanto, como quiera que el agente de la policía Alberto Arroyo Jaraba, se encontraba prestando sus servicios en el Cali número 13 el 24 de agosto de 1993, y en pleno cumplimiento de sus funciones fue muerto por el procesado Valdés Vargas, pues lo que pretendió fue reaccionar en su condición de tal para evitar el hurto, indiscutible resulta que el homicidio ocurrió en razón de sus funciones, lo que significa que la competencia para conocer y decidir de este asunto efectivamente, radica en la justicia regional y no en la ordinaria, como erróneamente lo ordenó el Tribunal Nacional, y tal como

se aprecia en auto de junio 15 de 1994 dictado por el juez Quince Penal del Circuito de Cali, en el que decretó la nulidad, pues los mismos dicen: "Dentro del término de ley, procédase a cumplir lo ordenado por el honorable Tribunal Nacional –Sala de Decisión–, en su precedente providencia."

Así, entonces, deberá *casarse oficiosamente* el fallo cuestionado, declarando la nulidad de todo lo actuado a partir, inclusive, de la infundada resolución emitida por el Tribunal Nacional en mayo 12 de 1994, correspondiendo la remisión de lo actuado a esta última Corporación para que se pronuncie sobre la apelación oportunamente interpuesta contra el fallo de primer grado emitido por el Juez Regional de Cali el 24 de febrero de ese mismo año.

Finalmente, no comparte la Sala la sugerencia de la delegada en el sentido de que se expidan copias para que se investigue a los integrantes de la Sala del Tribunal Nacional que emitieron el cuestionado auto de mayo 12 de 1994, en cuanto cabe reconocer que el tema de la aplicación de la Ley 40 de 1993, sumado a la profusión legislativa que en materia penal se ha expedido en los últimos años, ha propiciado en realidad perplejidades, de las que es buen ejemplo la demanda que en este fallo se resuelve, y sin que pase desapercibido el hecho de que ni el Juez Quince Penal del Circuito, ni el Tribunal del Distrito Judicial de Cali, hubiesen encontrado fundamento para controvertir la competencia que se les atribuía y tan pacíficamente aceptaron.

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. *Desestimar* la demanda de casación formulada por el Procurador 68 ante el Tribunal Superior de Cali, contra la sentencia emitida por esa Corporación el 15 de noviembre de 1994 respecto del procesado Franklyn Valdés Vargas.

Segundo. *Casar oficiosamente* la antedicha sentencia, declarando como consecuencia la nulidad de lo actuado a partir del auto de mayo 12 de 1994 proferido por el Tribunal Nacional, colegiatura a la cual regresarán las diligencias a fin de que desate la apelación interpuesta contra el fallo de primera instancia proferido por el Juzgado Regional.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Juan Manuel Torres Fresneda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Wanda Fernández León. Conjuez: *Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

IMPEDIMENTO/ AMISTAD INTIMA

El simple hecho de haber compartido las aulas universitarias no es por sí solo motivo de impedimento, como tampoco lo es la relación de amistad común y corriente que se origina por las labores cotidianas, o por razón de vecindad, o la que surge cuando se frecuenta un determinado sitio, o por la coincidencia en actividades sociales etc., sino aquella que "desborda los límites de lo corriente, trasciende el plano de la simple estimación y se sitúa en los terrenos del espíritu, donde surge la comunidad de sentimientos y de ideas. No es, pues, cualquier afecto, es algo más profundo, algo que se confunde con la vida misma." (Auto junio 22 de 1982, M.P. Fabio Calderón Botero).

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D.C. julio veinticinco (25) de mil novecientos noventa y seis (1996).

Magistrado Ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel.*

Aprobado Acta No. 110.

Proceso No. 11820.

VISTOS

Procede la Sala a resolver de plano el impedimento manifestado por el doctor Juan Martín Suárez Quevedo, Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Cundinamarca, para conocer del proceso adelantado por el delito de peculado contra Francisco Panduro Rodríguez.

ANTECEDENTES

1. Mediante sentencia del 27 de marzo del presente año, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Leticia (Amazonas), condenó a Francisco Panduro Rodríguez a ciento veinte (120) meses de prisión como autor responsable de los delitos de peculado por apropiación y falsedad ideológica en documento público, fallo que fue apelado por el defensor del procesado, doctor Francisco E. Gaona Gaona.

2. Correspondió conocer del recurso al Magistrado Juan Martín Suárez Quevedo, quien por auto del 13 de mayo del año en curso se declaró impe-

dido en razón a que ha mantenido con el defensor, quien es su compañero de estudios, lazos de amistad y ayuda mutua, así como una relación social permanente, desde hace más de treinta años, circunstancia que lo ubica dentro de la causal prevista en el numeral 5o. del artículo 103 del Código de Procedimiento Penal.

3. El motivo aducido por el Magistrado no fue aceptado por los demás integrantes de la Sala de decisión Penal, porque "la amistad íntima consagrada por el legislador como causal de impedimento no se refiere a la relación social permanente y los lazos de amistad y ayuda mutua que argumenta el Honorable Magistrado, sino que va más allá, es decir, debe trascender las relaciones sociales o de trabajo y comprometer el ámbito sentimental y espiritual del juzgador, de tal forma que su juicio lo orienta el afán de conservar su estabilidad sentimental o emocional y no la justa, legal y recta administración de Justicia".

Consideraciones de la Sala

Con relación a la causal que invoca el Magistrado, en distintos pronunciamientos la Corte ha dicho que el simple hecho de haber compartido las aulas universitarias no es por sí solo motivo de impedimento, como tampoco lo es la relación de amistad común y corriente que se origina por las labores cotidianas, o por razón de vecindad, o la que surge cuando se frecuenta un determinado sitio, o por la coincidencia en actividades sociales etc., sino aquella que "desborda los límites de lo corriente, trasciende el plano de la simple estimación y se sitúa en los terrenos del espíritu, donde surge la comunidad de sentimientos y de ideas. No es, pues, cualquier afecto, es algo más profundo, algo que se confunde con la vida misma". (Auto junio 22 de 1982, M. P. Fabio Calderón Botero).

Si bien es cierto que quien experimenta un sentimiento de amistad es quien dispone de mejores elementos para valorarlo, también lo es que para que esa relación pueda aceptarse como impedimento no basta la simple manifestación de su existencia, sino que ella debe acompañarse de explicaciones que le sirvan de apoyo y que reflejen las circunstancias que le dan la connotación de íntima.

El Magistrado que se declara impedido se limita a decir que conoció al abogado desde hace más o menos tres décadas, y mantiene con él una relación social permanente, y lazos de amistad y ayuda mutua, a lo cual se suma el haber compartido las aulas universitarias. No señala si a esa amistad la considera íntima, ni tampoco aporta datos que ayuden a clarificar el tema, pues no dice qué clase de ayuda es la que se prestan, ni qué nivel de compromiso le genera el alternar socialmente.

Es más, ni siquiera aduce que entre ellos haya surgido un nivel de afecto recíproco que le impida obrar libremente, o que lo coloque en una

encrucijada en donde de un lado esté el sentimiento de amistad y de otro el deber de obrar imparcialmente.

Su criterio es que "para garantizar la efectividad e imparcialidad de la justicia" se declara impedido, pero realmente no se ve que esa garantía esté amenazada por el hecho de que deba conocer del proceso, y más bien parece que con su manifestación el doctor Suárez quisiera borrar cualquier duda que pudieran tener sobre su imparcialidad quienes conocen que el recurrente fue su compañero de estudio, y que con frecuencia alternan socialmente.

Si no hay elementos para entender como íntima la amistad existente entre el Magistrado y el defensor del procesado, se debe concluir que no existe el impedimento expresado.

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

RESUELVE:

Declarar infundado el impedimento manifestado por el doctor Juan Martín Suárez Quevedo, Magistrado de la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Cundinamarca, por lo tanto debe seguir conociendo del proceso adelantado contra Francisco Panduro Rodríguez.

Devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Cópiese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEMANDA DE CASACION / HOMICIDIO / LEGALIDAD DE LA PENA

"El recurrente que se acoge a la causal segunda de casación aduciendo absoluta falta de armonía o consonancia entre la resolución de acusación y la sentencia, debe comprobar que ésta resolvió o definió una situación jurídica distinta a la plasmada en la providencia enjuiciatoria como cuando en el pliego de cargos se imputa falsedad y en la sentencia se absuelve o se condena por estafa" (Casación. 4 de noviembre de 1993. M.P. doctor Jorge Carreño Luengas).

El desacuerdo entre estos pilares del juzgamiento no se pregona, para efectos de la causal segunda de casación, de la sanción que le corresponda, la cual depende exclusivamente de la ley aplicable y el juzgador no puede variarla pues, de hacerlo, estaría quebrantando el principio de legalidad de la pena, que prohíbe imponer sanción que no se encuentre establecida en norma vigente (arts. 29 Const. y 1° C.P).

Es lo cierto que la pena señalada para el homicidio simple es la de 25 a 40 años de prisión, de acuerdo al artículo 29 de la ley 40 de 1993, norma legal preexistente al hecho punible, puesto que entró en vigencia "a partir de su promulgación", ocurrida en el Diario Oficial No. 40.726, correspondiente al 20 de enero de 1993.

La referencia en el pliego de cargos a los extremos punitivos de una norma previamente modificada (artículo 323 del Decreto 100 de 1980), constituye error en que no ha debido incurrir el Fiscal al efectuar la calificación, pero su lamentable falta de actualización ninguna fuerza vinculante puede tener para al sentenciador, que sólo ha de acatar lo expresamente dispuesto por la ley preexistente al acto que se imputa.

De otra parte, lo que la resolución de acusación debe contener, en lo pertinente (art. 442-3), es la calificación jurídica, "con señalamiento del capítulo dentro del título correspondiente del Código Penal", normatividad en la cual se hallarán los topes de la punibilidad para cada caso.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santafé de Bogotá D.C., julio veinticinco (25) de mil novecientos noventa y seis (1996).

Magistrado Ponente: *Nilson Pinilla Pinilla.*

Aprobado Acta No. 110.

Proceso No. 9577.

VISTOS

El 24 de febrero de 1994, el Tribunal Superior de Ibagué confirmó la sentencia dictada por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Melgar, que condenó a Alcibiades Moreno Waltero a la pena principal de 25 años de prisión, a la sanción accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un período igual al de la pena principal y al pago en concreto de los perjuicios causados, por hallarlo responsable del delito de homicidio; decisión recurrida en casación por el procesado.

HECHOS

La tarde del 30 de enero de 1993 dentro del establecimiento público conocido como "Cafetería Central" de la población de Melgar (Tolima), se suscitó un altercado entre el lustrabotas William Duque Alzate y el agricultor Alcibiades Moreno Waltero por la cancelación de una cuenta de aguardiente, en desarrollo del cual William, quien carecía del brazo izquierdo, golpeó a Alcibiades y éste, desenfundando un cuchillo que llevaba en un bolso, le propinó una cuchillada en el abdomen, produciéndole la muerte.

ACTUACIÓN PROCESAL

Inició la investigación la Fiscalía Cuarenta y Cuatro de Melgar, oyendo en declaración a los testigos presenciales y en indagatoria al sindicado Alcibiades Moreno Waltero, a quien definió la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva por el delito de homicidio.

Cerrada la instrucción, procedió a calificar su mérito con resolución de acusación en contra del procesado, por el delito de homicidio simple, citando el texto del artículo 323 del Código Penal anacrónicamente, por cuanto menciona la punibilidad originalmente prevista en el Decreto 100 de 1980.

Adelantado el juicio y celebrada audiencia pública, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Melgar puso fin a la instancia condenando al acusado Moreno Waltero a la pena principal de 25 años de prisión conforme al artículo 323 del Código Penal, modificado por el artículo 29 de la Ley 40 de 1993, a la sanción accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por "un período igual al de la pena principal": fallo apelado por la

defensa y confirmado, sin ninguna variación, por el Tribunal Superior de Ibagué mediante el que es objeto del recurso de casación.

DEMANDA DE CASACIÓN

Bajo el ámbito de las causales segunda y primera de casación se formulan, en su orden, los siguientes cargos a la sentencia impugnada:

PRIMERO: Falta de consonancia de la sentencia con los cargos formulados en la resolución de acusación, toda vez que la pena de 25 años de prisión impuesta al procesado Alcibiades Moreno Wallero con fundamento en el artículo 29 de la Ley 40 de 1993, está en desacuerdo con el cargo de homicidio simple por el cual fue llamado a responder en juicio, que le representaba una sanción de 10 a 15 años de prisión, conforme al artículo 323 del Código Penal.

Concreta la libelista la impugnación en los siguientes términos:

"La sentencia de primera instancia que fue confirmada en su integridad por el fallo que se acusa, encontró que 'el comportamiento lícito por el cual se procede y se formuló Resolución de Acusación en contra del procesado Alcibiades Moreno Waltero se encuentra descrito en el 323 del C. Penal, modificado por el artículo 29 de la Ley 40 de enero 19 de 1993, bajo la denominación de 'homicidio' que según la definición clásica es la muerte causada a una persona por otra'. Es decir, le agrega la modificación introducida por la ley 40 de enero 19 de 1993, de la cual no se habían ocupado la resolución que resolvió la situación jurídica, ni el calificatorio, así como tampoco la audiencia pública y por tanto agravó en tres lustros la condena anunciada en el pliego de cargos...".

Afirma que a su representado se le juzgó concretamente por el delito de homicidio subsumido en el artículo 323, habiéndose consignado expresamente que el delito materia del pliego de cargos "tenía asignada una pena de prisión de diez a quince años", y sin embargo, fue condenado a veinticinco años, de donde colige que el fallo no está en consonancia con los cargos formulados en la resolución de acusación.

SEGUNDO: Violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 29 de la Ley 40 de 1993, norma que a juicio de la recurrente resulta inaplicable al caso juzgado, por referirse exclusivamente a situaciones que tienen que ver con el delito de secuestro y la manera de combatirlo.

Argumenta que "No puede entenderse que el Congreso no haya hecho diferencia entre un homicidio cometido por móviles de gravedad mayores: secuestro, turbación del orden público, actos terroristas, que amenazan toda la sociedad colombiana y aquel homicidio simple, ocasional, cometido en circunstancias menores, calificado dentro de parámetros sociales y humanos diferentes: un campesino mata a una persona, en estado de

embriaguez, luego de que ésta le ha dado una bofetada. La trascendencia de la infracción no puede tratarse de la misma manera, de idéntica forma y con iguales consecuencias.

Lo anterior quiere decir que, la Ley 40 de 1993, debe aplicarse de acuerdo al espíritu de lucha contra el secuestro, donde aparezcan aunque sean indicios de tal modalidad delictiva, pero no en todos los casos, sin hacer diferenciación alguna".

Termina solicitando casar parcialmente la sentencia impugnada, declarando que la pena correspondiente al acusado es la de diez años de prisión y no de veinticinco años, que le fue impuesta.

Concepto del Ministerio Público

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, se muestra partidario de no casar la sentencia acusada porque ninguno de los cargos formulados en su contra se abre paso.

Refiriéndose a la incongruencia de la sentencia con el pliego de cargos, planteada al amparo de la causal segunda de casación, expresa:

"A Moreno Waltero se le acusó por el delito de homicidio cometido el 30 de enero de 1993, en vigencia de la Ley 40 de enero 19 de ese año, sin que se establecieran agravantes en su contra y, se le condenó como autor de ese ilícito, homicidio simple, a la pena mínima dispuesta en el artículo 29 de dicho Estatuto, norma que modificó el artículo 323 del Régimen Penal; de consiguiente el fallo fue dictado en consonancia con la acusación".

Y en cuanto al cargo de indebida aplicación del artículo 29, presentado bajo la égida de la causal primera de casación, afirma que falla en su fundamento jurídico y se basa en simples supuestos que no consultan la realidad normativa, como considerar que el legislador dispensó diferente tratamiento punitivo al homicidio simple según algunas circunstancias, cuando del claro texto legal se infiere la expresa modificación de la pena para todo el tipo básico.

Aboga, en cambio, por la infirmación oficiosa parcial de la sentencia, para reducir la sanción accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas al límite de diez (10) años, por ser éste el máximo previsto en el artículo 44 del Código Penal; petición que fundamenta en las facultades otorgadas a la Corte por los artículos 228 y 229 del C. de P.P., por ser ostensible el quebranto de la garantía fundamental de la legalidad de la pena.

Consideraciones de la Corte

Primer cargo

Desacuerdo de la sentencia con los cargos formulados en la resolución de acusación.

"El recurrente que se acoge a la causal segunda de casación aduciendo absoluta falta de armonía o consonancia entre la resolución de acusación y la sentencia, debe comprobar que ésta resolvió o definió una situación jurídica distinta a la plasmada en la providencia enjuiciatoria como cuando en el pliego de cargos se imputa falsedad y en la sentencia se absuelve o se condena por estafa" (Casación, 4 de noviembre de 1993, M.P. doctor Jorge Carreño Luengas).

El desacuerdo entre estos pilares del juzgamiento no se pregona, para efectos de la causal segunda de casación, de la sanción que le corresponda, la cual depende exclusivamente de la ley aplicable y el juzgador no puede variarla pues, de hacerlo, estaría quebrantando el principio de legalidad de la pena, que prohibe imponer sanción que no se encuentre establecida en norma vigente (arts. 29 Const. y 1° C.P.).

Por eso, no existe en este caso incongruencia o desajuste entre la acusación por el delito de homicidio, sin agravantes ni atenuantes, y la sentencia que condenó al acusado exactamente por dicho cargo, sino apropiada armonía y correspondencia entre tales extremos.

La falla de la impugnante consiste en predicar tal desacuerdo en cuanto a la sanción correspondiente al delito imputado, cuando es lo cierto que la pena señalada para el homicidio simple es la de 25 a 40 años de prisión, de acuerdo al artículo 29 de la Ley 40 de 1993, norma legal preexistente al hecho punible, puesto que entró en vigencia "a partir de su promulgación", ocurrida en el Diario Oficial No. 40.726, correspondiente al 20 de enero de 1993, anterior en diez días al acaecer criminoso.

La referencia en el pliego de cargos a los extremos punitivos de una norma previamente modificada (artículo 323 del Decreto 100 de 1980), constituye error en que no ha debido incurrir el Fiscal al efectuar la calificación, pero su lamentable falta de actualización ninguna fuerza vinculante puede tener para el sentenciador, que sólo ha de acatar lo expresamente dispuesto por la ley preexistente al acto que se imputa.

De otra parte, lo que la resolución de acusación debe contener, en lo pertinente (art. 442-3), es la calificación jurídica, "con señalamiento del capítulo dentro del título correspondiente del Código Penal", normatividad en la cual se hallarán los topes de la punibilidad para cada caso.

No prospera el cargo formulado.

Segundo cargo

Violación directa por aplicación indebida del artículo 29 de la Ley 40 de 1993.

El cargo se fundamenta en el equívoco de considerar que la sanción prevista en la norma citada, esto es, de 25 a 40 años de prisión, sólo es aplicable al homicidio perpetrado por causa o con ocasión del secuestro o con fines terroristas, y no para los casos de homicidio simple, como el

presente, que la recurrente aun estima reprimidos por el artículo 323 del Decreto 100 de 1980, con pena de diez a quince años de prisión.

El Estado en ejercicio de la potestad punitiva para decretar e imponer penas y medidas de seguridad a quienes resulten responsables de la comisión de delitos y contravenciones y por razones de política criminal atinentes a la lucha contra el flagelo del secuestro y otras formas de delincuencia, mediante la ley 40 de 1993 ("Por la cual se adopta el estatuto nacional contra el secuestro y se dictan otras disposiciones"), incrementó significativamente la pena correspondiente al delito básico de homicidio tipificado en el artículo 323 del Código Penal, igualándolo en ese aspecto a la sanción privativa de la libertad contemplada en dicha normatividad para el delito de secuestro extorsivo, artículos 1° y 29 ibídem, disposiciones sustanciales, ésta última aplicable al caso por no haber sido modificada, revocada o declarada inexequible.

La Corte Constitucional, declaró exequible la norma cuestionada en la demanda, con especial análisis sobre la consagración de penas elevadas para delitos especialmente graves (Sentencia C-565, diciembre 7/93, M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara).

Sobre el particular, esta Sala ha manifestado que si bien es cierto que la ley en mención, "en su mayor contenido se ocupa del secuestro, también lo es que el capítulo VI, denominado Aumento de penas, declarado exequible mediante la sentencia antes citada, "versa sobre los delitos de homicidio y extorsión, y de su texto ... se infiere que la intención y lo diáfanamente expresado fue modificar los artículos 323, 324 y 355, sin que por parte alguna se aprecie que ese cambio en las penas dependa de algún tipo de conexidad con el delito de secuestro". (Casación, rad. 9991, noviembre 21/95, M.P. Dr. Carlos Augusto Gálvez Argote).

No puede pensarse en la coexistencia de dos modalidades del mismo tipo penal (homicidio voluntario y homicidio consiguiente al secuestro de la víctima), reprimidos con diferente sanción, pues la voluntad inequívoca del legislador expresada en el texto de la citada ley fue la de incrementar considerablemente la pena correspondiente al homicidio voluntario, tanto el agravado como el simple del artículo 323, considerando precisamente como circunstancia de agravación punitiva del secuestro extorsivo la muerte sobreviniente del secuestrado por causa o con ocasión del mismo (artículo 3°-11 de la Ley 40 de 1993), lo cual no se habría configurado así de haber querido el legislador que sólo los homicidios relacionados con el secuestro fueren objeto de la reforma introducida, pues la pena resultaría incrementada dos veces por igual circunstancia.

El fallador no podía sustraerse a la imperiosa aplicación del artículo 29 del estatuto en mención, por ser la normatividad jurídica atinente al caso. Su inaplicación sí hubiera generado el yerro planteado por el censor.

No prospera la impugnación.

CASACIÓN OFICIOSA

1.Con razón reclama la Procuraduría Delegada la casación parcial oficiosa de la sentencia impugnada, por ser violatoria del artículo 44 del Código Penal, modificado por el 28 de la Ley 40 de 1993, que señala la duración máxima de las penas, porque tanto el Juzgado como el Tribunal Superior, al confirmar íntegramente, incurrieron en el error de imponerle como pena accesoria al sentenciado Alcibiades Moreno Waltero la de interdicción de derechos y funciones públicas "por un período igual al de la pena principal", esto es, veinticinco (25) años, cuando la norma infringida fija para esta sanción un máximo de duración de diez (10) años.

Habiendo desbordado el sentenciador el máximo legal de la sanción accesoria, no solo quebrantó el mencionado precepto sino que vulneró la garantía fundamental de la legalidad de la pena, integradora del debido proceso; decisión equivocada que la Corte corregirá oficiosamente con apoyo en lo dispuesto por los artículos 228 y 229 del C.de P.P., casando parcialmente la sentencia, para imponer al procesado diez (10) años de interdicción de derechos y funciones públicas como sanción accesoria.

2. De otra parte y de acuerdo con lo mencionado dentro de este proceso en providencia anterior (mayo 7 de 1996), debe la Sala analizar, también oficiosamente, la posible nulidad que pueda derivarse de un eventual menoscabo en la defensa técnica del procesado, quien fue capturado el sábado 30 de enero de 1993 en horas de la noche, misma de los hechos, puesto a disposición del Fiscal el lunes 1° de febrero siguiente y escuchado en indagatoria el miércoles 3 ídem, diligencia en la cual, ante su manifestación de no tener a quién nombrar como defensor, el Fiscal acudió "al señor Marco Tulio Cells Leal, quien estando presente aceptó la designación del cargo y se identificó con la c.c. ...".

No aparece referencia alguna a formación jurídica del apoderado y no tratarse de servidor público, ni a carecerse en ese momento de abogado que lo asistiera, que puede sin embargo colegirse del tamaño de la población, del hecho en sí de no haberlo designado y tener otro domicilio quienes después han sido defensoras, y de la inminencia del vencimiento del término para indagar.

La situación jurídica es resuelta el viernes 5 de febrero de 1993, con medida de aseguramiento de detención preventiva, providencia que es personalmente notificada el lunes 8 de los mismos al sindicado detenido y a la agente del Ministerio Público (Personera Municipal). Al día siguiente, martes 9, es presentado poder otorgado por Alcibiades Moreno y ese mismo día la abogada designada, defensora pública residente en el municipio de Cunday, es reconocida (fs. 31 y 32 primer cdno.), quedando a su discreción, con amplitud, el estudio del proceso y la posibilidad de asesorar a su acudido, interponer solicitudes y recursos, observándose a f. 39 ib. que el 12 de febrero "a las seis (6:00) de la tarde venció ejecutoria de la providencia que resolvió la situación jurídica...".

Esta defensora continúa actuando acuciosamente a todo lo largo del proceso, hasta que luego de múltiples intervenciones suyas, otra defensora pública, vecina de Ibagué, recibe poder, ya en oportunidad de presentar la demanda de casación, lo que en efecto hace.

Cabe recordar que mediante providencia de fecha 7 de mayo de 1996, esta Sala se abstuvo de resolver una solicitud de nulidad y negó la libertad de Alcibiades Moreno Waltero, quien esto impetraba "en fiel aplicación de jurisprudencia de la honorable Corte Constitucional, en la cual dispuso la inconstitucionalidad de lo ordenado en el art. 148 del C. P.P. y por ende la nulidad de los procesos en los cuales el sindicado en su indagatoria no contó con un abogado defensor." (f. 35 cdno. Corte).

Consideró la corporación, que "tanto la declaratoria de nulidad como la liberación que pretende el acusado, la cual sería consecuencia de aquélla sobre los presupuestos que aduce en su solicitud, sólo serían viables al momento de proferir el fallo definitivo." (fs. 46 y 47 ib.).

Del recuento anteriormente efectuado puede deducirse que el Fiscal 44 de Melgar aplicó, sin mencionarla expresamente, la facultad que entonces permitía el inciso 1° del artículo 148 del Código de Procedimiento Penal:

"De conformidad a lo dispuesto por el Decreto 196 de 1971, el cargo de defensor para la indagatoria del imputado, cuando no hubiere abogado inscrito que lo asista en ella, podrá ser confiado a cualquier ciudadano honorable siempre que no sea servidor público".

Esta norma fue declarada inexequible tres años después por la Corte Constitucional mediante sentencia C-049 de febrero 8 de 1996, M.P. dr. Fabio Morón Díaz, providencia que sólo tiene efectos hacia el futuro, en virtud de que la propia Corte ningún pronunciamiento realizó sobre una hipotética retroactividad.

Frente a la obligación de recibir la indagatoria dentro de un término tan cercano a vencerse, en una localidad pequeña de gran afluencia turística pero amodorrada vida propia, sin disponer de información sobre cuántos abogados tengan allí domicilio, pero no deben ser muchos como que hubo de acudirse luego a una abogada de Cunday y otra de Ibagué, el Fiscal aplicó una disposición vigente, lo cual mal puede censurarse como irregularidad.

Además, es de observar la dinámica gestión desarrollada por la defensora inicial, quien asumió cuando tenía amplio término para recurrir contra la medida de aseguramiento y, por ejemplo, acudir a algún mecanismo procesal que le otorgara beneficios a su acudido; solicitó la práctica de pruebas durante parte del sumario y la etapa probatoria del juicio, alegó de conclusión al cierre de la investigación e intervino durante el debate público, ocasiones en las que, entre otras, pidió para su

representado el reconocimiento de la diminuente de la ira prevista en el artículo 60 del Código Penal, petición que sustentó con argumentos serios, así no haya tenido acogida finalmente. Puede afirmarse, en conclusión, que a pesar de no haber contado el inculpado con abogado inscrito que lo asistiera durante la indagatoria, regía entonces norma que lo autorizaba y no fue conculcado o mermado su derecho a gozar de una defensa técnica durante el curso del proceso, hasta llegar a este recurso extraordinario con la intervención de otra defensora pública.

En consecuencia, no procede declarar nulidad alguna por este factor, que oficiosamente ha sido considerado.

DECISIÓN

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

RESUELVE:

1. DESESTIMAR la demanda de casación interpuesta por la defensora del procesado.

2. CASAR PARCIALMENTE, de oficio, la sentencia impugnada en el sentido de imponer al condenado Alcibíades Moreno Waltero la sanción accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el término de diez (10) años.

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

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Cúmplase.

Nilson Pinilla Pinilla, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Alfonso Gómez Méndez, Conjuez, *Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

NULIDAD/ DERECHO DE DEFENSA/ UNIDAD PROCESAL/ DEMANDA DE CASACION/ INDICIO

1. Ni en la anterior legislación (Decreto 050/87, art. 14), ni en la presente (Decreto 2700/91), comporta nulidad el hecho de que a pesar de existir un copartícipe en el delito, éste no haya sido vinculado dentro de un mismo proceso, por cuanto en un tal evento, bastaría que se expidieran las correspondientes copias para su investigación por separado, al no resultar afectado por este aspecto el derecho de defensa ni las garantías constitucionales, toda vez que, como es sabido, la responsabilidad penal es individual.

2. Si lo que pretendía la demandante era afirmar la errónea calificación no respecto de la acusación, sino de la sentencia, es igualmente claro, que el desenfoque conceptual en que incurre es de mayor dimensión, por cuanto como es sabido, este yerro sólo emana de la decisión calificatoria y no del fallo, y no respecto al grado de atribución de autoría, sino en cuanto al tipo objetivo de la estructura delictual.

3. Cuando se trata de atacar la prueba indiciaria en que se ha basado una sentencia, no es dable separar cada hecho indicador y cada inferencia, para obtener de cada uno una parcial conclusión, ya que ello conduciría a un claro desconocimiento de la naturaleza misma de esta clase de prueba indirecta, que precisamente se caracteriza porque es su conjunto el que conduce a una determinada conclusión.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santafé de Bogotá, D. C., veinticinco (25) de julio de mil novecientos noventa y seis (1996).

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

Aprobado Acta No.110

Proceso No. 9350.

Vistos

Acumulados los procesos seguidos por los Juzgados 72 y 12 de Instrucción Criminal en contra de Francisco Narváez Avila el primero y de

éste y Aura Lucía Peña de Pasiminio el segundo, el Juzgado Sexto Penal del Circuito de esta ciudad, condenó en primera instancia a Narváez Avila a la pena principal de 52 meses de prisión y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, como autor de los delitos de estafa y falsedad material de particular en documento público, agravada por el uso y absolvió a la señora Peña de Pasiminio del delito de estafa que, como cómplice, le había imputado en la acusación el Juzgado 12 de Instrucción Criminal.

Apelada esta decisión por el apoderado de la parte civil en cuanto a la absolución y por el defensor de Narváez Avila respecto a la condena impuesta a su representado, el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, mediante fallo de segunda instancia del 4 de octubre de 1993 confirmó la decisión condenatoria y revocó la absolutoria para en su defecto, condenar a Aura Lucía Peña de Pasiminio a la pena principal de 8 meses de prisión y multa de un mil pesos, al igual que a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo que el de la pena principal, como cómplice del delito de estafa cometido contra los intereses económicos de los esposos Gómez Valderrama.

Igualmente, dispuso el *ad quem* la cancelación de la escritura pública número 0765 de mayo 18 de 1990 de la Notaría 16 del Círculo de Bogotá, por medio de la cual se protocolizó la venta de la casa ubicada en la carrera 67 Nro. 48-06 de esta ciudad objeto de la negociación ilícita en la que interviniera la señora Peña de Pasiminio. Y como este inmueble estaba afectado con embargo especial dentro del expediente adelantado por el Juzgado 12 de Instrucción Criminal, se ordenó la expedición de copias del fallo con destino a la jurisdicción civil para su remate.

A los dos procesados se les impuso el pago de perjuicios, de acuerdo con su intervención en cada una de las conductas punibles, negándole la concesión de "los subrogados penales" a Francisco Narváez Avila y concediéndole el de suspensión condicional de la pena a Aura Lucía Peña de Pasiminio.

Recurrido en casación el fallo de segunda instancia por los defensores de los procesados, oportunamente fue desistido respecto a Peña de Pasiminio, siendo declarada ajustada a derecho la demanda que en tiempo presentó el defensor de Narváez Avila.

Hechos

1. Los investigados por el Juzgado 72 de Instrucción Criminal.

El 28 de febrero de 1990, José de Jesús Motta Martínez celebró con Francisco Narváez Avila un contrato de permuta de automotores. Según los términos de la transacción, el primero de los indicados entregó al segundo una camioneta Renault 21 Nevada, modelo 1988, de placas AU

3287 y la suma de $2.700.000.oo, recibiendo a cambio un campero Toyota, de placas CQN 020.

La camioneta fue posteriormente negociada por Narváez Avila con los esposos Gómez Valderrama, resultando embargada por decisión de la jurisdicción civil. El campero fue vendido por su adquirente, para más tarde ser incautado por las autoridades de Policía al establecerse que los elementos de identificación no concordaban con los documentos de matrícula, por lo que se consideró que podía ser de contrabando, siendo retenido y determinándose finalmente que los documentos que sirvieron de fundamento a la matrícula del vehículo eran falsificados.

Ante la incautación de este vehículo, Motta Martínez reembolsó a su comprador el precio que le había sido pagado y, sabiéndose perjudicado, instauró en contra de Francisco Narváez Avila la correspondiente denuncia.

2. Los investigados por el Juzgado 12 de Instrucción Criminal

Francisco Narváez Avila prometió en venta a Luz Emérita Valderrama de Gómez y José Luis Gómez Zapata, el inmueble distinguido con el número 48-06 de la carrera 67 de esta ciudad, debiéndose perfeccionar el contrato el 7 de diciembre de 1989, entre las dos y las cuatro de la tarde, en la Notaría Sexta del Círculo de Bogotá, cuando Narváez Avila recibiría $3.400.000.oo, que junto con los $7.000.000,oo que habían entregado al momento de la promesa, totalizarían el monto de lo pactado.

Llegada la hora para la suscripción de la escritura pública, en la Notaría convenida estuvieron presentes los promitentes compradores al igual que el promitente vendedor, pese a que el día anterior este último había manifestado que no podía acudir a la cita. Empero, al momento de iniciarse la consiguiente protocolización, sólo aquellos hicieron manifestación de estar dispuestos a cumplir lo convenido y por ello le pidieron al Notario que levantara la respectiva acta de comparecencia, en la que se consignó su presentación y la exhibición de sus documentos de identidad, del contrato de promesa de compraventa y del cheque por el valor adeudado, girado a favor de Narváez Avila.

En estas condiciones, y no perfeccionada la venta, el promitente vendedor logró que los esposos Gómez Valderrama suscribieran un documento que se denominó "transacción", de conformidad con el cual, los perjudicados recibían a cambio de los $7.000.000.oo entregados a Narváez Avila, una camioneta Renault 21 Nevada, modelo 1988, de placas AU 3287 y $300.000.oo. Habiendo recibido el automotor los esposos Gómez Valderrama, perdieron el dominio del mismo, por cuanto posteriormente fue secuestrado por la jurisdicción civil, mientras que el inmueble prometido en venta, resultó siendo traspasado, con posterioridad, a Aura Lucía

Peña de Pasiminio, familiar de Narváez Avila, viéndose precisados, por tanto, a formular la correspondiente denuncia.

ACTUACIÓN PROCESAL

1. Actuación iniciada por el Juzgado 72 de Instrucción Criminal.

Una vez presentada la denuncia y adelantada la etapa de indagación preliminar, el entonces Juzgado 72 de Instrucción Criminal de Santafé de Bogotá, abrió investigación mediante auto del 17 de octubre de 1990.

La Unidad de Delitos Generales y Especiales, División Policía Judicial del Departamento Administrativo de Seguridad, a solicitud del instructor, remitió a la investigación el informe No. 30761 de fecha 19 de diciembre de 1990, mediante el cual se consigna que tanto el acta de remate del Banco Popular, como la certificación de la Dirección General de Aduanas que amparaban la matrícula del vehículo CQN 020 son apócrifos. También, que la falsificación del acta le era imputable a Francisco Narváez Avila, como quiera a éste solamente le fue expedida un acta de remate en el año de 1976, lo que permite considerar que habría tomado su texto original para crear el documento falso que respaldara al vehículo Toyota de placas CQN 020.

Llamado a rendir indagatoria Francisco Narváez Avila, el 19 de julio de 1991 le fue resuelta su situación jurídica imponiéndole medida de aseguramiento de detención preventiva por los delitos de falsedad material de particular en documento público y estafa.

Una vez cerrada la investigación, su mérito se calificó el 8 de mayo de 1992, profiriéndose resolución de acusación en contra de este sindicado, como presunto autor responsable de los delitos de falsedad material en documento público, uso de documento público falso y estafa.

Remitido el expediente ante los Juzgados Penales del Circuito de esta ciudad, correspondió al 41, el cual avocó el conocimiento abriendo el juicio a pruebas el 27 de mayo del mismo año.

2. Actuación iniciada por el Juzgado 12 de Instrucción Criminal.

En razón a la denuncia presentada por la señora Luz Emérita Valderrama de Gómez, el Juzgado 12 de Instrucción Criminal, por auto del 27 de agosto de 1990 decretó la apertura investigativa. A petición de la parte civil, el 13 de septiembre siguiente, se decretó el embargo especial del inmueble distinguido con matrícula inmobiliaria No. 050-0313893 de la ciudad de Bogotá, aclarándose con posterioridad que la medida cautelar debía recaer sobre el inmueble demarcado con el número 48-06 de la carrera 67 de Bogotá, distinguido con matrícula inmobiliaria No. 050-0851581.

Vinculados al proceso mediante indagatoria, Aura Lucía Peña de Pasiminio y Francisco Narváez Avila, les fue resuelta su situación jurídica mediante auto del 18 de julio de 1991, con la imposición de medida de aseguramiento consistente en caución prendaria por el delito de estafa agravada, a la primera en calidad de cómplice y al segundo como presunto autor del ilícito.

Practicada prueba de diversa índole, el 20 de febrero de 1992, previo el cierre de la investigación, se calificó su mérito con resolución de acusación en contra de Francisco Narváez Avila como presunto autor responsable del delito de estafa agravada y en contra de Aura Lucía Peña de Pasiminio como cómplice del mismo hecho punible.

Por competencia, remitido el expediente al Juzgado Sexto Penal del Circuito de Bogotá, una vez abierto el juicio a pruebas, por auto del 6 de julio de 1992 acumuló a este proceso el instruido por el Juzgado 72 de Instrucción Criminal.

Adelantada en estas condiciones la etapa del juicio para los dos procesos, y practicadas algunas pruebas, avaluados los perjuicios, y celebrada la audiencia pública, se profirió la consiguiente sentencia de primer grado, que fue confirmada por el Tribunal, en los términos consignados en precedencia.

LA DEMANDA

CAUSAL TERCERA

Primer cargo

En relación con el proceso de que conociera el Juzgado 12 de Instrucción Criminal, para la demandante, se incurrió en nulidad por vulneración al debido proceso al no haberse vinculado mediante indagatoria a Jesús Motta Martínez, no obstante aparecer suscribiendo junto con los Gómez Valderrama el documento de permuta del automotor AU 3287 y haber adquirido allí obligaciones que después incumplió, como era la entrega del vehículo debidamente saneado.

Dentro del mismo cargo, pero aduciendo ahora violación al derecho de defensa, ataca el fallo impugnado por no haberse practicado las pruebas que acreditaran que dichos esposos se presentaron a la Notaría Sexta del Círculo de Bogotá a firmar la escritura, con cheque de gerencia para pagar la parte del precio adeudado sobre el inmueble, pues así se exprese en el acta que aquellos exhibieron un cheque por el valor acordado, no se especificó si el mismo tenía aquella calidad, que era la exigida en el contrato de promesa. Por ello, colige, no cabe afirmar como se hizo en la sentencia, que los citados esposos cumplieron lo convenido.

Igualmente, y también por desconocimiento al derecho de defensa, asegura, que no se estableció con claridad lo ocurrido en el proceso ejecu-

tivo dentro del cual se decretó el embargo y secuestro de la camioneta de placas AU 3287, no siendo posible, por tanto, aseverar este hecho como cierto, conforme lo hicieron los sentenciadores.

Segundo cargo

Dirigido éste al proceso que instruyó el Juzgado 72 de Instrucción Criminal, plantea la demandante, omisión en la práctica de pruebas, porque si el campero CQN 020 que recibió José de Jesús Motta Martínez como objeto de la permuta celebrada con Narváez Avila, fue decomisado por la Policía bajo la presunción de contrabando, debió acreditarse que hubiera sido puesto a disposición de las autoridades aduaneras y declarado oficialmente su ilegal ingreso al país, y al no haberse procedido de tal manera, se vulneró el derecho de defensa. Además, agrega, que si el contrabando para la época estaba considerado como hecho punible, la competencia para conocer del mismo radicaba en la jurisdicción aduanera y no en la ordinaria.

Aclarando que si bien podría plantear esta censura "bajo la causal segunda de casación", lo hace por la tercera "porque con el cambio de adecuación típica, se violó el derecho de defensa, en la medida en que el acusado no tuvo oportunidad de controvertir el cargo", aduce, "errada calificación probatoria sumarial y su consiguiente incongruencia con el fallo", por cuanto, al haber proferido el Juzgado 72 de Instrucción Criminal resolución de acusación contra Narváez Avila como presunto autor de los delitos de falsedad material de particular en documento público, uso de documento público falso y estafa, "curiosamente en la sentencia de primera instancia, el fallador, optó por variar la calificación en dos sentidos, en cuanto al aspecto objetivo de los hechos punibles juzgados y en cuanto al aspecto subjetivo o de la responsabilidad penal del acusado Narváez Avila, porque de "autor material" que fue la calificación, lo pasó a "Determinador" y en cuanto a la Falsedad, dijo que era una Falsedad material agravada por el uso".

Como consecuencia, demanda la declaratoria de nulidad a partir del auto que declaró cerrada la investigación.

Causal primera

Con fundamento en el cuerpo primero de la causal primera de casación, cuatro cargos dice formular la demandante al fallo del Tribunal, los dos primeros respecto al proceso instruido por el Juzgado 12 de Instrucción Criminal y los dos restantes en relación con el que en igual etapa adelantó el Juzgado 72 de la misma jerarquía.

Primer cargo

Afirma la censura que la sentencia proferida en relación con el primero de dichos procesos, es violatoria de la ley sustancial por error de hecho

por distorsión en algunas de las pruebas que la sustentaron, haciéndolas producir efectos que no se derivan de su contexto.

Para demostrar su aserto, y ubicándose en los diversos momentos cronológicos en que sucedieron los hechos, precisa aquél en que se elaboró la promesa de venta del mencionado inmueble, para advertir que, aun con algunas reservas, dicho contrato es válido, ya que se trata de un bien que aun siendo adquirido por el procesado con posterioridad a dicho acto, lo fue antes del 7 de diciembre de 1989, día acordado para el otorgamiento de la escritura pública de compraventa. Y, como llegada esta fecha, agrega, el documento no se firmó y los prominentes compradores suscribieron el acta de presentación personal ante Notario, este documento también es válido y debe valorarse, pero sin reconocerle "la virtualidad" de acreditar que estuvieron listos a cumplir con sus obligaciones porque en ella se hizo referencia al cheque No.1121034 por valor de $3.400.000.oo del Banco de la Unión de Colombia a nombre de Francisco Narváez Avila, mas no se especificó si era de gerencia o personal y, según el texto de la promesa, debía ser lo primero. Ahí, concluye, radica el error del sentenciador pues afirmó que los presuntos compradores estuvieron listos a cumplir las obligaciones adquiridas en el multicitado contrato, cuando esto no es cierto.

Pese a estas afirmaciones, acto seguido sostiene, que el contrato de promesa de venta sobre el referido inmueble es nulo, por cuanto en él no se especificaron sus linderos y de ahí que la rescisión anterior de él no pueda entenderse como un acto artificioso, engañoso, pues el incriminado adecuó su conducta a las normas del Código Civil.

Añade la impugnante, que al ordenar el Tribunal la cancelación de la escritura pública mediante la cual Narváez Avila traspasó la propiedad del inmueble a la señora Peña de Pasiminio, no se ajustó a lo dispuesto en el artículo 16 del C. de P. P., sobre restablecimiento del derecho, porque los afectados nunca fueron propietarios del bien y no se trata de un proceso por el delito de falsedad en los títulos de propiedad.

Con esta postura del Tribunal, dice, se obligaría al acusado a un cumplimiento forzado, privándosele de la oportunidad de presentar la excepción de contrato no cumplido o la acción de lesión enorme o de nulidad por vicios en el contrato de promesa de venta, ya que con la cancelación automáticamente quedaría el bien cobijado con el embargo especial e iría a remate, negándose todo derecho de defensa de los intereses patrimoniales de la señora Peña de Pasiminio y afectándose derechos de terceros. Finaliza esta faceta de su alegato reconociendo que con una tal forma de argumentar, "ha desviado un poco el enfoque" de la "demanda de casación".

Segundo cargo

Frente al mismo proceso, para la censora, en el fallo impugnado se incurrió en "error de hecho por suposición de pruebas", pues en su crite-

rio, no existe prueba alguna que respalde la aseveración del Tribunal de que Narváez Avila no comunicó a los esposos Gómez Valderrama que al momento de la promesa de venta no era dueño del inmueble materia del contrato.

Para la demandante, los promitentes compradores estaban obligados a asesorarse de un abogado para que examinara la validez de los acuerdos y documentos y si incumplieron este mínimo deber de cuidado, "hoy sólo tendrán que quejarse de su ingenuidad, mas no del delito de estafa".

Cuando el Juzgador afirma que tal vez Narváez Avila se negó a cumplir el contrato prometido porque todavía no se había registrado la escritura que lo hacía propietario del inmueble, y que nunca tuvo real interés de transmitir el dominio, para la libelista se está ante un falso juicio de existencia por tratarse de simples suposiciones sin respaldo probatorio.

De otra parte, también aduce, que no obstante la suposición de prueba anterior, el Tribunal hizo lo mismo al afirmar que la camioneta de placas AU 3287 fue decomisada o rematada por la jurisdicción civil, pues no se allegaron a la averiguación las informaciones referentes al proceso ejecutivo en el cual se ordenó el embargo y secuestro de tal vehículo.

Tercer cargo

Ahora, y en relación con el proceso instruido por el Juzgado 12 de Instrucción Criminal, ataca la sentencia de ser violatoria de la ley sustancial por haber incurrido el Tribunal en error de hecho por falso juicio de identidad, ya que no obstante existir un documento de permuta que fue lo que realmente ocurrió entre denunciante y denunciado, respecto de los vehículos Jeep marca Toyota, de placas CQN 020 y la camioneta Renault 21, Nevada, de placas AU 3287, "la justicia ha dicho que fue un contrato de compraventa", distorsión de la prueba que tiene profundas connotaciones, dice, en el campo penal porque ante la retención del Toyota por presunción de contrabando, daría margen para pensar que efectivamente el patrimonio del señor Motta Martínez resultó menguado, cuando la realidad fue bien distinta ya que, finalmente, los dos vehículos fueron retenidos.

Cuarto cargo

En punto del mismo proceso, afirma la demandante, que al sostener el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Bogotá que el campero de placas CQN 020 fué decomisado por la policía judicial, DIJIN, por ser de contrabando, incurrió en un falso juicio de existencia, porque la policía no tiene facultad legal para decomisar vehículos por contrabando y porque en el expediente no existe copia de la resolución mediante la cual se haya ordenado ese decomiso.

Y, como por el supuesto decomiso del Jeep, los juzgadores estimaron que Motta Martínez había sufrido un desmedro patrimonial, estima la

censora, que aquí también se incurrió en una suposición probatoria, por carecer esta afirmación de prueba alguna que la respalde, ya que los vehículos objeto de la permuta, fueron retenidos por las autoridades, uno por presunción de contrabando y el otro por embargo y secuestro dentro de un proceso ejecutivo completamente ajeno al procesado Narváez Avila.

Finaliza la demandante, solicitando la absolución de su defendido.

ALEGATO DE LA PARTE CIVIL

El representante de los intereses privados se opone a las pretensiones de la defensora de Narváez Avila, sosteniendo primeramente, que en la demanda no se especifican en su totalidad los sujetos procesales por lo que debe ser inadmitida. Se ocupa a continuación de manera separada de cada una de las censuras. Sobre la falta de vinculación a que se refiere uno de los cargos, sostiene que el señor Motta Martínez en manera alguna fue autor del ilícito y sí víctima del mismo, por lo que no se afectó el debido proceso al no escuchársele en indagatoria.

Referido al segundo de los cargos, asegura que el hecho de que los esposos Gómez Valderrama hubieran o no cumplido con el contrato de promesa de compra venta es intrascendente porque esa consideración no sirvió como fundamento de la sentencia, sino toda una serie de evidencias y pruebas contra el procesado. Del tercero de los ataques, el relativo a la violación del debido proceso, afirma que fue presentado en forma confusa y sin ninguna demostración.

Bajo el título de "El denominado segundo cargo", el apoderado de la parte civil refiriéndose al aparte de la demanda que se ocupa de la omisión probatoria sobre la procedencia legal o ilegal del campero de placas CQN-020, afirma que "Tampoco se fruta en el presente cargo de la pretendida omisión de pruebas, por cuanto ocurrió todo lo contrario, precisamente, lo que condujo al despacho a afirmar responsabilidad penal por el delito de falsedad en contra del encausado, fue la plena existencia de prueba indicadora de la conducta falsaria". Advierte, además, que este cargo fue formulado con total falta de técnica.

Dejando a salvo el criterio de la Corte, sobre la errada calificación del sumario, sostiene que el cargo es a tal punto inconsistente que resulta innecesario un pronunciamiento de fondo. Y, sobre los ataques con base en la causal primera de casación, se anota por el no recurrente:

"Con el debido respeto para con la Honorable Sala de Casación Penal, permítaseme omitir todo comentario acerca de los planteamientos formulados por la recurrente, por estimar que el propósito del censor en estos pretende irreverentemente llevar a la confusión a tan distinguida Corporación, seguramente en su afán por cumplir formalmente con su deber...".

El escrito finaliza solicitando un fallo desestimatorio.

CONCEPTO DEL PROCURADOR TERCERO DELEGADO EN LO PENAL

CAUSAL TERCERA

Para el representante del Ministerio Público, pese a que el censor cita a la Corte en aquello de que no procede la nulidad con base en cualquier irregularidad, descuida este aspecto y ningún esfuerzo hace para determinar lo sustancial de las tres pruebas que echa de menos. No obstante, procede al estudio de las censuras propuestas, debiéndose aclarar que los aspectos que analiza en este primer ataque están todos referidos al proceso instruido por el Juzgado 12 de Instrucción Criminal, así:

Primer cargo

a. La no vinculación de José de Jesús Motta Martínez. Si se observa el expediente podrá advertirse que el citado Motta Martínez no estuvo presente más que en el momento cuando se confeccionó y suscribió el documento de transacción entre los señores Francisco Narváez Avila de una parte y José Luis Gómez y Luz Emérita Valderrama Gómez, por otra, contrato en el cual no desempeñó papel diferente al de deudor solidario respecto de la cancelación de la prenda sin tenencia que pesaba sobre el vehículo que se entregó a José Luis Gómez y por haber sido el vendedor del mismo a Narváez Avila, sin que por esa intervención asumiera responsabilidad diversa a la mencionada o liberara al propio acusado de las obligaciones que para él surgían de entregar el automotor libre de cualquier limitación del dominio.

Motta Martínez podía o no haber suscrito el documento; podía o no ocuparse del levantamiento de la reserva de dominio y en uno y otro caso, la situación no habría variado en lo más mínimo respecto de Narváez Avila. En desarrollo de la misma transacción se previó que Motta Martínez no cumpliera con las obligaciones adquiridas, relevándolo prácticamente de ellas a través de la obligación subsistente de pagar lo que se adeudaba a "Crecer S.A." por concepto de la reserva de dominio que afectaba al bien.

No hay prueba que permitiera vincularlo al proceso y si en gracia de discusión se pensara que existió no habría nulidad "en tanto que su conducta bien puede investigarse por diferente cuerda procesal, sin quebranto de las garantías constitucionales y sin que se vulnere el derecho de defensa".

b. Lo relativo al cheque que presentaron los perjudicados ante la Notaría. Estima que la censora procede de manera antitécnica en este ataque. En efecto, si ha de atenderse a los postulados de la causal tercera, ha debido señalar las probanzas que en su parecer resultaban necesarias y en qué medida su omisión afectó las garantías constitucionales o el dere

cho a la defensa del procesado, obligación que eludió dejando su censura a mitad de camino. Ahora, si por el contrario se trata de protestar contra la aseveración del Tribunal relacionada con la voluntad de cumplimiento del contrato por parte de los esposos Gómez Valderrama, la vía adecuada de su alegación lo es la causal primera de casación, por error de hecho por falso juicio de existencia o de identidad.

Y, por encima de la indicada falla técnica, es lo cierto que la circunstancia de la voluntad de cumplimiento de los promitentes compradores "no influyó en el contenido de la decisión de condena más que en la medida en que por medio de otras pruebas el Tribunal pudo arribar a la conclusión de que fue precisamente Narváez Avila quien se valió de artificios para inducir en error a los promitentes compradores y se abstuvo de dar cumplimiento a la promesa de contrato porque, aun estando en la ciudad y habiendo estado en la Notaría, no manifestó su voluntad de vender -no corrió la escritura correspondiente- sino que decididamente dijo en aquella oportunidad que ya no celebraría el contrato". Por ende, así no se hubiera especificado el origen del cheque exhibido ante el notario, pero habiéndose presentado los Gómez Valderrama a cumplir, ha de presumirse que llenaba las condiciones propias a sus obligaciones.

c. No se estableció la clase y fecha de la providencia que ordenó el embargo y el secuestro de la camioneta de placas AII 3287. Las circunstancias que sobre este particular echa de menos la censora, no tienen importancia alguna frente a la situación procesal, en la medida en que es lo cierto que la camioneta fue afectada con la medida cautelar mencionada. La demandante no acreditó porqué la determinación del origen de la medida era importante.

Segundo cargo

Concretadas estas censuras al proceso adelantado por el Juzgado 72 de Instrucción Criminal, las responde el Delegado con los siguientes argumentos:

a. Omisión a la práctica de pruebas. El campero de placas CQN-020 fue incautado por las autoridades de policía al no encontrar en orden sus elementos de identificación, lo que permite sin esfuerzos concluir que fue sacado físicamente del poder de su adquirente, con lo que se concreta el desmedro patrimonial. De otro lado, la verdad es que Narváez Avila tuvo todas las oportunidades de demostrar que el vehículo era correcto o que no era de contrabando.

Ahora, ninguna trascendencia tiene que el automotor fuera o no de contrabando ya que la conducta ilícita se estimó adecuada al tipo penal a través de la retención que la policía hizo del automotor y de la no coincidencia de sus medios de identificación con los documentos respectivos.

Finalmente, lo evidente es que, actualmente, el contrabando no se halla tipificado como delito y siendo que al encartado no se le procesó por tal infracción, carece de fundamento el pedimento de anulación sobre esa base.

b. La errada calificación. El Delegado, luego de detallar todo lo que, dentro del expediente, ha acontecido alrededor de este punto, entra a señalar que "Así la situación procesal, es evidente que todas las autoridades judiciales que intervinieron en ella entendieron que la conducta imputable a Narváez Avila se desarrolló en dos momentos diferentes: la adulteración de documentos públicos y su uso posterior. En donde existió divergencia fue al imputar al mismo incriminado dos delitos diversos a uno solo agravado, decidiéndose la situación a favor de la última hipótesis. En todo caso, las dos posiciones partían de la homogeneidad tanto del interés jurídico tutelado como de la descripción típica, pues en última los artículos 220 y 222 inciso 2o. del Código Penal, se refieren a una idéntica modalidad comportamental, sólo que el segundo de los citados contiene tanto la conducta descrita en el artículo 220 como la circunstancia de agravación pertinente, relacionada con el uso del documento".

Para el Ministerio Público, es evidente que los hechos investigados se subsumen en la descripción abstracta del artículo 222, inciso 2o. del C. P.; con lo cual concluye que la decisión impugnada es coherente con la materialidad de las infracciones. Y se insiste en que ninguna discordancia hay entre la resolución de acusación y la sentencia en la medida en que ambas recogen las conductas desarrolladas por el procesado bajo normas que si bien son diferentes, se encuentran previstas como infracción penal en el mismo título y en el mismo capítulo de Código Penal, conservándose así la unidad lógica de las decisiones.

No ve por parte alguna el Delegado vulneración del derecho de defensa, por tanto, los cargos no están llamados a prosperar.

Causal Primera

En relación con el proceso instruido por el Juzgado Doce de Instrucción Criminal, responde el Delegado a los dos cargos, así:

Primer cargo

Luego de señalar que pese a denunciarse una violación indirecta, se arguyen razones propias de la directa, la Delegada concreta que la casacionista no hizo otra cosa que resaltar una presunta equivocación del Tribunal, sin indicar, como era su deber, en qué forma el hecho de que los esposos Gómez Valderrama hubieran incumplido con lo acordado en el contrato de promesa de venta, influiría en la determinación ahora cuestionada. Con todo, no se advierte distorsión del contenido probatorio del documento, pues el Tribunal se atuvo al acta de presentación que se levantó con intervención del Notario Sexto del Círculo de Bogotá, quien cer-

tificó la voluntad de cumplimiento de los Gómez Valderrama. Se entra luego a presentar las razones por las que en sentir del Ministerio Público todo es indicativo de que si quienes se presentaron ante el Notario no hubieran tenido las condiciones necesarias para el cumplimiento de la obligación, así se hubiera expresado en el acta correspondiente. La censora, de otra parte, nada hizo de valor en orden a demostrar lo contrario, de donde no se ve ningún falso juicio de identidad endilgable al Tribunal.

Y, sobre la presunta distorsión del documento contentivo de la rescisión del contrato de compraventa, la libelista se conformó con aducir que el multicitado contrato de promesa era nulo, contrariando su posición anterior sobre su validez. Es más, el requisito que dice la actora no cumplido sobre los linderos, puede darse por satisfecho con la remisión que se hizo en el documento a las "descripciones del presente inmueble de acuerdo a la copia de la escritura No. 10466 de fecha 27 de diciembre de 1984 protocolizada reglamento de propiedad horizontal 'Edificio Gualteros'".

Ahora, no fue la retractación en sí lo que se consideró como engañoso, sino el haberles devuelto a los promitentes compradores la suma ya abonada a la compra del inmueble, con un vehículo cuya posesión después perdieron por decisión de una autoridad legítimamente constituida "y toda una serie de hechos antecedentes y consecuentes que quedaron debidamente especificados en el fallo atacado".

Lo de considerar equivocada la posición del Tribunal por haber ordenado la cancelación de la escritura de venta del susodicho inmueble, olvidó la actora que el Tribunal afirmó que esa escritura fue simulada y tuvo como objetivo la desposesión patrimonial de los ofendidos con el delito.

Segundo cargo

Para la demandante el Tribunal supuso las pruebas relativas a los siguientes hechos: que el procesado no comunicó a los perjudicados en el momento de la celebración del contrato de promesa septiembre 11/89; que el inmueble no era de su propiedad; que para el 7 de diciembre de 1989, no se había registrado la escritura de compraventa; que el incriminado nunca tuvo la intención de cumplir y, que la camioneta fue decomisada o rematada por la jurisdicción civil.

Estos episodios pierden todo poder si se examinan, como lo hizo el Tribunal, en unión con los demás hechos que se declararon probados en el proceso (ver folios 4 y ss. de la sentencia de 2a. instancia). Por lo demás, los hechos 1 y 2 encuentran su demostración con la copia del folio de matrícula inmobiliaria aportado al expediente, documento que no fue distorsionado.

A su turno, en relación con el proceso instruido por el Juzgado Setenta y Dos de Instrucción Criminal, se responde a las dos censuras presentadas, de la siguiente manera:

Primer cargo

Para la censora se presenta una distorsión del contenido del documento suscrito entre Motta Martínez y Narváez Avila sobre los vehículos porque los sentenciadores lo tomaron como un contrato de compraventa de la camioneta de placas AU-3287, cuando en verdad se trata de una permuta. Y sostiene, como los dos vehículos fueron retenidos, no puede existir estafa en perjuicio de Motta.

La Delegada responde aceptando que se trata de una permuta (art. 1850 del C. C.). Pero añade que como Motta entregó la camioneta y dinero (dos millones setecientos mil pesos) y Narváez sólo el vehículo, así sea mirado el asunto sólo sobre la base de que los dos perdieron la posesión de los automotores, el estafado fue Motta pues entregó cerca de tres millones de pesos a cambio de nada. Y esa fue la realidad que declaró probada el Tribunal, razón por la cual ha debido entonces atacarse el hecho de que del patrimonio del ofendido no se benefició el acusado, pese a lo cual ninguna mención sobre el dinero hizo la censora.

Segundo cargo

Aquí repite la libelista que como los dos vehículos fueron incautados no se produjo la estafa, y sólo agrega que no se ha demostrado que el campero CQN 020, haya sido puesto a disposición de las autoridades aduaneras y de ahí dizque un "supuesto decomiso". Para el Delegado, lo importante está en que la inmovilización obedeció a la discordancia entre la realidad y los documentos del vehículo y que dicho acto privó a Motta Martínez del dominio del automotor, por lo que debió cubrir al comprador del mismo el precio que había recibido por él.

Finaliza el Ministerio Público advirtiendo que en este cargo, al igual que en otros, ni siquiera se mencionó el precepto sustancial que se estimó vulnerado.

CONSIDERACIONES

1. Cargos formulados al amparo de la causal tercera

Proceso instruido por el Juzgado 12 de Instrucción Criminal

Primer cargo

Para la demandante se incurrió en nulidad, por no haberse vinculado al proceso a Jesús Motta Martínez, a pesar de estar probado que intervino en la negociación de la camioneta Renault 21, con los esposos Gómez Valderrama; por no haber reconocido los falladores la duda que dice existe respecto del cheque que para cancelar la totalidad del precio de la compra del inmueble llevaron los referidos esposos a la Notaría Sexta del Círculo de Bogotá, pues debía ser de gerencia y no de cuenta personal; y por no haberse establecido la fecha y clase de diligencia que ordenó el embargo y secuestro de la referida camioneta.

Son entonces tres las censuras que bajo el epígrafe de un solo cargo hace la demandante al fallo objeto de impugnación, entremezclando como se ve, diversas causales en una no clara argumentación de invalidez, lo cual de entrada impone su improsperidad.

En efecto, en relación con la no vinculación al proceso de Motta Martínez, es incuestionable probatoriamente que si bien éste aparece figurando en el documento conocido en autos como de "transacción", sólo lo es en el carácter de deudor solidario respecto de la cancelación de la prenda sin tenencia que pesaba sobre la camioneta marca Renault 21, Nevada, modelo 1988, de placas AU 3287, la misma que él había entregado a Francisco Narváez Avila, dentro del contrato de permuta de automotores por ellos celebrado y el que posteriormente el procesado Narváez entregaría a los esposos Gómez Valderrama, sin que exista prueba que permita aseverar que Motta Martínez tuviese vinculación alguna con el inmueble engañosamente prometido en venta por Narváez Avila a los mencionados esposos.

Además, como así lo hace ver el Delegado, el acta de "transacción" es bien clara en el sentido de que "de todas formas Francisco Narváez Avila se hace responsable de que la cancelación de la reserva de dominio que pesa sobre el vehículo objeto de este contrato, se verifique el día 31 de abril de 1990, y que de no ser así se compromete a pagar el señor Francisco Narváez el valor de la reserva, sin necesidad de requerimientos puesto que a ellos renuncia expresamente...". Es decir, que la obligación principal estaba en cabeza del procesado Narváez, hasta el punto de que en el documento prácticamente se libera de ella a Motta. Luego no se ve de dónde se pueda derivar compromiso penal para éste por el incumplimiento de la promesa de venta del citado inmueble por parte de Narváez.

De otro lado, resulta también evidente que ni en la anterior legislación (Decreto 050/87, art. 14), ni en la presente (Decreto 2700/91), comporta nulidad el hecho de que a pesar de existir un coparticipe en el delito, éste no haya sido vinculado dentro de un mismo proceso, por cuanto en tal evento bastaría que se expidieran las correspondientes copias para su investigación por separado, al no resultar afectado por este aspecto el derecho de defensa ni las garantías constitucionales, toda vez que, como es sabido, la responsabilidad penal es individual.

Ahora, en cuanto se refiere a la problemática de la duda probatoria por no haberse especificado en la diligencia de comparecencia notarial si el cheque que llevaban los esposos Gómez Valderrama era de gerencia o no, es evidente el error técnico en que incurre la demandante al recurrir a la causal tercera de casación para sustentarlo, desconociendo que como pacíficamente lo ha afirmado la jurisprudencia, esta clase de ataques deben hacerse por violación directa de la ley, cuando el sentenciador ha reconocido su existencia en la parte motiva de la sentencia omitiendo

hacerlo en la resolutiva, o por la vía de la violación indirecta, cuando en definitiva ni en la parte motiva ni en la resolutiva ha sido reconocida.

Finalmente, y en cuanto se refiere al hecho de no haberse establecido en el proceso penal la fecha y clase de diligencia que dispuso el embargo y secuestro de de la camioneta de placas AU 3287, se desconoce por qué motivo esta presunta omisión puede generar nulidad del fallo, pues la demandante se limita a hacer la afirmación sin proponer demostración alguna.

Ninguno de estos tres cargos prospera.

Segundo cargo

Al igual que con la censura anterior, aquí no obstante rotular como un solo cargo el reproche, en verdad son dos los que formula, olvidando que técnicamente, si así quería proceder, debió hacerlo por separado.

El primero de ellos lo hace consistir en la omisión en que, dice, incurrieron los sentenciadores, y en principio los instructores, al no practicar todas aquellas pruebas que permitieran demostrar que el Jeep Toyota de placas CQN-020 efectivamente era de contrabando, tal como se afirmaba en el acta de retención del vehículo y que al no haberse actuado en esa forma, se vulneró el derecho de defensa.

Así planteado el cargo, es ostensible la mutación que de los hechos probados hace la censora, lo cual le posibilita presentarlos sesgadamente para justificar la pretendida omisión probatoria, ya que si se analiza, como lo hicieron los sentenciadores, la integridad de la prueba aportada al proceso, necesario es precisar que aquí lo sucedido es que el citado vehículo fue incautado por la Policía Nacional en razón a que en ese momento no fue posible identificarlo técnicamente, por cuanto los elementos de identificación no concordaban con los documentos que amparaban su matrícula, pero posteriormente, se logró establecer que éstos eran falsificados. Que la Policía hubiera señalado en el acta de incautación, que el automotor era de "contrabando", no significa que, necesariamente, debía iniciarse una investigación por ese entonces hecho punible, lo cual además entrañaría una evidente falta de interés para recurrir por parte de la censora, pues una tal argumentación equivaldría a pretender otra investigación para su defendido.

El segundo cargo, como quedó clarificado en los propios términos que emplea la demandante, lo propone por violación al derecho de defensa no sin antes advertir, que también aquí sería viable acudir a la causal segunda, pero que se define por la de nulidad, porque al haberse variado los cargos, el acusado "no tuvo oportunidad" de controvertirlos, aclaración esta que a lo largo de la censura no la respeta en plenitud, porque para demostrar la vía que dice escoger, recurre indistintamente a la que denomina "errónea calificación" y hasta a la "falta de congruencia".

Realmente, la falta de claridad y precisión en la formulación de este cargo, como prácticamente es lo que caracteriza la demanda, lo hace no solo confuso para su comprensión, sino material y jurídicamente contradictorio, en la medida en que como premisa para escoger la causal por la cual aquí se decide, parte de la base de que en su criterio no hay duda respecto a que "el Juzgado 72 de Instrucción Criminal de Bogotá, incurrió en errada calificación respecto de la falsedad enrostrada a Francisco Narváez Avila" y acto seguido, cuestiona el fallo impugnado por haber variado "esa calificación, porque ello desembocaba en un fallo incongruente con el pliego de cargos".

Así, debe entenderse que para la censora, el Juzgado 72 de Instrucción Criminal equivocó la calificación delictual al imputarle a Narváez Avila los delitos de falsedad material de particular en documento público y uso de documento público falso, pero a su turno, afirma que el Tribunal no debió condenar por el delito de falsedad material de particular en documento público agravado por el uso, esto es, que debió hacerlo por el concurso imputado en la acusación, dejando sin fundamento la impropia solicitud de errónea calificación del hecho punible, ya que, en estas condiciones, la obvia conclusión sería que el mérito sumarial estuvo bien calificado.

Y, si lo que pretendía la demandante era afirmar la errónea calificación no respecto de la acusación, sino de la sentencia, es igualmente claro que el desenfoque conceptual en que incurre es de mayor dimensión, por cuanto como es sabido, este yerro sólo emana de la decisión calificatoria que repercute en el fallo, y no respecto al grado de atribución de autoría, sino en cuanto al tipo objetivo de la estructura delictual.

Ahora, si aun en estas condiciones se entendiere que la impugnante ha dejado de lado estos supuestos, para que, siendo coherente con su afirmación final de presentar el cargo sólo por violación al derecho de defensa, por cuanto su defendido no tuvo oportunidad de controvertir los cargos, se le debe también aclarar que si se refiere a los formulados en la acusación, de estos tuvo pleno conocimiento tanto la defensa material como la técnica, pues todas las alegaciones, incluyendo la de la audiencia pública, estuvieron centradas en el análisis de la conducta falsaria y del uso documental espúreo. Y, si el reproche se remite al delito agravado de falsedad imputado en el fallo de segunda instancia, también resultaría insultada la violación al derecho de defensa, pues además de no demostrarse en el libelo el contenido de la afectación aludida, no puede desconocerse que al atribuirle el Tribunal a Narváez Avila la falsedad de particular en documento público agravada por el uso, lo que hizo fue conceptualizar la división de conducta que se hizo en el calificatorio, por su unidad jurídica consagrada en el tipo agravado integrado por la falsedad documental y el uso, esto es, por los dos actos inicialmente independizados como conductas para efectos del concurso, pero sin modificar el contenido de la acusación ni en cuanto a la materialidad de las conductas ni respecto a

su connotación jurídico-penal, no afectando en forma alguna el derecho de defensa, ya que éste se ejercitó en forma plena frente al objeto jurídico materia de imputación, más aún cuando el delito imputado en la sentencia corresponde al mismo título en el que están descritos los de la acusación.

2. *Cargos formulados al amparo de la causal primera*

Proceso instruido por el Juzgado Doce de Instrucción Criminal

Primer cargo

De nuevo, y continuando con el desconocimiento de la formulación separada de cargos, la demandante con el epígrafe de un solo cargo, propone diversos ataques al fallo, que en este evento son tres por la vía indirecta de violación de la ley sustancial.

Sostiene en primer lugar, que se violó la ley por error de hecho por distorsión de la prueba, pues no obstante que en el acta de comparecencia notarial no se especificó que el cheque por $3.400.000.oo presentado por los esposos Gómez Valderrama fuera de gerencia, como se había pactado, el Tribunal entendió que con este documento se demostraba la voluntad de cumplir por parte de aquéllos.

El ataque así formulado, aparte de que prácticamente se queda en la sola presentación, dando a entender que de lo que se trataría es de una suposición de prueba y no de una distorsión, de todas maneras no puede estar llamado a prosperar, porque no es cierto que el Tribunal haya fundamentado la sentencia en el hecho de que el mencionado cheque fuera de gerencia o de cuenta personal, sino en que al momento de irse a firmar la escritura, Narváez Avila estaba vendiendo un bien inmueble que no era de su propiedad y que mediante engaños indujo a los esposos Gómez Valderrama a entregarle la suma de $7'000.000.oo.

Frente a este hecho, que consumó la estafa, viene a tener en cuenta el *ad quem*, como es apenas lo jurídico frente a esta clase de delitos, la buena fe con que actuaban los promitentes compradores, al creer que efectivamente se iba a perfeccionar el contrato y por ello concurrieron el día y hora señalados ante la notaría convenida, con los documentos debidos y el dinero adeudado, razón por la cual hicieron sentar la respectiva acta de presentación, resultando inane para la estructuración del delito que el cheque fuera de gerencia o no, pues la no firma de la escritura sólo sirvió para descubrir la estafa, pero no para su configuración.

Enseguida, y para desvirtuar la incidencia probatoria de la pretendida "transacción" que se ideó el procesado con posterioridad a la fecha acordada para el perfeccionamiento del contrato, haciéndoles creer a los esposos Gómez Valderrama que les iba a reintegrar el dinero recibido con la entrega de la camioneta Renault 21, que posteriormente fue embargada y la suma de $300.000.oo, la demandante persigue eliminar este hecho con

el argumento de que el contrato de promesa de venta no era válido, porque en él no se precisaron los linderos del inmueble y por tanto, lo que civilmente procedería era la rescisión del mismo, razón por la cual, el Tribunal habría distorsionado el contenido del citado contrato, teniéndolo como válido y deduciendo de la referida "transacción", otro medio artificioso.

Una tal forma de argumentar resulta violatoria del principio de no contradicción, si se tiene en cuenta que en el cargo precedente referido a la problemática del cheque de gerencia, había afirmado la validez del contrato, ahora la premisa de qué parte es la opuesta, esto es, que dicho documento estaba viciado de nulidad, pero ante todo, lo que sí es claro es que en este proceso el Tribunal no estaba decidiendo la legalidad del precitado negocio jurídico, sino la comisión de un delito de estafa, para el cual el cumplimiento formal de las exigencias legales de aquél, no necesariamente lo excluyen, más aún cuando está probado en el proceso que nunca existió la intención de cumplirlo por parte del procesado, como se demuestra con la posterior "transacción" y con el traspaso del inmueble a Aura Lucía Peña de Pasiminio, familiar de Narváez Avila.

Finalmente, la censora reprocha que el fallador ordenara la cancelación de la escritura pública No. 0765 de mayo 18 de 1990, mediante la cual Narváez Avila traspasó el inmueble de la carrera 67 No. 48-06 a Aura Lucía Peña de Pasiminio, por cuanto se trata de un delito de estafa y no de falsedad en los títulos de propiedad.

Desconoce, así, la casacionista el contenido del artículo 14 del C. de P.P., que impone a las autoridades judiciales el deber de "adoptar las medidas necesarias para que cesen los efectos creados por la comisión del hecho punible y las cosas vuelvan al estado anterior, de modo que se restablezcan los derechos quebrantados", que fue precisamente lo que hizo el Tribunal, al revocar la decisión de primer grado que había dispuesto levantar el embargo especial que pesaba contra el inmueble, por considerar que efectivamente se trataba de un mecanismo más empleado por el procesado para asegurar el producto de su ilícita conducta.

Segundo cargo

Este cargo se formula por error de hecho por suposición de las pruebas que demuestren que el procesado no comunicó a los perjudicados al momento de celebrar la promesa ni en la fecha en que se iban a firmar las escrituras, que el inmueble materia de negociación no era de su propiedad, motivo por el cual no podía el Tribunal inferir de ellos que aquel nunca tuvo la intención de transferir el dominio de la casa negociada; como tampoco podía afirmar que la camioneta de placas AU 3287 fue decomisada por la jurisdicción civil, pues de esto no obra prueba en el proceso.

Así propuestos estos reproches, aun cuando carecen de una adecuada demostración y se desconoce la incidencia de los mismos en el fallo,

ejemplifican una vez más no sólo lo distante que se encuentra el libelo de lo que corresponde a una demanda de casación, sino hasta el desconocimiento de elementales bases probatorias y sustantivo-penales, pues no deja de llamar la atención el primer cuestionamiento, si se tiene en cuenta que, precisamente, ese silencio del procesado es el que, entre otros hechos, condujo a los esposos Gómez Valderrama al engaño, pues de no haber sido así, no hubieran aceptado celebrar la promesa de venta.

Es que, como tantas veces lo ha reiterado la Sala, cuando se trata de atacar la prueba indiciaria en que se ha basado una sentencia, no es dable separar cada hecho indicador y cada inferencia, para obtener de cada uno una parcial conclusión, ya que ello conduciría a un claro desconocimiento de la naturaleza misma de esta clase de prueba indirecta, que precisamente se caracteriza porque es su conjunto el que conduce a una determinada conclusión.

Aquí la demandante desconoce este antiguo postulado casacional, pretendiendo desvirtuar mediante un análisis fragmentario de la prueba indiciaria, las conclusiones generales de responsabilidad deducidas por el Tribunal, valiéndose para ello de una curiosa transposición, al presentar como hechos indicadores precisamente los que constituyen los indicios, quizá previendo la imposibilidad de atacarlos por la vía del error de derecho, pues el silencio del procesado respecto a no informar a los compradores que el inmueble no era de su propiedad, es la inferencia a que se llegó y como tal debió enfrentarla. Igual sucede con la afirmación del Tribunal en el sentido de que para cuando se debía firmar la escritura, no aparecía registrado como propietario del inmueble Narváez Avila, ya que esta es la inferencia a que se llegó del análisis de la copia del folio de matrícula inmobiliaria que se aportó al expediente, como también sucedió con el embargo de la camioneta por parte del Juzgado Quinto Civil del Circuito de esta ciudad, toda vez que al haberse allegado copia al carbón de la diligencia de embargo y secuestro, necesariamente había que concluir que existía un proceso ejecutivo, en el que resultó gravado este automotor.

B. Proceso instruido por el Juzgado Setenta y Dos de Instrucción Criminal

Tercer y cuarto cargos

Sólo con algunas variantes de redacción, en estos dos últimos cargos, sostiene la demandante que los sentenciadores distorsionaron el contenido real del documento suscrito entre Narváez Avila y Motta Martínez al tomarlo como un contrato de compraventa de la camioneta de placas AD 3287, cuando se trataba de un negocio jurídico de permuta. Y que como los dos vehículos fueron finalmente retenidos, no se ve cómo pueda configurarse el delito de estafa.

Imponiéndose en estas condiciones una sola respuesta, observa la Sala que la libelista cumple exclusivamente con hacer las precedentes afirma-

ciones, pero tampoco aquí demuestra los cargos y su incidencia en el fallo, desconociéndose por tanto, en qué trasciende el hecho de que el referido contrato sea de compraventa o de permuta, pues la sola literalidad del título del contrato en ninguna forma puede hacer variar su contenido, ya que lo cierto es que, con uno u otro, puede subsistir la estafa. Y el hecho de que el a quo se haya referido a un contrato de compraventa de los automotores, en nada incide en la existencia del delito, como tampoco el hecho de que la camioneta Renault 21 haya resultado después embargada por la jurisdicción civil, pues además de que la responsabilidad penal es individual, al entregarle Motta Martínez a Narváez Avila la referida camioneta y $2'700.000.oo como contrapartida del campero Toyota, de ilegal procedencia, apriorísticamente no puede conducir a afirmar la inexistencia del delito en cuestión.

Ningún cargo prospera.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia impugnada.

Cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

PORTE ILEGAL DE ARMAS/ COLISION DE COMPETENCIA

No es la situación normal de quien lleva el arma con la munición del tambor y algunos tiros más, sino de quienes son portadores de una cantidad considerable de munición que hace que su conducta resulte de mayor peligro para la sociedad, y por ende constitutiva de un verdadero concurso y merecedora de un tratamiento procesal especial.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. Santa Fe de Bogotá, D.C., Julio veinticinco (25) de mil novecientos noventa y seis (1996).

Magistrado Ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel.*

Aprobado Acta No. 110.

Proceso No. 11843.

VISTOS

Procede la Sala a pronunciarse sobre el conflicto de competencias surgido entre el Juzgado Regional de Medellín y el Juzgado Penal del Circuito de Urrao, dentro del proceso adelantado contra Rubén Darío Jiménez González y otro, por el delito de porte ilegal de armas.

I. ANTECEDENTES

El 10 de agosto de 1995 cerca a la bomba del barrio Buenos Aires, en la localidad de Urrao (Antioquia), agentes de la Policía aprehendieron a Jorge Jesús Garro y Rubén Darío Jiménez González, al primero de ellos le incautaron una pistola marca Bernardelli 9 m.m. distinguida con el número 15966, 2 proveedores, 13 proyectiles, una peinilla y un pasamontañas; al último de los nombrados le fue decomisado un revólver calibre 38 largo marca Llama distinguido con el número interno 917, una navaja, 24 proyectiles, un pasamontañas de lana color negro y veinte mil pesos ($20.000.oo) en efectivo.

II. ACTUACIÓN PROCESAL

1. Correspondió la investigación a la Unidad de Fiscalías de Urrao (Antioquia), despacho que profirió medida de aseguramiento de detención

preventiva en contra de los procesados por violar el artículo 1o. del Decreto 3664 de 1986, concediéndoles la libertad provisional garantizada con caución prendaria.

2. Mediante providencia del 25 de octubre del año próximo pasado, la Fiscalía Seccional dictó resolución de acusación contra Rubén Darío Jiménez González y Jorge Jesús Garro Trujillo como presuntos responsables de violar el artículo 1o. del Decreto 3664 de 1986 al portar armas de fuego y munición sin el respectivo salvoconducto.

3. El Juzgado Penal del Circuito de Urrao a quien le correspondió el proceso se declaró incompetente para conocerlo y lo remitió al Juzgado Regional de Medellín.

4. Luego de hacer un análisis de las diferentes providencias de esta Corporación, el Juez Regional llegó a la conclusión que la competencia para conocer del proceso radica en el Juez del Circuito de Urrao y así lo explica:

"Luego si una persona porta en su poder X cantidad de municiones sin permiso de autoridad competente, está infringiendo el artículo 1o. del Decreto 3664 de 1986, por ser un tipo penal autónomo, y la competencia les corresponde a los Jueces Regionales; pero si yo porto un revólver con X cantidad de proyectiles para esa arma, no podrá dividirse la conducta en porte de armas y porte de municiones. No pueden escindirse tales conductas y hacerles un manejo procesal autónomo e independiente para reprocharles penalmente dos comportamientos criminosos aislados cuando ellos tienen una esfera de vinculación absoluta y su conexidad es evidente; tratarlo de otra forma, como lo deja entrever el Juzgador del Circuito, sería adecuar el tipo infringido dentro de las características del concurso,dejando de lado que el porte de las municiones queda subsumido dentro del porte de las armas de defensa personal por depender aquél del desarrollo que se hace de éste y ser de mayor utilidad en la esfera penal...".

Con este argumento se negó a conocer del proceso y le propuso colisión de competencias negativa al Juzgado del Circuito.

5. El Juzgado del Circuito de Urrao aceptó trabar el conflicto y así lo sustentó:

"... Ninguna incidencia tiene para la solución del conflicto planteado la precisión de la modalidad condicional imputable a MM, pues cualquiera sea a la que corresponda de entre las varias que trae el artículo 1o. del Decreto 3664, la competencia es de la Justicia Regional. Resulta oportuno señalar, para prevenir futuros e innecesarios conflictos de competencia, que la munición correspondiente a la carga natural, entendida como el número de cartuchos que el tambor o proveedor está en capacidad de recibir según su diseño de fábrica, se integra al concepto o noción de arma de fuego, pero la ausencia de carga en nada modifica la modalidad delictiva, ya que el arte-

facto es considerado arma no porque esté dotado de proyectiles, sino porque reúne las características señaladas en el artículo 6o. del decreto 2535 de 1993" (Providencia del 3 de agosto de 1995, M.P. Doctor Fernando E. Arboleda Ripoll). "Lo anterior quiere decir, que cuando se pasa del número de cartuchos que el tambor o proveedor está en capacidad de recibir -como en el caso presente-, la competencia es de los señores Jueces Regionales, para nuestro caso los que tienen sede en Medellín".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Por disposición del numeral 5o. del artículo 68 del Código de Procedimiento Penal, corresponde a esta Corporación resolver los conflictos de competencias que se presenten entre un juez regional y cualquier juez penal de la República.

2. La conducta desarrollada por los indagados en este proceso se halla descrita en el artículo 1o. del Decreto 3664 de 1986, adoptado como legislación permanente por el artículo 1o. del decreto 2266 de 1991 que dice:

"El que sin permiso de autoridad competente importe, fabrique, repare, almacene, conserve, adquiera, suministre o porte armas de fuego de defensa personal, municiones o explosivos..." (lo subrayado es nuestro).

3. El numeral 4o. del artículo 71 del estatuto procesal penal les asigna a los jueces regionales la competencia para conocer en primera instancia de los delitos a que se refiere el decreto 2266 de 1991, con excepción del simple porte de armas de fuego de defensa personal, punible que corresponde a los juzgados penales del circuito.

El yerro del Juzgado Regional radica en creer que el porte de un arma autoriza a que se lleve cualquier cantidad de proyectiles, de modo que en el caso que nos ocupa solamente se puede tipificar el punible de porte de arma de fuego de defensa personal.

A su vez, el Juzgado Penal del Circuito incurre en el error de considerar que la única munición que se puede portar con el arma es la carga que corresponde al tambor o al proveedor, de manera que los proyectiles que pasen de ese número configuran automáticamente la conducta de porte de municiones.

Como puede verse, cada uno de los funcionarios colisionantes adopta una posición extrema, con la idea equivocada de estar acogiendo una tesis sostenida por la Corte Suprema de Justicia, sin advertir que en el caso al cual se refieren simplemente se aclaró que la carga natural forma parte del concepto de arma de fuego, pero ello no significa que si la persona lleva unos proyectiles más, ya por eso su comportamiento se tipifica como porte de munición, pues ese no es un concepto matemático sino valorativo, y el juez debe analizarlo en cada caso concreto.

4. En este evento tenemos que a Jorge Jesús Garro se le encontró una pistola 9.m.m., dos proveedores y trece proyectiles, y a Rubén Darío Jiménez, un revólver 38 largo y 24 proyectiles, de manera que no es la situación normal de quien lleva el arma con la munición del tambor y algunos tiros más, sino de quienes son portadores de una cantidad considerable de munición que hace que su conducta resulte de mayor peligro para la sociedad, y por ende constitutiva de un verdadero concurso y merecedora de un tratamiento procesal especial.

4. En consecuencia, se remitirá el proceso al Juzgado Regional de Medellín, quien deberá tomar las decisiones pertinentes para precaver violaciones al debido proceso, atendiendo las normas que sobre la competencia para la instrucción, calificación y acusación ante esos despachos judiciales establece el Código de Procedimiento Penal.

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

RESUELVE:

Declarar que el competente para conocer de las presentes diligencias es el Juzgado Regional de Medellín, adonde se remitirá el proceso para los fines pertinentes.

Comuníquese esta decisión al Juzgado Penal del Circuito de Urrao y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

COMPETENCIA TERRITORIAL/ COLISION DE COMPETENCIA

La norma citada (art 80 C. de P.P.) establece varias hipótesis tendientes a concretar la competencia territorial. En una de ellas se consagra que el funcionario competente a prevención para conocer del proceso es aquel que hubiere proferido resolución de apertura de instrucción, postulado éste que se aplica incluso para los casos en que se presenten delitos conexos.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santafé de Bogotá, D.C., veintiséis (26) de julio de mil novecientos noventa y seis (1996).

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

Aprobado Acta No. 110.

Proceso No. 11863.

VISTOS

Resuelve la Corte la colisión de competencias negativa surgida entre el Juzgado Promiscuo Municipal de Santa Lucía (departamento del Atlántico) y el Juzgado Promiscuo Municipal de Calamar (departamento de Bolívar), en el proceso que por contravenciones especiales de hurto se adelanta contra Willintong Martínez Fonseca y Jorge Luis Díaz Olivo.

HECHOS

En horas del medio día del 15 de abril del año en curso, cuando la señora Policarpa Brochero Villanueva se encontraba frente a la iglesia del municipio de Santa Lucía, Willintong Martínez Fonseca y Jorge Luis Díaz Olivo le arrebataron la suma de $ 545.000 que llevaba consigo. Acto seguido, los ladrones salieron en huida cruzando el dique (límites entre los departamentos del Atlántico y Bolívar), sitio en el cual se apoderaron de un caballo, el que pastaba en este lugar (equino avaluado en $ 150.000), con el fin de concretar el escape hacia el corregimiento del Pilón, jurisdicción del municipio de Calamar, en donde ese mismo día fueron capturados por miembros de la Policía Nacional.

ANTECEDENTES

1. Con base en el informe rendido por el Comandante de la Policía Nacional de la Estación Rural de Santa Lucía (Atlántico), el Juzgado Promiscuo Municipal de esta localidad, mediante auto del 15 de abril del año en curso, ordenó la apertura de la investigación conforme al trámite consagrado en la ley 228 de 1996.

2. Durante la audiencia preliminar el Juez de Santa Lucía coligió que como uno de los hechos objeto de investigación (hurto del semoviente), se llevó a cabo en el corregimiento del Pilón, jurisdicción del municipio de Calamar, departamento de Bolívar, dispuso el envío de las copias pertinentes al Juzgado Promiscuo Municipal del citado lugar por competencia.

3. Por su parte, el Juzgado de Calamar sostiene que no es competente para conocer del hurto del equino, por cuanto considera que entre los hechos punibles, génesis del proceso, se predica la conexidad, además de que el artículo 80 del Código de Procedimiento Penal señala cuál es el funcionario competente para asumir el conocimiento del diligenciamiento.

Concluye afirmando que como quiera que esas dos contravenciones "están unidas por conexidad y en el Juzgado de Santa Lucía se abrió primero el proceso contravencional, queda entonces en ese Despacho radicada la competencia", razón por la cual ordenó la remisión del expediente a esta Corporación con el fin de desatar el conflicto negativo de competencias.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es la competente para desatar el conflicto de competencias negativo suscitado entre los Juzgados Promiscuos Municipales de Santa Lucía y Calamar, Despachos pertenecientes a distintos distritos judiciales, según así lo dispone el numeral 5° del artículo 68 del Código de Procedimiento Penal.

2. En el presente caso no hay duda que se está frente a dos contravenciones especiales cometidas en sitios disímiles que guardan conexidad consecuencial, ya que si bien el hurto del semoviente se cometió en jurisdicción territorial distinta de la del apoderamiento del dinero, también lo es que éste tuvo como fin facilitar la huida de los sindicados.

El artículo 80 del Código de Procedimiento Penal contempla la solución del problema jurídico planteado.

En efecto, la norma citada establece varias hipótesis tendientes a concretar la competencia territorial. En una de ellas se consagra que el funcionario competente a prevención para conocer del proceso es aquel que hubiere proferido resolución de apertura de instrucción, postulado éste que se aplica incluso para los casos en que se presenten delitos conexos.

Así, entonces, la competencia para conocer de las contravenciones especiales que se les imputan a los procesados Martínez Fonseca y Díaz Olivo recae en el Juzgado Promiscuo Municipal de Santa Lucía, toda vez que este Despacho, el 15 de abril del presente año, inició la investigación y dispuso la realización de audiencia preliminar, de conformidad con el artículo 18 de la Ley 228 de 1996.

Siendo claro que el Juez de Santa Lucía fue el primero en proferir resolución de apertura de instrucción y comprendiendo que los mencionados hechos punibles están unidos bajo los lineamientos de la conexidad, lo que por mandato legal implica su investigación y juzgamiento conjuntamente (art. 88 ibídem), lógico es concluir que es aquel funcionario y no el de Calamar el llamado a seguir conociendo del proceso.

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

RESUELVE:

DECLARAR que la competencia para conocer de este proceso corresponde al Juzgado Promiscuo Municipal de Santa Lucía (Atlántico). Por tanto, remítasele el expediente e infórmesele de esta decisión al Juzgado Promiscuo Municipal de Calamar (Bolívar).

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

TUTELA/ ACCION DE REVISION

En los asuntos de tutela, el inciso segundo del artículo 86 de la Carta Política consagró no una acción, sino la eventual revisión de los fallos de tutela, es decir de las sentencias, cuya competencia la atribuyó exclusivamente a la Corte Constitucional. Así mismo, el artículo 33 del Decreto 2591 de 1991 establece que de todos los asuntos que sean remitidos a la citada Colegiatura, la Sala de selección integrada por dos (2) Magistrados, sin motivación expresa y según su criterio, determinarán cuáles fallos habrán de ser revisados; empero, de los no seleccionados, cualquiera de los Magistrados de la Corporación o el Defensor del Pueblo podrán solicitar su revisión, cuando éstos consideren que pueda aclarar el alcance de un derecho o evitar un perjuicio grave.

Es claro que si la Carta Política y el Decreto Reglamentario de la acción de tutela 2591 de 1991 no consagraron la "acción de revisión" prevista en el artículo 232 del Código de Procedimiento Penal, contra las decisiones que el Juez adopte no procederán recursos distintos de los expresamente previstos en las preceptivas especiales que rigen el instituto, siendo preciso destacar que con relación al estatuto procesal penal, solamente se hace remisión a su artículo 103, es decir, a los motivos de impedimento (artículo 39 del Decreto 2591/91), descartando la posibilidad de la recusación.

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

Magistrado Ponente: Dr. *Dídimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta No. 111.

Proceso No. 12008.

VISTOS

En uso del mandato otorgado por el Presbítero Efraín Gaitán Orjuela, el abogado Alfredo Pores Gamboa instaura ante esta Corporación acción de revisión contra las providencias del Juzgado 3° Penal del Circuito de

Quibdó de fecha 12 de marzo del corriente año y de la Sala Dual Civil-Laboral del Tribunal Superior de la misma ciudad calendada el 19 de los citados mes y año, mediante las cuales se sancionó por desacato al mencionado sacerdote, por no dar cumplimiento a una sentencia de tutela que le ordenó rectificar en el periódico "Presente" del cual es Director, una publicación contenida en el ejemplar No. 201.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Afirma el actor que en el mes de agosto de 1995 el doctor Marcos Bejarano Sánchez, en su condición de Fiscal 2° de la Unidad de Vida de Quibdó, promovió ante el Juzgado Segundo Penal del Circuito de la misma ciudad, incidente por desacato al fallo de tutela de fecha 11 del mismo mes y año proferido por la Sala Dual Civil-Laboral del Tribunal Superior de la misma ciudad, en el que expresamente se indicó en el numeral 2° de la Parte Resolutiva "...se le ordena al señor Efraín Gaitán Orjuela, Director y Representante Legal del periódico 'Presente', que en su próxima edición, en su segunda página y en la misma forma como se hizo la publicación en su edición 201 de junio de 1995, publique el siguiente texto:"

"En la edición 201 de junio de 1995, ERRÓNEAMENTE este periódico informó a sus lectores, bajo el título EN PROBLEMAS LOS DE 'CUELLO BLANCO', que en los cassettes se escuchaba la voz del Fiscal Marcos Bejarano, cuestión que carece de veracidad, por no ser ello cierto, ya que su voz no aparece grabada en los mentados cassettes, y por tanto carece de veracidad que el Fiscal Marcos Bejarano haya pedido cierta cantidad de dinero para acallar unos crímenes" (42 a 54).

Advierte el libelista que el Juzgado del conocimiento adelantó el referido incidente y que mediante proveído de fecha 23 de octubre de 1995 se abstuvo de imponer sanción alguna al padre Gaitán Orjuela (fls. 16 a 21), decisión que fuera impugnada por el Fiscal Bejarano Sánchez, siendo confirmada por la Sala Civil-Laboral el 18 de diciembre siguiente (fls.27 a 32).

Que no obstante lo anterior, ante la inconformidad del accionante el 11 de enero nuevamente propuso incidente por desacato contra su poderdante, declarándose impedida la titular del Juzgado 2° Penal del Circuito de Quibdó y pasando el asunto al Tercero de la misma especialidad, quien en providencia calendada el 24 siguiente se abstuvo de darle trámite al incidente (fls.67 a 71).

Agrega que el Fiscal nuevamente recurre la decisión para ante el Tribunal, dándosele la orden al Juez de imponer sanción al padre Gaitán Orjuela, lo que efectivamente aconteció en providencia del 12 de marzo del corriente año, mediante la cual se determinó como pena la de 30 días de arresto y multa de dos (2) salarios mínimos mensuales (fls. 72 y 73), providencia que fue reformada por la Sala Dual Civil-Laboral del Tribunal Superior de Quibdó

el 19 siguiente en el sentido de que el arresto lo era por un (1) mes, cuando lo cierto es que antes del fallo de primera instancia, el Presbítero ya había dado cumplimiento a la sentencia de tutela, es decir, realizando la rectificación. "hecho éste que invalida cualquier intento de sanción y/o pena en contra del Padre Efraín Gaitán Orjuela".

Con apoyo en los motivos 1° y 2° del artículo 232 del Código de Procedimiento Penal, el actor estima que la presente acción de revisión es procedente, por cuanto "se tramitó un incidente sobre un anterior incidente ya fallado, es decir, juzgándose dos veces por el mismo hecho, así lo expresa el artículo 29, numeral 4° de la C.N.; también el procedimiento fue inadecuado, pues se hizo temeridad de pretensiones, violación del debido proceso al no admitir el memorial y sus respectivas pruebas presentadas por el Dr. Alfredo Pous Gamboa, cuando ni siquiera se le reconoció personería, el Dr. Marcos Bejarano Gamboa, en su calidad de Fiscal de vida, litigó en forma permanente desconociendo su condición de empleado público. El Dr. Vitalino Palacios Mena, al sentirse agraviado con el Director del Periódico Presente, debió declararse impedido para conocer del asunto; por lo tanto consideró haber prevaricado, en general existe un cúmulo de anomalías que ustedes podrán apreciar cuando tengan la oportunidad de conocer a fondo el proceso" (fl. 102).

Solicita en consecuencia que se anulen o revoquen las providencias de fechas 12 y 19 de marzo del corriente año, dictadas por el Juzgado 3° Penal del Circuito y Sala Dual Civil-Laboral del Tribunal Superior de Quibdó, respectivamente.

Consideraciones de la Corte

1° Ostensible y manifiesta resulta la inconducencia de la acción de revisión propuesta por el apoderado del Presbítero Efraín Gaitán Orjuela con fundamento en las causales 1ª y 2ª del artículo 232 del Código de Procedimiento Penal, en primer término porque dichos motivos están previstos exclusivamente para sentencias condenatorias en materia penal debidamente ejecutoriadas y también, respecto de las causales 4ª y 5ª para los casos de cesación de procedimiento y preclusión de la investigación, es decir, por tener fuerza de cosa juzgada.

En los asuntos de tutela, el inciso segundo del artículo 86 de la Carta Política consagró no una acción, sino la eventual Revisión de los fallos de tutela, es decir de las sentencias, cuya competencia la atribuyó exclusivamente a la Corte Constitucional. Así mismo, el artículo 33 del Decreto 2591 de 1991, establece que de todos los asuntos que sean remitidos a la citada Colegiatura, la Sala de selección integrada por dos (2) Magistrados, sin motivación expresa y según su criterio, determinarán cuáles fallos habrán de ser revisados; empero, de los no seleccionados, cualquiera de los Magistrados de la Corporación o el Defensor del Pueblo podrán solici-

tar su revisión, cuando éstos consideren que pueda aclarar el alcance de un derecho o evitar un perjuicio grave.

2° La Corte Constitucional en sentencia C-243 del 30 de mayo del corriente año, al declarar parcialmente la exequibilidad del artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, rechazó la posibilidad de dar aplicación al artículo 4° del Decreto 306 de 1992 y 138 y 351 del Código de Procedimiento Civil en los incidentes por desacato, al precisar:

"Porque el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991 es norma especial que regula la materia y dicha norma consagra un incidente especial, cual es el de desacato dentro del trámite de la acción de tutela; en cambio, los artículos 138 y 351 del C. de P.C. que establecen cuándo y en qué efecto procede la apelación del auto que decide un incidente en el proceso civil, son normas no específicas frente al caso que regula la norma demandada."

"Porque el legislador, al guardar silencio al otorgamiento del recurso de apelación *al auto que decide el incidente de desacato*, implícitamente no lo está consagrando. Es decir, intencionalmente la norma guarda silencio para así no consagrar el recurso; esto por cuanto el principio general del procedimiento civil es exactamente ese: que sólo las providencias que expresamente se señalan por la ley como apelables, lo son. Por lo cual, si el legislador expresamente no las menciona, no lo son." (Destaca la Corte).

3° Es claro entonces que si la Carta Política y el Decreto Reglamentario de la acción de tutela 2591 de 1991 no consagraron la "acción de revisión" prevista en el artículo 232 del Código de Procedimiento Penal, contra las decisiones que el Juez adopte no procederán recursos distintos de los expresamente previstos en las preceptivas especiales que rigen el instituto, siendo preciso destacar que con relación al estatuto procesal penal, solamente se hace remisión a su artículo 103, es decir, a los motivos de impedimento (artículo 39 del Decreto 2591/91), descartando la posibilidad de la recusación.

4° Así las cosas, la demanda presentada por el apoderado del Presbítero Efraín Caitán Orjuela habrá de ser rechazada, pues esta Corporación no tiene competencia para admitir la acción de revisión propuesta. Y en cuanto hace relerencia a la pretendida nulidad de la actuación cumplida por el Juzgado 3° Penal del Circuito y Sala Dual Civil-Laboral del Tribunal Superior de Quibdó, si bien es cierto que la Sala observa irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso que garantiza el artículo 29 de la Carta Política, como la incompetencia de la Sala de Decisión que conoció de la sentencia de tutela y de los incidentes por desacato, pues el superior jerárquico del Juez Penal del Circuito lo es la Sala Penal de la misma Colegiatura, no corresponde a esta Sala declararla como se le demanda y tampoco acceder a la revocatoria de las providencias interlocutorias que contienen la sanción de arresto y multa al Director del periódico "Presente". Aquella debe proponerse ante el funcionario de pri-

mera instancia, es decir, dentro del proceso mismo y no fuera de él a través de una acción que, como ya se dejó ampliamente consignado, resulta improcedente para el caso concreto.

5° Finalmente, como son de extrema gravedad las irregularidades que se enuncian, ello amerita compulsar copias para ante el Consejo Superior de la Judicatura -Sala Disciplinaria- y la Fiscalía General de la Nación -Coordinador General- para lo de su cargo.

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

RESUELVE:

1o. Reconocer al doctor Alfredo Petes Gamboa como apoderado del Presbítero Efraín Gaitán Orjuela.

2° RECHAZAR la demanda de Revisión presentada por el apoderado del Padre Efraín Gaitán Orjuela, por las razones consignadas en precedencia.

3° Ejecutoriada esta providencia, compúlsense las copias referidas y archívense las diligencias.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

PERJUICIOS/ DEMANDA DE CASACION

Si bien el artículo 221 del Código de Procedimiento Penal establece que cuando el recurso tenga por objeto únicamente lo referente a la indemnización de perjuicios decretados por la sentencia, se podrá admitir sin consideración a la pena que corresponde al delito o delitos, esto es, que el cumplir con el requisito de la pena releve de la necesidad de que para impugnar los perjuicios se cumpla la exigencia de la cuantía requerida en materia de casación civil, y la invocación de sus causales.

Para ilustrar este punto es oportuno relacionar las distintas alternativas:

a) Si el recurso se interpone para censurar exclusivamente el contenido penal del fallo, será procedente si éste fue proferido en segunda instancia por un Tribunal Penal Militar, y que al menos uno de los delitos de que trata tenga señalada pena privativa de la libertad cuyo máximo, atendidas las circunstancias de agravación y atenuación modificadoras de la punibilidad, sea o exceda de seis (6) años. (Artículo 218 del C. de P. P. Incisos 1°. y 2°.).

b) Cuando el objeto de la demanda es impugnar únicamente lo referente a la indemnización de perjuicios decretados en la sentencia condenatoria de segunda instancia dictada por alguno de los Tribunales mencionados, no juega para nada el requisito de la pena correspondiente al delito, pero en su lugar, para que el recurso sea procedente es necesario que la cuantía de la resolución desfavorable al recurrente sea la requerida para recurrir en casación civil, y que la demanda se presente por esas causales. (Artículo 221 C. de P. P.).

c) Si el censor pretende formular cargos contra la sentencia respecto del tema penal, y también en materia exclusivamente de indemnización de perjuicios puede hacerlo en la misma demanda de capítulos separados, pero respecto de cada uno de los tópicos que pretende cuestionar se deben reunir sus respectivos requisi-

tos, es decir, para lo primero la pena máxima prevista, y para lo segundo la cuantía que en ese momento se exija en casación civil.

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

Magistrado Ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel.*

Aprobado Acta No. 109 Julio 24 de 1996.

Proceso No. 8905.

VISTOS

Procede la Corte a resolver sobre la demanda de casación presentada por el defensor del procesado Heliodoro Rodríguez Puentes, contra la sentencia del Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá, confirmatoria de la dictada por el Juzgado Cincuenta y Seis Penal del Circuito de la misma ciudad, que condenó al aquí recurrente por el delito de homicidio atenuado por el estado de ira a la pena principal de cuarenta (40) meses de prisión, la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término, y al pago de perjuicios así: a favor de Bárbara Walteros doscientos trece mil quinientos veintiún pesos ($213.521) como daño emergente, y seis millones ochocientos setenta y dos mil novecientos ochenta pesos ($6'872.980) por "daños materiales"; por el mismo concepto dos millones trescientos ochenta y ocho mil ochocientos cuarenta y tres pesos ($2'388.843) para Marlem Buitrago, y para cada uno de los hijos -Víctor Julio, Ennedy y Humberto- un millón cuatrocientos noventa y cuatro mil setecientos veintiún pesos ($1.494.721). Por perjuicios morales cien (100) gramos oro para la esposa, y el equivalente a cincuenta (50) gramos oro para cada uno de los hijos.

HECHOS

Fueron relatados por el Tribunal así:

"Tuvieron lugar el 10 de agosto de 1990, aproximadamente a las tres y treinta de la tarde, en el interior del depósito de materiales para construcción denominado 'EL RUBI' ubicado en la Avenida primero de Mayo, Nro. 43-14 de esta ciudad, de propiedad del incriminado Rodríguez Puentes y a donde hizo presencia el obitado para reclamarle asuntos relativos a una negociación que sobre un camión habían tenido meses antes. Allí, en una de las bodegas del establecimiento y luego de preceder algún cruce de palabras, fue muerto con arma de fuego el visitante por parte del señor Heliodoro Rodríguez quien en forma inmediata abandonó el lugar".

II. ACTUACIÓN PROCESAL

El Juzgado Sesenta y Dos de Instrucción Criminal abrió la correspondiente investigación, y luego de declarar persona ausente al sindicado

Heliodoro Rodríguez Puentes, le resolvió la situación jurídica con medida de aseguramiento consistente en detención preventiva. Posteriormente el imputado se presentó y rindió indagatoria.

Cerrada la investigación, el funcionario instructor calificó el mérito del sumario el 16 de julio de 1991 con resolución de acusación contra Rodríguez Puentes por el delito de homicidio, providencia que fue confirmada por el Tribunal al resolver el recurso de apelación interpuesto por el defensor.

El Juzgado Doce Superior, convertido luego en el Cincuenta y Seis Penal del Circuito, tramitó la etapa del juicio y profirió la sentencia condenatoria en los términos antes indicados, la cual fue confirmada íntegramente por el Tribunal Superior.

III. La demanda

Primer cargo

El libelista invoca la causal primera del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, y transcribe el cuerpo primero que dice: "CUANDO LA SENTENCIA SEA VIOLATORIA DE UNA NORMA DE DERECHO SUSTANCIAL".

Acusa el fallo del Tribunal de "ser violatorio de normas de derecho sustancial, por falta de aplicación del art.29 numeral 4o del Código penal y aplicación indebida de los arts. 36, 323 de la misma obra y arts. 2o. 3o., 6o. 9o, 246, 247, 294, y 445 del C. de P.P.".

En el desarrollo del cargo el censor hace los siguientes planteamientos:

La versión rendida por el procesado en su injurada debe tenerse como confesión calificada ajustada a los requisitos de ley, merecedora de "entera credibilidad", ya que no se allegó elemento de juicio alguno que la contradijera, siendo corroborada en lo relacionado con la proximidad entre víctima y victimario con la experticia de Medicina Legal, en la que se constató la existencia de tatuaje en la periferia del orificio de entrada y que los disparos se hicieron de frente. Al momento de realizar el levantamiento del cádaver se encontraron en la pared y en la puerta huellas de sendos disparos, así como tres proyectiles, lo que indica que sí existió el intercambio de disparos que se asevera en la confesión.

Agrega el casacionista que "Todos los testigos que depusieron dentro del proceso corroboran las afirmaciones de Heliodoro Rodríguez a excepción de Antonio Ramírez Pacheco y Elsy Sánchez Cubillos", testigos que según constancia dejada por el instructor no estaban en condiciones de ver sino lo que sucedió en la puerta o de ella hacia afuera, luego en eso merecen credibilidad. La descripción que hacen de la persona que vieron correr con un arma en la mano no corresponde a la del procesado.

Con relación a la versión del acusado acerca de que el hoy occiso portaba un arma de fuego, sostiene el actor que ello no podía ser desvirtuado por el *ad quem* con el hecho de que el Jefe de la Oficina de Control de Armas y Municiones hubiese certificado la no expedición de salvoconducto a nombre de Miguel Antonio Buitrago. Además, "Ningún testigo afirma haber visto el momento de los disparos, luego no es cierto que haya dicho alguien que Buitrago no esgrimió arma de fuego".

Insiste en que al no dársele credibilidad a la confesión calificada hecha en la indagatoria se violaron las siguientes normas: el artículo 9o. del estatuto procesal porque se niega al enjuiciado el derecho a decir la verdad, y el artículo 29 de la Constitución porque se le niega el derecho a defenderse.

Se desconocieron igualmente los artículos 247 y 253 del Procedimiento Penal, porque en su orden, no existe prueba que conduzca a la certeza de la responsabilidad del sindicado, y se vulneró la libertad probatoria.

Con infracción del art.254 del Código de Procedimiento Penal vigente, no dice la providencia atacada cuáles fueron las pruebas que tuvo en cuenta para probar el dolo y la responsabilidad de Heliodoro Rodríguez, ni el mérito que se le asigna a las pruebas del proceso; se limitó a negar el valor a la confesión calificada con razonamientos que no tienen respaldo probatorio.

Se violaron los artículos 294 y 298 *ibidem*, "al no determinar el mérito probatorio de la confesión, negándole su calidad de medio de prueba ...si para el fallador se presentaba alguna duda, ha debido dar aplicación al principio universal ...consagrado en el art.445 del C. de P.P., norma que fue desconocida".

Afirma que en "el caso que nos ocupa no hubo dolo en Heliodoro Rodríguez, por cuanto él no quiso ni propició, ni buscó la realización del hecho, sino que actuó ante la agresión, grave y por demás injusta, ejercida contra él, por Miguel Arcángel Buitrago".

El fallador "acepta lo dicho por Rodríguez como cierto (fls. 57 y 58 C.6), igualmente acepta la actitud ofensiva y hostigadora de Miguel Arcángel Buitrago y en el folio 63 acepta que el comportamiento de éste fue grave e injusto, para concluir que no hubo legítima defensa de modo totalmente gratuito, violando el art.5o. del C.P., estableciendo una responsabilidad objetiva sin prueba alguna para justificar la condena, olvidando el precepto del inciso 2o. del art.254 del C. de P.P.".

En resumen, sostiene el demandante, que al no dar aplicación al numeral 4 del artículo 29 del Código Penal, el fallador de segunda instancia incurrió en "violación indirecta que lo llevó a cometer un error evidente de hecho al desconocer la existencia de la legítima defensa alegada por el procesado y probada dentro del expediente".

Solicita que se case la sentencia y en su lugar se dicte una de carácter absolutorio, reconociendo que el acusado obró en legítima defensa.

Segundo cargo

Al amparo de la causal primera de casación, y de manera subsidiaria, el demandante acusa la sentencia del Tribunal por ser "violatoria de normas de derecho sustancial, aplicación indebida de los arts. 1614, 1617 y 2341 del Código Civil, 103, 104, 106, 107 del C.P., 334 (numeral 6o.) del C. de P.P. que corresponde al 360 del anterior Código, falta de aplicación de los arts. 246 y 247 del C. de P.P. que corresponden a los mismos números del anterior y falta de aplicación de los arts. 267 y 273 del actual C. de P.P., 174, 177, 183, 187, 233, 237 y 305 del C. de P.C. y el art. 29 de la Constitución Nacional".

Concreta el sentido del yerro acusado en que el Tribunal "cometió un error de derecho al darle al dictamen pericial rendido por Ricardo Hoyos ...el valor de plena prueba... sin que el dictamen tenga dentro del proceso sustentación probatoria alguna", lo cual dió lugar a la condena en perjuicios por las sumas allí establecidas.

"La demanda presentada en nombre de la cónyuge sobreviviente, carece de los más elementales requisitos y no relaciona la clase de perjuicios materiales, y la clase de perjuicios morales, limitándose a dar un valor arbitrario a los primeros... La demanda no cita medios de prueba acerca de los perjuicios y su monto, igual sucede con el libelo de demanda presentado en nombre de los hijos del causante ...en la que no dice la clase de perjuicios materiales y los estima en un valor arbitrario. Los perjuicios morales de los cuatro hijos los estima EN LA SUMA DE 20 GRAMOS DE ORO. De una vez digamos que la sentencia del juzgado al condenar a pagar el valor de 50 gramos oro a cada uno de los hijos del causante, violó el inciso 2o. del art. 305 del C. de P.C. por falta de aplicación, puesto que condenó a pagar un valor mayor al señalado por la demanda".

La última demanda "fue presentada extemporáneamente con violación del art.39 del Decreto 50 de 1987, aplicable en este caso por ser más favorable al procesado".

El certificado dado por el contador Fernando Ramírez Gil y la declaración de renta de Buitrago fueron presentadas en copias y cuando ya habían precluido todos los términos para la solicitud y práctica de pruebas.

La copia de la declaración de renta no merece consideración, porque como lo afirma el contador, él fue quien la elaboró y no es real, además está en contradicción con la certificación expedida por el mismo contador que obra al folio 15 del cuaderno de incidentes No. 2. En síntesis, estas pruebas no sirven para sustentar el dictamen sobre los posibles ingresos del implicado, ni tampoco sobre la naturaleza de los perjuicios.

El perito en el primer dictamen había fijado por concepto de lucro cesante una suma superior a ciento treinta millones de pesos ($130'000.000), cambiando en la aclaración a una tercera parte de esta suma, "lo que indica la falta de capacidad del perito para dictaminar con seriedad".

En el memorial en el cual pidió la aclaración manifestó "que en gracia de discusión el ingreso mensual sería de $163.583.33, y que a conformar este ingreso contribuirían, el producido de la fábrica, el ingreso por concepto de camiones, el ingreso por la máquina divididora y no el trabajo personal de Miguel Arcángel Buitrago, el que solo significa una mínima parte. El perito tomó esta suma como ingreso personal mensual de Miguel Arcángel Buitrago, lo que constituye un error garrafal, razón por la cual formulé la objeción ...en donde manifesté que la suma base de la liquidación no tiene prueba que la respalde y que la deducción no es correcta".

La sentencia dio al dictamen pericial valor de plena prueba, el cual tiene como base de los ingresos por concepto de trabajo personal una suma que proviene del producido de los bienes, tales como la fábrica de curtiembres, los camiones, la máquina divididora y los otros carros que debieron continuar produciendo después de la muerte de Miguel Arcángel Buitrago.

Acusa al fallador de dar pleno valor al dictamen pericial, sin tener en cuenta la declaración de Pedro Antonio Buitrago Castiblanco, quien dice que el occiso tenía una fábrica de curtidos, dos camiones trabajando y una máquina divididora de cueros. Tampoco tuvo en cuenta la declaración del contador, quien dice que lo relacionado en la declaración de renta no es real.

Luego de mencionar como quebrantadas algunas normas del Código Civil y de Procedimiento de la misma materia, así como del Código Penal y de Procedimiento, y el art.29 de la Constitución Nacional, el censor solicita casar parcialmente la sentencia y revocar el numeral 3o. relacionado con la condena en perjuicios.

IV. Concepto del Ministerio Público

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal sugiere a la Corte no casar el fallo motivo de impugnación por las siguientes razones:

Primer cargo

No obstante que la censura se inicia enunciando el cuerpo primero de la causal primera de casación, es lo cierto que la cita de las normas procedimentales referidas a la apreciación y valoración de las pruebas (arts.246, 247 y 294 del C.P.P.), permite colegir que la invocación se encuentra inmersa en el cuerpo segundo, y el sentido del ataque en el error de hecho.

Entendido así el reproche, era de esperarse que el libelista entrara a demostrar un falso juicio de existencia o un falso juicio de identidad. Sin embargo, olvidando la excepcionalidad que caracteriza el recurso de casación, se dedica a cuestionar el valor que al sentenciador le merecieron los distintos elementos de convicción allegados al proceso, como si se tratara de una nueva confrontación probatoria que la Corte, en tercera instancia, pueda dilucidar.

Destaca que la primera muestra de ello la dá el casacionista cuando alega que la confesión efectuada por el procesado merece entera credibilidad, cimentando en ella el reconocimiento de la excluyente de antijuridicidad, para lo cual se aparta diametralmente de las valoraciones de instancia, pretendiendo anteponer el mérito que según él debe dársele a cada uno de los elementos de convicción que trae en refuerzo de sus tesis. Contienda valorativa que conduce el reproche al fracaso, en atención a que el manto presuntivo de acierto y legalidad que cubre las decisiones de segunda instancia en casación, no puede desconocerse cuestionando el grado de convicción que el material probatorio le otorga al sentenciador, mucho menos cuando la invocación de la censura se enfila por el yerro fáctico.

Aún pasando por alto el rigor técnico, desatinada resulta la tacha en el evento *sub examine* cuando a la "confesión" que esgrime el procesado se han contrapuesto serios elementos de convicción, que traducen ciertamente la versión de injurada en una distorsión del verdadero acontecer de los hechos, como acertadamente lo advierte el Tribunal en la sentencia.

Agrega que no es cierto que el Tribunal hubiere tenido en cuenta en su valoración únicamente el informe que rinde el Jefe del Departamento de Control de Armas y Municiones, ya que fluyen en su análisis elementos de convicción que permiten restarle mérito a la versión de indagatoria.

Considera necesario resaltar que la alegada existencia de la legítima defensa exime al casacionista de referirse a la culpabilidad (dolo), por cuanto la estructura que configura el hecho punible no permite que se adentre en un estudio de la responsabilidad cuando se sustenta la censura en una causal excluyente de la antijuridicidad, lacha que así presentada muestra el equívoco conceptual en el que se encuentra inmerso el casacionista.

Por último, el fracaso que muestra la censura se convierte en total, cuando el demandante acusa como vulnerado el art.29 de la Carta Política por violación del derecho de defensa, "como si se tratase de una formulación por vía de la nulidad, arribando a un total desconcierto en su verdadero pretendido, pero que encuentra razón de ser en cuanto se trata, como se dijo, de un escrito abierto y de libre formulación".

Segundo cargo

No obstante que el libelo no concreta el sentido por el cual encamina el error de derecho, de la formulación y desarrollo del reparo se desprende fácilmente que su pretendida queja se encuentra enfilada por los senderos del falso juicio de convicción, toda vez que para nada el censor reprocha la legalidad en la aducción del avalúo o de las pruebas que sirvieron de soporte al peritaje, y más bien se adentra en una controversia respecto de la valoración probatoria, asemejada en todas sus partes a una alegación de instancia, tan es así, que al igual que en el anterior cargo el censor cita como transgredido el artículo 29 de la Constitución.

En estas condiciones, la carencia de prosperidad de la censura se advierte *prima facie*, por cuanto por vía del falso juicio de convicción no se hace procedente la tacha casacional en un sistema penal como el nuestro, que guía la libre apreciación racional de las pruebas, salvo aquellos eventos en que el juez se aleje diametralmente de los principios que la lógica y la experiencia enseñan.

Además, inocuo es el pretendido reproche cuando acertados fueron los sentenciadores en haber asumido el valor de los perjuicios como valederos para la condena, ya que juicioso y serio es el estudio pericial en el que se fija el monto indemnizatorio sustentado en el material probatorio debidamente allegado a los autos.

Menos aún puede prosperar la demanda, cuando el casacionista en sus múltiples alegaciones incurre en una serie de imprecisiones que terminan por arrojar su impugnación al fracaso.

De una parte, se pretende cuestionar al juzgador de primera instancia por haber aceptado la constitución de parte civil alegando que los vicios que presentaba la demanda hacían viable su inadmisión y por ende no era posible la condena en perjuicios, lo que muestra que el casacionista cree que este tipo de condena se encuentra supeditada a la existencia o no de la parte civil, resultando a todas luces equivocado en la medida que al Juez Penal le asiste la facultad de condenar en perjuicios única y exclusivamente si se comprueba la ocurrencia de los mismos en razón de la comisión del ilícito.

Yerra el censor al sostener que la constitución de parte civil fue "extemporánea", cuando en una sana interpretación el *a quo* decidió admitir la demanda en atención a que la oportunidad para presentarla de acuerdo con el art.45 del Decreto 2700/91 (hasta que se profiera sentencia de segunda instancia) resultaba favorable a los intereses de los perjudicados a contrario de la norma procedimental vigente para esa época como lo era el art.39 del Decreto 050/87 que restringía dicha oportunidad solo hasta antes de que se fijara fecha para audiencia pública.

Para el Delegado causa curiosidad el reproche que se hace al sentenciador por haber condenado más allá de lo pedido (extrapetita) en relación con los perjuicios morales. Postulado que se aparta de los lineamientos jurídicos, ya que la tasación de los perjuicios que presenta el perjudicado no ata al juez para que eventualmente de probarse la existencia de ellos en un monto superior o inferior así lo haga, cuando es bien sabido que para estos efectos la única cortapisa que tiene el juez es la que brinda el proceso en la medida que de él puedan extraerse.

V. Alegaciones de los no recurrentes

La representante de la parte civil presentó un escrito en el que hace los siguientes planteamientos:

No es cierto el dicho del sindicado en la injurada, en el sentido de que Miguel lo persiguió y este sacó un revólver de la pretina y le disparó, puesto que dentro del proceso obran declaraciones de los empleados del imputado que lo contradicen y se demuestra que lo dicho por él es una mentira, como se desprende de la declaración de Carlos Raúl Quitián que dice "que presenció los hechos, vio al señor que llegó alegaba con el patrón por unos papeles del carro, como él estaba buscando un pedido, vio cuando el señor encuelló por más abajo del cuello al patrón, pero como dos minutos, pero que él no pensó que fuera a pasar nada, vio cuando su patrón le disparó al señor y vió cómo en forma inmediata se desplomó el señor".

Carlos Orlando Bernal "escuchó los tiros y se tiró al lado derecho donde estaba el arrume de bloques, luego vio al señor tirado en la puerta, dice que se asustó y preguntó qué había pasado y unas personas que estaban dentro del establecimiento contestaron don Heliodoro lo mató, dice que don Heliodoro siempre portaba un revólver se le notaba debajo de la blusa cuando se agachaba".

Las declaraciones de Miguel Antonio Ramírez y Elsy Sánchez fueron descartadas por el Juez y el Tribunal, por ser testigos que no vieron los hechos, solamente fueron presentados por Quitián, y en ningún momento manifiesta haber visto un arma al hoy occiso, solamente vió disparar a su patrón, hecho éste que confirma la diligencia de levantamiento, pues en ella no se le encontró ninguna clase de arma al occiso.

En el lugar de los hechos encontraron dos plomos en el depósito y uno en el cuerpo del occiso, pero de acuerdo con la necropsia la víctima tenía dos heridas, una de ellas con orificio de entrada y salida, y la otra sólo de entrada, de donde se infiere que los tres disparos los efectuó el sindicado, ya que los testigos oyeron estas detonaciones y el análisis de balística dice que los tres proyectiles fueron disparados con revólver 38.

No es cierto que el occiso haya agredido al procesado, pero si se acepta que lo cogió del saco, no habría proporción puesto que el sindicado no tenía en peligro su vida y su integridad.

Tampoco comparte la apreciación del casacionista en el sentido de que debe casarse la sentencia en lo relacionado al pago de perjuicios, pues sería el único caso en que una muerte no causa perjuicios. El occiso era un industrial, y no como dice el defensor que se murió el dueño pero las máquinas quedaron; se murió la cabeza de esa fábrica, la persona que manejaba y engranaba los negocios: al fallecer él, a pesar de estar las máquinas dejaron de producir, se redujo el ingreso porque los hijos eran estudiantes y la cónyuge no tiene la misma experiencia y agilidad de su esposo, los hijos mayores tuvieron que dejar de estudiar porque no se produjo para pagar las universidades y tenían que ponerse frente a la fábrica, no se pudieron adquirir herramientas de trabajo, luego sí se causaron graves perjuicios a la familia, y perjuicios morales también por el dolor que les produjo el fallecimiento del padre y cónyuge. El perito avalúo los daños y perjuicios teniendo en cuenta las tablas dadas por las aseguradoras.

Solicita que no se case la sentencia.

VI. Consideraciones de la Corte

Primer cargo

No obstante que en la presentación de la causal el libelista transcribe el inciso primero del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal que consagra la violación directa de la ley sustancial, y que en el capítulo que denomina formulación del cargo no precisa el motivo ni el sentido al cual se acoge, en la demostración afirma que se trata de "error evidente de hecho al desconocer la existencia de la legítima defensa alegada por el procesado y probada dentro del expediente".

Así las cosas, la sustentación debía orientarse a demostrar alguna de las siguientes alternativas: a) que no fueron apreciadas pruebas existentes en el proceso; b) que el juzgador supuso pruebas que no obran dentro del expediente; c) que se tergiversó el contenido material de la prueba; y, d) que se desconocieron las reglas de la sana crítica.

La inconformidad del recurrente consiste en que el fallador concluyó que la excusa de la legítima defensa expuesta por el sindicado en la confesión carece de veracidad, y que a la luz de la sana crítica no puede ser aceptada. Esto significa que el cuestionamiento no es respecto a que no se haya tenido en cuenta la prueba, ni tampoco que se haya tergiversado; el tema lo concreta el actor en que en la apreciación de la confesión no se tuvieron en cuenta las reglas de la sana crítica, la personalidad del declarante, y la concordancia con otros testigos.

Aclarado cuál es el cargo que contiene el confuso escrito, la verdad es que el defensor no demuestra que en la valoración de la confesión se hayan desconocido la lógica, el sentido común, o las reglas de la ciencia y la experiencia. Lo que hace a título de demostración es exponer su criterio

sobre lo dicho por el sindicado en la indagatoria, repitiendo una y otra vez que la confesión no fue desvirtuada, y en cambio sí corroborada por otros elementos de juicio.

Esa clase de alegación es propia de las instancias pero no es de recibo dentro de este extraordinario recurso, pues no puede olvidarse que la sentencia de segunda instancia está amparada por la doble presunción de acierto y legalidad, y que por lo tanto la labor de la Corte no es escoger entre el criterio consignado en el fallo y el expuesto por el recurrente, sino verificar si el error alegado fue demostrado, y si él tiene la trascendencia necesaria para afectar la legalidad de la decisión.

No obstante lo dicho sobre la demanda, es oportuno anotar que lo que la Sala advierte de la lectura del proceso, es que las consideraciones que los juzgadores de instancia toman como fundamento de la sentencia contienen una valoración seria e imparcial de las pruebas, la cual no puede ser desconocida simplemente porque al recurrente le parece que ha debido otorgárseles un valor diferente.

El Tribunal es muy claro al señalar por qué de la propia versión del encausado se descarta la legítima defensa, y cómo no es cierto que estuvieron presentes Miguel Antonio Ramírez Pacheco y Elsy Sánchez Cubillos, de quienes dice:

"faltaron a la verdad con toda desfachatez en sus respectivas declaraciones, pues aseveran entre otras cosas y en abierta oposición a lo que predica la prueba técnica y demás testimoniantes, que escucharon la discusión y que luego de las detonaciones uno de los contrincantes recibió los tiros por la espalda y que quedó sobre el piso "con los pies hacia adelante y la cabeza hacia el fondo", en tanto que el agresor huyó por el frente de la bodega con el arma en la mano; pero como se constató en la diligencia de inspección judicial (fl. 196), desde el sitio donde supuestamente se encontraban los citados testigos "era imposible escuchar las voces de personas que hablaran o incluso que gritaran desde dentro del local, toda vez que el tránsito vehicular es intenso y hace imposible escuchar lo que sucede en el interior"; además, "es casi imposible la visibilidad hacia el interior del inmueble, desde el sitio donde presuntamente se encontraban los testigos pluricitados", por otra parte, la víctima no recibió los tiros por la espalda, sino de frente y a corta distancia según el actas (sic) de necropsia y se aprecia en el álbum fotográfico (fls. 59 y 85), ni quedó en el piso en la forma como lo describen, según el acta de levantamiento, las fotografías y el respectivo plano levantado durante la diligencia de levantamiento del cadáver; tampoco el victimario salió por el frente, sino que huyó por detrás de la bodega como lo refieren los otros declarantes y el propio acusado. De modo que ante tanta falacia, mal puede hablarse de confesión calificada y de la existencia de la causal de justificación en el caso materia de debate".

Como se infiere de lo anterior, lo que realmente habría dado lugar al desconocimiento de las reglas de la sana crítica era que el fallador hubiera aceptado los planteamientos del recurrente, pues es evidente que la versión del homicida sobre la legítima defensa es absurda, y los declarantes que pretenden corroborarla faltan a la verdad de forma tan ostensible, que los juzgadores de instancia han debido compulsarles copias para la averiguación del punible de falso testimonio, ya que en ese momento aún era posible adelantar la acción.

En síntesis, el libelista no solo no demostró el reproche que formula, sino que de la simple lectura del fallo se advierte la acertada apreciación probatoria realizada por el juzgador de instancia, por lo tanto el ataque no prospera.

Segundo cargo

Aunque el libelista inicialmente dice que el fallador de segunda instancia incurrió en un error de derecho al darle al dictamen pericial el valor de plena prueba, en el desarrollo de la censura se refiere a diferentes temas, de modo tal que lo que resulta de su alegación es una mezcla de reparos que hacen bastante confuso el escrito sustentatorio.

Entre los distintos aspectos que se tocan en este cargo, y a manera de muestra, se destacan los siguientes: se afirma que las demandas de parte civil presentadas en nombre de la cónyuge sobreviviente y de los hijos del causante no reúnen los requisitos legales, y que la última fue presentada extemporáneamente. El certificado dado por el contador, así como la copia de la declaración de renta del occiso, fueron aportadas en copias con violación del artículo 268 del Código de Procedimiento Civil, y extemporáneamente, con infracción de los artículos 174 y 183 *ibidem*, así como de los artículos 39 y 246 del Decreto 050 de 1987, de modo que estas pruebas no pueden ser la base de la experticia. Se dio el valor de plena prueba al dictamen pericial sin tener en cuenta la declaración de Pedro Antonio Buitrago, quien dice que el fallecido tenía una fábrica de curtidos, dos camiones y una máquina divididora de cueros, los cuales seguían produciendo a su muerte. Se falló *extra petita* al condenar a pagar a los herederos cincuenta (50) gramos oro a cada uno, por concepto de perjuicios morales, cuando en la demanda se solicitaron veinte (20) gramos oro. Se violó el artículo 103 del Código Penal por aplicación indebida, al dar por establecidos daños materiales no probados y morales no reclamados. Se violó el artículo 247 del estatuto procesal, porque no se puede dictar sentencia condenatoria sin que obre en el proceso prueba que conduzca a la certeza sobre la naturaleza de los perjuicios causados, etc.

No obstante las múltiples afirmaciones que se hacen a manera de demostración del cargo, es posible rescatar la conclusión de que la inconformidad del recurrente se limita a lo referente a la indemnización de perjuicios decretada en la sentencia, evento en el cual es muy claro que dicho cargo

no puede ser considerado porque no cumple con los requisitos legales que para la formulación de ese tipo de reproche se exigen, esto es, que se deben tener en cuenta las causales y la cuantía requeridas para demandar en casación civil.

Como se dejó registrado en el resumen de la demanda, el actor invoca la causal primera del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, luego no hay duda de que no tuvo en cuenta las causales de casación civil. Y para el año de 1993, en el cual se interpuso el recurso, la cuantía que daba lugar a la impugnación debía ser de diecinueve millones seiscientos mil pesos ($19.600.000) en adelante, suma que a simple vista se ve que es muy superior a la impuesta en la sentencia.

Sobre este tema la Sala expresó en providencia de noviembre 25 de 1993, que cuando el delito cumple con el requisito de la pena exigido para que sea procedente el recurso de casación, "el censor podrá atacar la sentencia en los aspectos que a bien tenga, incluidos los perjuicios", criterio que aquí se recoge, pues si bien el artículo 221 del Código de Procedimiento Penal establece que cuando el recurso tenga por objeto únicamente lo referente a la indemnización de perjuicios decretados en la sentencia, se podrá admitir sin consideración a la pena que corresponde al delito o delitos, ello no significa que también opera al contrario, esto es, que el cumplir con el requisito de la pena releve de la necesidad de que para impugnar los perjuicios se cumpla la exigencia de la cuantía requerida en materia de casación civil, y la invocación de sus causales.

Para ilustrar este punto es oportuno relacionar las distintas alternativas:

a) Si el recurso se interpone para censurar exclusivamente el contenido penal del fallo, será procedente si éste fue proferido en segunda instancia por un Tribunal Superior de Distrito Judicial, el Tribunal Nacional o el Tribunal Penal Militar, y que al menos uno de los delitos de que trata tenga señalada pena privativa de la libertad cuyo máximo, atendidas las circunstancias de agravación y atenuación modificadoras de la punibilidad, sea o exceda de seis (6) años. (Artículo 218 del C. de P. P. incisos 1o. y 2o.).

b) Cuando el objeto de la demanda es impugnar únicamente lo referente a la indemnización de perjuicios decretados en la sentencia condenatoria de segunda instancia dictada por alguno de los Tribunales mencionados, no juega para nada el requisito de la pena correspondiente al delito, pero en su lugar, para que el recurso sea procedente es necesario que la cuantía de la resolución desfavorable al recurrente sea la requerida para recurrir en casación civil, y que la demanda se presente por esas causales. (Art. 221 C. de P. P.).

En este caso es importante que quien interpone el recurso extraordinario manifieste desde ese momento cuál es su propósito, pues de lo con-

trario se expone a que si la pena máxima prevista para el delito o delitos objeto del proveído no es de seis años o más, el Tribunal le niegue la impugnación; o si se cumple el requisito de la pena y le admiten el recurso creyendo que su inconformidad es con el aspecto penal de la decisión, cuando presente la demanda atacando únicamente los perjuicios, si no se llena la exigencia de la cuantía, al analizar si el escrito se ajusta o no a derecho resultará inadmitido.

c) Si el censor pretende formular cargos contra la sentencia respecto del tema penal, y también en materia exclusivamente de indemnización de perjuicios, como es el caso que nos ocupa, puede hacerlo en la misma demanda en capítulos separados, pero respecto de cada uno de los tópicos que pretende cuestionar se deben reunir sus respectivos requisitos, es decir, para lo primero la pena máxima prevista, y para lo segundo la cuantía que en ese momento se exija en casación civil.

Al margen de lo anterior, suficiente para desestimar el cargo, es oportuno recordar que el error de derecho por falso juicio de convicción no tenía cabida respecto de la apreciación del dictamen pericial, que es la prueba a la cual se refiere el libelista, pues no estando su valoración sujeta a tarifa legal sino a las reglas de la sana crítica, mal podría demostrar que el Tribunal le dio un valor mayor del que la ley le asigna, de manera que cualquier objeción que hubiera presentado por esa vía no tenía posibilidad de prosperar.

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

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia impugnada.

Cópiese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

Ricardo Calvete Rangel, Fernando E. Arboleda Ripoll, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos Mejía Escobar, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Fabio Aristizábal Hoyos, Conjuez, *Juan Manuel Torres Fresneda*.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

APELACION/ RECURSOS/ CASACION

La apelación supone un primer pronunciamiento, legalmente susceptible de revisión por parte del respectivo superior jerárquico de quien lo profirió (art. 202 C. de P.P.), y ello conduce a descartar su operancia para las providencias de única instancia, cual es el caso del juzgamiento de los miembros del Congreso, donde no es una interpretación de la Corte la que arbitrariamente suprime el recurso de alzada sino la estructura que le confiere la Carta constitucional a esta clase de procesos al colocarlos de manera privativa en manos del organismo que es cúspide de la jurisdicción ordinaria (cfr. artículos 186, 230 y 235 superiores) lo que incontrovertiblemente implica que no habrá lugar para que otro ente u otra sede puedan entrar a revisar lo que en esta Colegiatura se decida, pues no los hay jerárquicamente a ella superiores.

Tampoco la casación procede contra sentencias de única instancia, no solamente por los motivos que con amplitud se dieron dentro del auto ahora recurrido, sino porque como es del caso reiterarlo, adicionando aún razones, ella supone el ejercicio previo del recurso de alzada, en cuanto que exclusivamente procede contra sentencias de segundo grado. Así se infiere tanto del propio contexto normativo que en disposiciones como las de los artículos 223 y 224 del Código de Procedimiento Penal citan como sentencia atacable la de segunda instancia, como de la falta de una estructura que habilite para la operación de esa impugnación contra los fallos de una sola instancia; pero ante todo, de la naturaleza del tribunal de casación y de los fines de ese recurso extraordinario, pues no es difícil entender que siendo la Corte Suprema de Justicia el "máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria" (artículo 234 de la Constitución), en el cual se ubica con exclusividad la sede de la casación, sus decisiones tendrán que ser únicas y definitivas, para que puedan cumplir el fin unificador de la jurisprudencia.

Y como si estas razones de fondo fueran pocas, ha de agregarse otra de elemental arraigo procesal, que inexplicablemente desconoce la parte recurrente, y ella radica en que la apelación procede

bien como recurso principal, ora como recurso subsidiario de una reposición (art. 200 C. de P. P.), pero bajo ninguna circunstancia como alternativa cuando el recurso de casación ha sido desechado.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá D.C., julio treinta y uno (31) de mil novecientos noventa y seis (1996).

Magistrado Ponente: Dr. *Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado Acta No. 112.

Proceso No. 10189.

VISTOS

Resuelve la Sala la reposición interpuesta por el defensor del aforado Rafael Serrano Prada, contra el auto del pasado tres de junio, mediante el cual inadmitió la Corte el recurso de casación que interpusiera el procesado a la sentencia de única instancia que le condena por el delito de homicidio.

ANTECEDENTES

Adelantó la Corte la presente causa en contra del Representante a la Cámara señor Rafael Serrano Prada por el delito de homicidio cometido en la persona de Humberto Díaz Gómez, asunto que remató mediante fallo condenatorio del 27 de marzo del corriente año.

Contra esta determinación el procesado interpuso el recurso de casación que desechó la Sala mediante auto de junio 3 próximo pasado, y ahora mediante la constitución de un nuevo defensor insiste en el otorgamiento de la impugnación extraordinaria, solo que por la vía discrecional prevista en el final inciso del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, entrando a proponer que en su defecto se otorgue el recurso de alzada y como una consecuencia de la modificación de la sentencia se reconozca la condena de ejecución condicional y como resultado la excarcelación del procesado.

Dice el defensor no compartir las razones expuestas por la Corte en el auto recurrido, pues si se acude a una interpretación reglada en el Capítulo IV, artículos 25 a 32, del Código Civil, se tendrá por demostrado

"*que la interpretación que la máxima autoridad jurisdiccional, le da al art. 218 inc. 3 del C.P.P., no esta acorde con los principios legales exigidos en los arts. 25 a 32 del CODIGO CIVIL ni tampoco con los principios rectores del Código Penal y Procedimiento Penal, ni tampoco con los principios de la Constituyente, ni de los Pactos Internacionales, aprobados por Colombia con sus leyes respectivas*".

Prosigue señalando que las enseñanzas de los tratadistas en metodología y técnica de la investigación jurídica aconsejan a seguir en la interpretación de la ley los sistemas gramatical o literal, teleológico, lógico-sistemático e histórico, así que comenzando por el primero de ellos, con cita de los artículos 27 y 28 del C. Civil encuentra que aquellos "casos distintos" a que se refiere el inciso tercero del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal opuestos a los de segunda instancia, son los de única instancia, en cuanto así emerge del texto literal, en tanto que la ley no trae distinción alguna sobre este aspecto. "Sin embargo -continúa- esta simple y elemental interpretación no es suficiente para quitar toda duda al respecto" por lo que acude como instrumento jurídico al segundo sistema.

En este caso, el método teleológico o finalista ofrece como fundamento, a su criterio, la invocación de la intención o espíritu claramente manifestados en la norma, según aparece en el artículo 27-2 del C. Civil, y si la finalidad de la ley, según los juristas modernos y la propia jurisprudencia, "es la que está en consonancia con el estado social presente, es el pensamiento que tendría el legislador si hoy fuera a dictar la norma interpretada...", la del artículo 218-3 del Código de Procedimiento Penal radica en el desarrollo de la jurisprudencia y la garantía de los derechos fundamentales, y "en consecuencia, si se demuestra que se cumplen estas finalidades es evidente que no existe la mínima duda en aplicarse esa norma".

De otra parte, la esencia de la interpretación está en la búsqueda de la finalidad del precepto, según se lee en el proyecto del Nuevo Código Civil "presentado por el Profesor y Tratadista Arturo Valencia Zea y que duerme en los anaqueles del Congreso, no se sabe hasta cuándo".

De los planteamientos anteriores deduce que "...las sentencias de única instancia que dicta la Corte Suprema de Justicia, pertenece (sic) a los '...casos distintos de los arriba mencionados...' se relacionan obviamente a las sentencias condenatorias que es donde precisamente mas se necesita que se cumpla la finalidad de las dos instancias para una verdadera garantía del derecho de defensa".

Destaca luego que el Artículo 29 de la Carta consagra como derecho fundamental el derecho del sindicado a impugnar la sentencia condenatoria, mandato que prevalece aún sobre el artículo 31 Constitucional, según el cual toda sentencia judicial podrá ser apelada y consultada, salvo las excepciones que consagre la ley, y esa ley -agrega-, "*...no puede crear excepciones a esa orden imperativa y precisa de evitar que se impugne la sentencia condenatoria. Y por lo tanto '...las excepciones que consagre la ley...' del art. 31 de la Carta, tienen que ser en procesos diferentes al derecho penal tal como lo estableció la norma del Derecho Internacional y todos*

los Constituyentes, tal como lo demostraré cuando llegue al método histórico, en donde transcribiré apartes de la Gaceta Constitucional, que se descubre cuál fue la historia y las motivaciones que dieron origen a estar (sic) normas, aplicando el método histórico".

Las sentencias condenatorias de única instancia, como la presente, violan el citado artículo 31.

Es también de estricta obligación la aplicación del método lógico-sistemático, plasmado en el artículo 30 del C. Civil, el cual parte de la idea de que es la legislación un conjunto racional y armónico, "cuyas partes solo deben entenderse en forma tal que no entren en contradicción". El artículo 218 del Código de Procedimiento Penal no señala cuáles son los "casos distintos de los arriba mencionados" y no podía hacerlo en cuanto son "infinitos, innumerables", lo cual le sirve de sustento para reafirmar que en cuanto la finalidad de la casación excepcional no es otra que la de preservar los derechos fundamentales y desarrollar la jurisprudencia, las sentencias en materia penal son esencialmente apelables como lo advierte el canon 29 de la Carta. La armonía entre los principios del Código Penal y de la Constitución Nacional, es evidente, "...coordina admirablemente con el todo, no desentona por cuanto precisamente amplía con mayores garantías las dos instancias que son o constituye otro de los puntales del derecho de defensa, por ello, en Derecho Penal, la ley no puede hacer excepciones, sino en la civil o en cualquiera otra materia", coordinación que se cumple de manera especial con los artículos 29 y 31 de la Constitución y con los Principios rectores o normas rectoras que consagran los primeros 22 artículos del Código de Procedimiento Penal, tales como la doble instancia, la igualdad, la integración y la prevalencia de las normas rectoras, como también con el artículo 5° de la Carta que consagra los derechos inalienables de la persona. Si uno de los derechos inalienables de la persona lo es la impugnabilidad de la sentencia condenatoria "toda norma que atente contra este principio, viola la misma Constitución", por lo cual propone que se aplique el artículo 4° de la Ley fundamental pues "se presentaría una verdadera excepción de anticonstitucionalidad". E insiste:

"Y lo anterior es tan contundente que la norma no distinguió cuales eran esos casos distintos y por lo tanto, creo, con el máximo respeto, que ni la Corte ni ninguna otra autoridad puede imponer condiciones o quitar todo lo que se relacione con casos distintos a los establecidos en el inc. 1 del art.218 del C.P.P. Basta pues demostrar que es un caso distinto a los normales del recurso de casación para aceptarlo con las condiciones expuestas en la misma norma del 218 inc. 3".

Dice finalmente que al realizar a través del método histórico el análisis del artículo 31 de la Carta: "*...descubrí cual fue la verdadera intención de los consituyentes al plasmar el art. 31 de la Constitución que establece las dos instancias y me encontré con la sorpresa de que el art. 31 que establece*

que '... toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley ...' en toda esa exposición de motivos de los constituyentes advirtieron que las excepciones que consagren la ley (sic) no serán en materia penal y para demostrar lo anterior, transcribo lo que leí en las respectivas GACETAS CONSTITUCIONALES...".

De esos apartes concluye en que las Gacetas Constitucionales números 123, 62 y 65, contienen "la HISTORIA FIDEDIGNA DE SU ESTABLECIMIENTO, tal como lo ordena el art. 27 del CODIGO CIVIL", y ella es que los constituyentes tuvieron como intención consagrar que "... SALVO EN MATERIA PENAL, la ley podrá establecer excepciones", de modo que la doctrina, la jurisprudencia y los Pactos Internacionales concluyen en dar a la doble instancia el carácter de garantía para el justiciable.

Al comentar los argumentos sentados por la Corte en la providencia recurrida replica que su apreciación según la cual "...el principio de la doble instancia no está consagrado de manera absoluta", contraría el artículo 29 de la Constitución, los pactos internacionales y la intención de los propios constituyentes, pues la Carta no creó excepciones sino que autorizó a la ley para establecerlas, pero por encima de la ley que crea tales excepciones prevalecen la Constitución y los Pactos Internacionales.

El artículo 218-3 del Código de Procedimiento Penal indica que procede excepcionalmente la casación para la garantía de los derechos fundamentales, y "si ello es así esta norma prevalece a cualquier otra norma legal porque además está respaldada por todos los pactos internacionales aprobados por las Leyes y por la intención que tuvieron los constituyentes. En consecuencia, deberá revocarse el auto impugnado en cuanto denegó al doctor Rafael Serrano Prada, el recurso de casación, no solo para proteger los derechos fundamentales sino para el desarrollo de una nueva jurisprudencia y de una interpretación humana novedosa y trascendente.

Cuestiona, así mismo, que el máximo Tribunal de Justicia afirme la inexistencia de una entidad superior que conozca en segunda instancia, y al efecto sugiere que se acuda a los conjueces, ya que con ello "se haría una interpretación novedosa humana y trascendente en beneficio de los derechos fundamentales", con mayor razón cuando estima que se da una violación al principio de igualdad respecto de los parlamentarios al no brindárseles la oportunidad de la segunda instancia.

A continuación el recurrente se ocupa de ofrecer la sustentación del intentado recurso de casación, recurriendo a la violación directa, porque la Sala -dice- no estimó la inconstitucionalidad de la ley 40 de 1993, prefiriéndola indebidamente, frente al artículo 323 del Código Penal que era el aplicable, pasando de allí a criticar extensamente de desacertado y hasta de prevaricador el fallo de la Corte Constitucional que declaró exequible la ley 40 de 1993 en lo tocante con el delito de homicidio, pretendiendo de su

inaplicación, que la condena del señor Serrano Prada se morigere para otorgarle inclusive su ejecución condicional, y como consecuencia la excarcelación, alegación que no le obsta al libelista para pedir alternativamente que se conceda la alzada contra el fallo proferido, lo que resume con este desideratum:

"*Qué grato fuera que la H. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA en lugar de aceptarme la casación excepcional me acepte más bien una apelación común y corriente y por ello también solicito esta posibilidad, que evidentemente es más favorable para mi defendido*".

Considraciones de la Corte

Como a primera vista puede cotejarse, trae el recurrente tal cúmulo de contradicciones, inconsistencias y verdaderos despropósitos frente al derecho procesal penal vigente, que de ninguna manera podría asentirse alguna de las entre sí opuestas alternativas que sugiere, carentes todas del menor arraigo Constitucional, legal y hasta lógico.

1.- Lo primero que sobre el particular salta a la vista es el respaldo tácito que la defensa otorga al auto recurrido, porque al proponer ahora la casación por la vía del inciso tercero del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, de entrada reconoce que la razón le asistía a la Corte cuando desestimó la impugnación del procesado, pues en ningún momento se atuvo éste a la modalidad discrecional, sino a las exigencias de la primera parte del precepto en cita, con la sola consulta de la naturaleza de la infracción y de su pena.

2.- Si bien es cierto que esta razón ya bastaría para desestimar sin más la reposición que se intenta, otros motivos se aúnan para orientar el rechazo de lo pretendido.

Ello ocurre al destacar la ilogicidad de un planteamiento que simultánea y alternativamente acude a la casación y a la apelación contra la misma providencia de única instancia.

Primeramente, porque no es dable confundir un recurso ordinario y otro extraordinario, dado que cada uno se halla procesalmente reglado por aparte, cuenta con oportunidades y motivos distintos para su interposición, trámite y decisión y con autoridades competentes diversas para dirimirlos, por lo que su pretendida confusión resulta absolutamente arbitraria, antiprocesal e inadmisible.

La apelación supone un primer pronunciamiento, legalmente susceptible de revisión por parte del respectivo superior jerárquico de quien lo profirió (art. 202 C. de P.P.), y ello conduce a descartar su operancia para las providencias de única instancia, cual es el caso del juzgamiento de los miembros del Congreso, donde no es una interpretación de la Corte la que

arbitrariamente suprime el recurso de alzada sino la estructura que le confiere la Carta constitucional a esta clase de procesos al colocarlos de manera privativa en manos del organismo que es cúspide de la jurisdicción ordinaria (cfr. artículos 186, 230 y 235 superiores) lo que incontrovertiblemente implica que no habrá lugar para que otro ente u otra sede puedan entrar a revisar lo que en esta Colegiatura se decida, pues no los hay jerárquicamente a ella superiores.

Tampoco la casación procede contra sentencias de única instancia, no solamente por los motivos que con amplitud se dieron dentro del auto ahora recurrido, sino porque como es del caso reiterarlo, adicionando aún razones, ella supone el ejercicio previo del recurso de alzada, en cuanto que exclusivamente procede contra sentencias de segundo grado. Así se infiere tanto del propio contexto normativo que en disposiciones como las de los artículos 223 y 224 del Código de Procedimiento Penal citan como sentencia atacable la de segunda instancia, como de la falta de una estructura que habilite para la operancia de esa impugnación contra los fallos de una sola instancia; pero ante todo, de la naturaleza del tribunal de casación y de los fines de ese recurso extraordinario, pues no es difícil entender que siendo la Corte Suprema de Justicia el "máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria" (artículo 234 de la Constitución), en el cual se ubica con exclusividad la sede de la casación, sus decisiones tendrán que ser únicas y definitivas, para que puedan cumplir el fin unificador de la jurisprudencia.

Y como si estas razones de fondo fueran pocas, ha de agregarse otra de elemental arraigo procesal, que inexplicablemente desconoce la parte recurrente, y ella radica en que la apelación procede bien como recurso principal, ora como recurso subsidiario de una reposición (art. 200 C. de P.P.), pero bajo ninguna circunstancia como alternativa cuando el recurso de casación ha sido desechado, así que a la absoluta improcedencia del recurso ordinario, viene a sumarse su innegable y ostensible inoportunidad.

3.- Pese a la incontrovertible improcedencia de los recursos que intenta la defensa, y que de modo ineludible llevan a la frustración de su petitum, no sobra responder a las razones de constitucionalidad que funda en los artículos 5o., 29 y 31 de la Carta Política, y a la urgida invocación de tratados internacionales bajo los cuales busca que la Sala desnaturalice un trámite de única instancia, que ya la Corte Constitucional tuvo la oportunidad de esclarecer erga omnes, y como criterio de obligado cumplimiento, el de la imposibilidad de revisar los fallos de la Sala de Casación Penal, al precisar sobre el artículo 234 de esa Carta Política, como

"Esta norma señala que la Corte Suprema será dividida por la ley en salas, las cuales conocerán de sus asuntos en forma 'separada', salvo que se determine que en algunas oportunidades se estudiarán materias por la corporación en pleno. En ese orden de ideas, las atribuciones que el artículo

235 de la Carta le atribuye a la Corte, en particular la de actuar como tribunal de casación y la de juzgar a los funcionarios con fuero constitucional, deben entenderse que serán ejercidas en forma independiente por cada una de sus salas, en este caso, por la Sala de Casación Penal. De lo anterior se infieren, pues, varias conclusiones: en primer lugar, que cada sala de casación -penal, civil o laboral- actúa, dentro del ámbito de su competencia, como máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria; en segundo lugar, que cada una de ellas es autónoma para la toma de las decisiones y, por lo mismo, no puede inferirse en momento alguno que la Constitución definió una jerarquización entre las salas; en tercer lugar, que el hecho de que la Carta Política hubiese facultado al legislador para señalar los asuntos que deba conocer la Corte en pleno, no significa que las salas de casación pierdan su competencia o que la sala plena sea superior jerárquico de alguna de ellas. En otras palabras, la redacción del artículo 234 constitucional lleva a la conclusión evidente de que bajo ningún aspecto puede señalarse que exista una jerarquía superior, ni dentro ni fuera, de lo que la misma Carta ha calificado como 'máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria'. En igual sentido, esta corporación comparte los argumentos expuestos por el señor presidente de la Corte Suprema de Justicia, cuando, a propósito del análisis de constitucionalidad del numeral que se revisa, y en particular respecto de los fundamentos para determinar como de única instancia los procesos de juzgamiento a funcionarios de fuero constitucional, señaló:"De igual forma, si se acude al fundamento de la doble instancia como sistema concebido para disminuir los riesgos que consigo lleva la falibilidad humana, se aprecia que ésta es ineludible; pero que precisamente se procura que la segunda instancia esté a cargo de un órgano más versado, docto y especializado en la ciencia específica, lo cual resulta francamente inconsecuente cuando la decisión de quienes han sido escogidos como expertos en la materia, pasa a ser revisada por funcionarios cuya versación y entrenamiento no son los mismos".

"Así las cosas, al suponerse que el recurso de apelación contra sentencias, medidas cautelares, providencias y autos interlocutorios que profiera un funcionario judicial, implica que un juez de mayor grado revisará esas decisiones, y al haberse establecido que la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia no es superior jerárquico de la Sala de Casación Penal, se hace entonces necesario declarar la inexequibilidad del numeral 6o. del artículo 17".

(Corte Constitucional, Sentencia C-037 de febrero 5 de 1996,revisión previa de constitucionalidad de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia. Magistrado Ponente Dr.Vladimiro Naranjo Mesa.) -Subrayado fuera de texto.-

Por último conviene precisar, que no es facultad del juez instituir tribunales ni recursos, pues su función se ciñe y desarrolla dentro del taxativo marco de la ley (artículo 230 constitucional), lo que le impide modificar las reglas del debido proceso, pues dada su naturaleza de orden público,

atan al juez y obligan a las partes (artículos 29 superior y 6o. del Código de Procedimiento Civil). Menos aún desconocer mandatos tan precisos como el del artículo 211 del Código de Procedimiento Penal, el cual prevé que:

"La sentencia no es reformable ni revocable por el mismo juez o sala de decisión que la hubiere dictado...".

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

RESUELVE:

PRIMERO: NO REPONER el auto recurrido por el señor defensor del procesado Rafael Serrano Prada, y

SEGUNDO: RECHAZAR la apelación subsidiaria

interpuesta.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

PENA-Dosificación /LEGALIDAD DE LA PENA/TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO

En la eventualidad de que el procesado fuera acreedor a las rebajas acordadas,sobre el monto de la pena que le corresponda deberá hacerse, en primer lugar, la disminución correspondiente a la tra; sobre el restduo, la de la confesión; y sobre el remanente, la de la sentencia anticipada.

El criterio utilizado en la sentencia puede llevar no sólo a imponer penas insignificantes sino, incluso, a dejar impune el delito y a que el Estado aparezca deudor del condenado, ya que, por ejemplo, si al total de la sanción imponible se le quitan las 2/3 partes por haberse actuado en estado de ira (si se estima que el procesado merece la máxima reducción del artículo 60 del C. P.), más 1/3 parte por confesión (art.299 del Decreto 2700 de 1991) se habrá copado el quantum íntegro de la pena y sin que siquiera, por sustracción de materia, exista la posibilidad de descontar el tercio a que, teóricamente, tendría derecho, por haberse acogido a la sentencia anticipada.

En pasada oportunidad, y refiriéndose a la dosificación, la Sala Penal manifestó: "hay cobra especial interés con la figura de la terminación anticipada de los procesos que presupone la negociación de la pena. Es aquí donde mayormente se requiere de claridad y precisión para que el monto de pena señalado corresponda equitativamente a la gravedad del hecho airibuido, pues con criterios tan benignos como los que suelen usarse y con la serie de rebajas automáticas que prevé el legislador, termina el Estado dejando impune la conducta gravemente reprochada social y legalmente". (Casación No.8485. Agosto 24/94. M. P. Dr. Didimo Páez Velandia).

Por otra parte, la Comisión de Evaluación de la Política de Sometimiento a la Justicia, organismo consultivo del Ejecutivo, adscrito al Ministerio de Justicia y del Derecho, de la cual hicieron parte, entre otros funcionarios, el Presidente de la Corte Suprema de Justicia y el Fiscal General de la Nación, expresó: "en los casos en que proceda la acumulación de beneficios y salvo específicas exi-

gencias normativas, cada rebaja se debe hacer en la sentencia en forma independiente tomando como base la pena que quede después de efectuado cada descuento; o sea, revaluar la práctica de sumar los diferentes descuentos y luego sí aplicarlos al total de la pena".

Corte Suprema de Justicia. -Sala de Casación Penal. Santafé de Bogotá D.C., julio treinta y uno (31) de mil novecientos noventa y seis (1996).

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

Aprobado Acta No. 109 (julio 24 de 1996).

Proceso No. 9124.

Vistos

El 7 de julio de 1993, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Sevilla condenó a Jesús Antonio Avila Jiménez a la pena principal de treinta y dos (32) meses de prisión como responsable del delito de homicidio agravado, cometido en perjuicio de quien en vida respondió al nombre de Ruby Alba Arboleda de Avila.

El defensor y el apoderado de la parte civil apelaron la anterior decisión, habiendo sido confirmada por el Tribunal Superior de Buga en sentencia del 15 de septiembre de 1993, con algunas modificaciones con relación a los perjuicios. La misma entidad concedió el recurso extraordinario de casación, oportunamente interpuesto por la defensa.

Ante esta Sala se presentó la respectiva demanda, la cual se halló ajustada a las exigencias de ley, motivo por el cual se dispuso oír al Ministerio Público que representado en este caso por el Procurador Segundo Delegado en lo Penal, sugirió que oficiosamente se casara la sentencia, decretando la nulidad del proceso a partir de la audiencia para terminación anticipada del proceso.

Ahora, corresponde a esta Corporación resolver lo pertinente, previo el análisis de los siguientes:

Hechos

En las horas de la noche del 11 de mayo de 1993, los esposos Jesús Antonio Avila Jiménez y Ruby Arboleda de Avila acompañados de un hijo que sufre retardo mental, regresaban de Cali hacia Sevilla, de donde habían salido en las horas de la mañana, con finalidades puramente comerciales. Detuvieron su marcha en La Uribe, sitio en el que se originó una discusión, porque el hoy procesado le reclamó a su esposa por haber conversado con unas personas. Ella le respondió con palabras soeces, lo que dio lugar a que él accionara su revólver en dos ocasiones, causándole la muerte.

Al día siguiente, Avila Jiménez denunció ante la Policía Judicial que en su viaje de regreso habían sido asaltados por desconocidos y, como consecuencia del ataque, su esposa había fallecido. Posteriormente reconoció haber sido el autor del homicidio.

ACTUACIÓN PROCESAL

El proceso penal se abrió por auto del 17 de mayo de 1993 y al día siguiente se escuchó en indagatoria a Jesús Antonio Avila Jiménez, quien fue sometido a detención preventiva, decretada el 25 del citado mes y año.

La constitución de parte civil se admitió en proveído del 18 de junio siguiente.

El 1o. de julio de 1993 se realizó audiencia especial (art. 37 del Decreto 2700/91), en la que se acordaron 32 meses de prisión, la concesión de la condena de ejecución condicional y la libertad inmediata para el procesado, la que se decretó el mismo día con fianza de cien mil pesos.

El acuerdo se aprobó mediante sentencia del 7 de julio de 1993 y se condenó al procesado a treinta y dos (32) meses de prisión, concediéndosele el subrogado de la condena de ejecución condicional.

Con algunas modificaciones, la sentencia fue confirmada por el Tribunal de Buga con providencia del 15 de septiembre de 1993.

ARGUMENTOS DE LA DEMANDA

La defensa formula dos cargos contra la sentencia, ambas al amparo de la causal tercera, por haberse dictado "en proceso viciado de nulidad constitucional por violación del art. 29 de la Carta Política".

La primera censura de nulidad se concreta en la admisión de la demanda de constitución de parte civil por un funcionario que ya no estaba conociendo del proceso, porque ya se había fijado fecha y hora para la celebración de la audiencia especial, "ya se había llegado a la etapa de juzgamiento del imputado por un delito plenamente demostrado y del cual se lo consideraba plenamente responsable. Por todo esto todas las cuestiones debía resolverlas el Juez competente y no quien ya había perdido la dirección de la investigación y se había convertido en sujeto procesal."

Con una relación cronológica de la actuación procesal expone que cuando la Fiscalía aceptó la constitución de parte civil ya no era investigador sino un sujeto procesal, lo que lo lleva a concluir que "ante estos hechos no cabe duda que toda la actuación procesal relativa a la fase de la parte civil y la condenación al pago de perjuicios, es nula de nulidad absoluta, desde el auto admisorio de la demanda, hasta los numerales 5 de la sentencia de segunda instancia demanda."

El segundo cargo, como ya se había anticipado, también se postula al amparo de la causal tercera, por considerar el censor que se vulneró el debido proceso. La irregularidad la hace consistir en que habiendo bienes embargados y demostración de los perjuicios no se hizo una liquidación de los mismos, a pesar de que existían elementos probatorios que lo hacían viable. De allí concluye: "Esta falta de liquidación obligó al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Sevilla a darles aplicación a los arts. 107 y 106 del C. P. condenando al señor Jesús Antonio Avila Jiménez a su arbitrio, sin observancia de las formas propias del juicio y vulnerando gravemente el derecho de defensa, pues no otorgó ni tiempo ni espacio, para controvertir el monto de los perjuicios que se le iban a deducir al procesado y que resultaron tan exorbitantes que lo colocan al borde de la ruina".

El impugnante agrega que en la tasación de los perjuicios tampoco se tuvo en cuenta el contenido del artículo 2357 del C. C., en cuanto dispone que la apreciación del daño está sujeta a reducción si el que lo sufre se expuso a él imprudentemente.

Solicita se case la sentencia, para que se anule toda la actuación de la parte civil y la condena a pagar los perjuicios materiales.

Criterio del Procurador Delegado en lo Penal

El agente del Ministerio Público estima que sería del caso referirse a la demanda, pero que como observa que se ha afectado el debido proceso en cuanto apunta a la legalidad de la pena impuesta, se debe recurrir a la facultad de anular oficiosamente.

Hace una serie de consideraciones sobre el principio de legalidad de los delitos y de las penas, tanto a nivel constitucional como de la normatividad de los derechos humanos, para concluir que tales preceptos no "fueron tenidos en cuenta por los funcionarios que intervinieron en el proceso para fundamentar la pena impuesta a Avila Jiménez, como quiera que la pena aplicada no fue la vigente, pues sobra precisar que aquí no procedía por favorabilidad el artículo 324 del Decreto 100 de 1980, ya que desde ningún punto de vista concurrían los presupuestos de temporalidad en cuanto a la vigencia de la norma ni ocurrencia de los hechos".

Y prosigue diciendo "esto por cuanto, para la fecha en que se cometió el homicidio en la persona de Ruby Alba Arboleda de Avila, por el cual se vinculó y finalmente condenó a Avila Jiménez se encontraba en plena vigencia la Ley 40 de 1993 que introdujo sustanciales modificaciones al Decreto 100 de 1980, respecto al quántum punitivo de los delitos de homicidio, secuestro y extorsión, conservando básicamente la descripción del modelo comportamental, con algunas modificaciones a las causales de agravación, además de elevar a la categoría de delito otras conductas".

El funcionario precisa que la ley entró en vigencia el 19 de enero de 1993 y los hechos ocurrieron en mayo del mismo año, siendo ésta la ley aplicable a los hechos que son motivo de investigación.

Destaca que aplicando el procedimiento previsto en el artículo 37 del C. de P. P. el Fiscal formuló el cargo "de homicidio agravado y reconociendo las circunstancias reseñadas hizo expresa mención del artículo 324 del C. P. (Dec. 100/80), tanto para la adecuación típica como para la dosificación de la pena, advirtiendo que partía del mínimo allí fijado, es decir 16 años".

De lo anterior colige que el acuerdo al que se llegó sobre delito y pena en la audiencia especial está viciado de nulidad "pues la violación al debido proceso radica en la formulación de una acusación ilegal, violatoria del debido proceso como que se fundamentó en una ley no vigente para el caso concreto, cuya consecuencia también ilegal fue aceptada por el procesado y aprobada por el Juez quedando desde luego viciada toda la actuación posterior".

Para terminar, el Delegado manifiesta que ordenará la compulsación de copias para que se investigue disciplinariamente al Fiscal, al Juez, a los Magistrados y a los representantes del Ministerio Público, a la vez que solicita a la Sala hacer lo mismo para que se investigue por prevaricato a los mismos funcionarios "pues no parece razonable que se haya aplicado una ley no vigente favoreciendo al procesado en forma tan considerable, en cuanto a la pena, más aún cuando las mismas diminuentes de la ira y la confesión carecen de la diafanidad que se aparentó en la actuación".

Finalmente, sugiere a la Sala que oficiosamente case la sentencia y decrete la nulidad planteada.

Consideraciones de la Sala

Dos cargos formula el censor al amparo de la causal tercera del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, por considerar que la sentencia se dictó en un juicio viciado de nulidad supralegal o constitucional.

Sea lo primero observar que la demanda de casación no es un escrito de libre confección como de manera reiterada se ha repetido, sino que debe sujetarse a precisos y lógicos parámetros legales cuya inobservancia lleva fatalmente a su improsperidad.

En el presente caso, tales exigencias no se cumplieron. En efecto, lo que busca el impugnante, como él mismo lo manifiesta, es la invalidación del fallo condenatorio en lo que concierne al pago de los perjuicios, lo que implicaba, conforme al artículo 221 del Código de Procedimiento Penal, que la demanda se fundamentara en las causales y la cuantía para recurrir establecidas en las normas que regulan la casación civil, mandato

que, con respecto a la causal aducida, no fue tenido en cuenta por el impugnante.

Así mismo, invoca una nulidad supralegal o constitucional, con desconocimiento de lo estatuido por el artículo 306-6 del Código de Procedimiento Penal, según el cual "no podrá declararse ninguna nulidad distinta a las señaladas en el artículo 304 de este Código".

A más de estos yerros técnicos, que por sí solos hacen ineficaces los cargos planteados, tampoco le asiste razón al censor. Así, en cuanto al primer cargo, que lo hace consistir en que el Fiscal no tenía competencia para decidir sobre la demanda de constitución de parte civil, pues el proceso ya había llegado a la etapa de juzgamiento y pasado al juez competente quien había fijado fecha y hora para la celebración de la audiencia especial, habiéndolo devuelto al fiscal 25 para que decidiera sobre el citado libelo, es necesario considerar que estábamos frente a un tránsito de legislación y una nueva concepción del proceso penal con la adopción del sistema acusatorio y el de la negociación de penas, sin que existiera claridad sobre muchos de sus aspectos. Sin embargo, si estimamos que la diligencia de formulación de cargos, bajo la vigencia del artículo 37 del decreto 2700 de 1991, como ahora, era equivalente a la resolución de acusación, no hay duda que las diligencias cumplidas con anterioridad lo eran en la fase sumarial y, por lo tanto, la competencia le correspondía al Fiscal. La intervención del juez era sólo para efecto de la dirección de la audiencia de terminación anticipada. Lo anterior aparece más ostensible si se tiene en cuenta que si no se llegaba a un acuerdo o éste no era aprobado por el juez, el proceso regresaba al fiscal para que continuara con la investigación.

Por otra parte, el recurrente no demuestra cómo con la admisión de la parte civil se afectaron las garantías constitucionales del procesado o se desconocieron las bases fundamentales de la instrucción o del juzgamiento.

El cargo no prospera.

También se asevera en la demanda que se incurrió en nulidad por violación del debido proceso, pues al estar demostrados los perjuicios no se hizo una liquidación de los mismos, lo que obligó a que el Juez Segundo Penal del Circuito de Sevilla aplicara los artículos 106 y 107 del Código Penal y no tuviera en cuenta el 55 del Código de Procedimiento Penal, no dando oportunidad a la defensa de controvertir el monto deducido.

En esta censura se mezclan dos cargos contradictorios, a saber, el de nulidad y la violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho generado por falso juicio de existencia, pues lo que se argumenta es el haberse ignorado que obraba prueba que demostraba la existencia de los perjuicios y sin embargo haberlos fijado el juez, a su arbitrio, dando aplicación indebida a los artículos 106 y 107 del Código Penal e inaplicando el artículo 55 del Código de Procedimiento Penal.

En la violación indirecta se acepta la validez del proceso, pero se reprocha un error de juicio del sentenciador (*error in iudicando*) (causal primera), en tanto que en la nulidad se pretende la invalidez de la actuación (errores *in procedendo*).

En los primeros se reprocha haberse incurrido en equivocaciones en cuanto a la aplicación o interpretación del derecho material. En los segundos las irregularidades trascendentes en las formas del proceso.

Al haberse incurrido en la demanda en el desacierto de plantear conjuntamente cargos excluyentes, con fundamentos distintos y consecuencias jurídicas diversas, se dio al traste con la impugnación, pues la Corte, en virtud del principio de limitación que rige este extraordinario recurso, no puede subsanar sus inconsistencias. No se debe olvidar que es permitido formular cargos excluyentes, pero deberán plantearse separadamente y de manera subsidiaria.

Pero, además, el cargo se queda en la simple enunciación, pues no se demuestra cuáles fueron las pruebas ignoradas por el sentenciador, ni cuál su trascendencia en el fallo, desconociendo que la sentencia viene amparada por la doble presunción de acierto y legalidad.

El cargo no prospera.

Por otra parte, el Procurador Segundo Delegado solicita se case oficiosamente el fallo, pues considera que se ha vulnerado el debido proceso en lo referente a la legalidad de la pena impuesta.

Al respecto, es incuestionable que los hechos motivo de investigación ocurrieron el 11 de mayo de 1993 y, por ende, les eran aplicables las previsiones de la Ley 40 de 1993, que entró en vigencia desde el 20 de enero de ese año. Por otro lado, basta examinar la diligencia de audiencia especial de terminación anticipada del proceso para evidenciar que tanto la ubicación típica de la conducta como la de la pena correspondiente se hizo de conformidad con las previsiones del Código Penal de 1980 y, en concreto, de su artículo 324.

El Fiscal en dicha audiencia hizo las siguientes reflexiones en relación con el tipo y pena:

"*...acogerse a los cargos que le formulo como autor de Homicidio agravado, por cuanto que fue perpetrado y agotado como lo dice el artículo 324 ordinal 1o., en la persona de su cónyuge, lo cual implicaría que para efectos de la dosimetría, gravamen o punición o castigo penal que amenta habría de imponérsele una pena que parte de los diez y seis años de prisión, que es su mínimo, por cuanto que sabido es que el máximo está tasado en treinta años; entonces para plantearle la propuesta de consenso bilateral al señor sindicado Avila Jiménez, la Fiscalía concepuia que él debe ser declarado consicto de pena por estar plenamente demostrado que es autor y paralelamente, res-*

ponsable de la occisión violenta de su esposa Ruby Alba Arboleda, por lo cual se hace diáfano que si la Fiscalía admite el homicidio agravado, pero bajo la atenuante del artículo 60 del C. Penal, partiremos entonces del mínimo de la pena prevista en el tipo básico violado, esto es, de 16 años de prisión, pero como no puede ser menor de la tercera parte de ese mínimo, entonces cuantificando la misma se reduciría o atenuaría conforme a ese artículo 60 del Código Penal hecha la correspondiente operación matemática en cinco años, cuatro meses; pero además, y visto que la principal prueba que realmente nos da la convicción absoluta de que el señor Jesús Antonio Avila Jiménez es un uxoricida, está cifrada en su diligencia de injurada o exégesis indagatoria en la cual confesó en forma por demás voluntaria y libre la autoría del facto cruento. Siendo así, se impone entonces la reducción de pena a que alude el artículo 299 del Código instrumental penal, según el cual si dicha confesión se produjere durante la primera versión, como exactamente ocurrió en el sub lite, entonces se le reducirá la pena, en este caso el mínimo de los 16 años, en una tercera parte para convenir que se le deberá descontar de la misma, hecho el respectivo cómputo, cinco años, y cuatro meses más. Finalmente, y atemperándonos al novedoso artículo 37 del Código Adjetivo Penal, según el cual en el evento de que el sindicado se avoque a la terminación anticipada del proceso, y siempre y cuando se haga dentro del lapso de la etapa sumarial, ello le concita en su favor otra rebaja de pena, es decir, otro beneficio diminuente, equivalente al guarismo de una sexta parte de la pena o mínimo del cual se parte en esta dosimetría, y siendo así, entonces a los diez y seis años se les sustraen o restan dos años, ocho meses, por encontrarnos en la etapa instruccional, por lo cual, hecha la sumatoria, convenimos en que los descuentos o reducciones de pena sumados estos factores de los cinco años, cuatro meses por vías del artículo 60 del C. Penal; más cinco años, cuatro meses, con arreglo a lo dispuesto por el artículo 299 del estatuto ritual penal y adicionados los dos años, ocho meses presupuestados por el Art. 37, ello equivale a un total, en término de años, de doce, y en términos de meses de 16, que sería el crono o tiempo a descontarle a la pena principal o mínima de los diez y seis años; por manera que esos doce años y 16 meses, haciendo la conversión arroja un guarismo de trece años, cuatro meses, los cuales se le descontarán al gravamen impositivo como aflicción o castigo de los 16 años para quedar finalmente la pena una vez hecha la operación de la resta reducida al benéfico guarismo para el procesado de dos años, ocho meses, o lo que es lo mismo, a un total de treinta y dos meses a purgar como pena principal, aclarando que se trata de treinta y dos meses de prisión".

A su turno, el sentenciador de primera instancia, que acogió el acuerdo precedente, hizo la tasación sobre los límites establecidos en el artículo 324 del C. P., antes de ser modificado por la ley 40 de 1993.

En estas condiciones es manifiesta la razón que le asiste al Agente del Ministerio Público porque de manera flagrante se ha vulnerado el princi-

pio de legalidad y, por consiguiente, el del debido proceso, en cuanto se dictó una sentencia con fundamento en una audiencia especial de terminación anticipada del proceso cuyo convenio se basó en una ley derogada (art. 324 del Decreto 100 de 1980). Consecuentemente, se dejó de aplicar la vigente, esto es la Ley 40 de 1993, en su artículo 30, que prevé para el homicidio agravado una pena de prisión que debe tasarse entre un mínimo de cuarenta (40) años y una máxima de sesenta (60) años.

En el caso concreto no se está en presencia, como aparece a simple vista, de una violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 324 del Decreto 100 de 1980 e inaplicación de la Ley 40 de 1993, sino del desconocimiento de la garantía del debido proceso, porque hubo un acuerdo, presupuesto del fallo, entre el fiscal y el acusado, en el que se infringió el principio de legalidad de la pena que prohíbe imponer sanción que no se encuentre establecida en norma vigente (art. 29 C.N. y 1º del C.P.).

Por tal razón resultaría improcedente ajustar la sanción, en las condiciones actuales, a las previsiones de la ley 40 de 1993, debiéndose en cambio, invalidar la actuación desde que se presentó la causal de nulidad, esto es, a partir de la diligencia de audiencia especial para terminación anticipada del proceso.

Además, también se desconoció la legalidad de la pena cuando se efectuaron inadecuadamente los cómputos para dosificar la sanción, pues todas las aminorantes se tomaron sobre el total de la pena imponible y no sobre los residuos. Así, en la eventualidad de que el procesado fuera acreedor a las rebajas acordadas, sobre el monto de la pena que le corresponda deberá hacerse, en primer lugar, la disminución correspondiente a la ira; sobre el residuo, la de la confesión; y sobre el remanente, la de la sentencia anticipada.

El criterio utilizado en la sentencia puede llevar no sólo a imponer penas insignificantes sino, incluso, a dejar impune el delito y a que el Estado aparezca deudor del condenado, ya que, por ejemplo, si al total de la sanción imponible se le quitan las 2/3 partes por haberse actuado en estado de ira (si se estima que el procesado merece la máxima reducción del artículo 60 del C. P.), más 1/3 parte por confesión (art. 299 del Decreto 2700 de 1991) se habrá copado el *quantum* íntegro de la pena y sin que siquiera, por sustracción de materia, exista la posibilidad de descontar el tercio a que, teóricamente, tendría derecho, por haberse acogido a la sentencia anticipada.

Aparece claro que tal forma de tasación punitiva no solo viola el principio de legalidad, sino que pugna con una racional política criminal, desconoce la proporcionalidad que debe existir entre el hecho juzgado y la pena, la eficacia de la misma y el carácter plurifuncional a ella asignado, a más de conllevar una evidente injusticia.

En pasada oportunidad, y refiriéndose a la dosificación, la Sala Penal manifestó: "Hoy cobra especial interés con la figura de la terminación anticipada de los procesos que presupone la negociación de la pena. Es aquí donde mayormente se requiere de claridad y precisión para que el monto de pena señalado corresponda equitativamente a la gravedad del hecho atribuido, pues con criterios tan benignos como los que suelen usarse y con la serie de rebajas automáticas que prevé el legislador, termina el Estado dejando impune la conducta gravemente reprochada social y legalmente". (Casación No. 8485. Agosto 24/94. M.P. Dr. Dídimo Páez Velandia).

Por otra parte, la Comisión de Evaluación de la Política de sometimiento a la Justicia, organismo consultivo del Ejecutivo, adscrito al Ministerio de Justicia y del Derecho, de la cual hicieron parte, entre otros funcionarios, el Presidente de la Corte Suprema de Justicia y el Fiscal General de la Nación, expresó: "En los casos en que proceda la acumulación de beneficios y salvo específicas exigencias normativas, cada rebaja se debe hacer en la sentencia en forma independiente tomando como base la pena que quede después de efectuado cada descuento; o sea, revaluar la práctica de sumar los diferentes descuentos y luego sí aplicarlos al total de la pena".

Así las cosas, es imperativo declarar la nulidad de toda la actuación, a partir de la audiencia especial de terminación anticipada del proceso, inclusive, para que se reponga de conformidad con la legislación vigente y aplicable a este caso.

Considera la Sala pertinente acceder a la solicitud del Ministerio Público, ordenando la compulsación de copias para que los funcionarios competentes determinen, si es del caso, investigar al juez, al fiscal, y a los agentes del Ministerio Público que intervinieron en este proceso a partir de la diligencia de audiencia especial, pues no aparece suficientemente claro que se hayan cometido tantos errores, como aplicar una ley derogada, efectuar una acumulación de beneficios indebida y reconocer una reducción de pena por confesión, sin el debido análisis.

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

RESUELVA:

1. DESESTIMAR LA DEMANDA.

2. CASAR oficiosamente el fallo motivo de este pronunciamiento y como consecuencia de esta decisión decretar la nulidad de todo el proceso a partir de la audiencia especial para terminación anticipada del proceso, inclusive, con el fin de que se reponga la actuación de conformidad con las leyes vigentes aplicables a este caso.

3. COMPULSAR las copias a que se hace referencia en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese, devuélvase a la oficina de origen y cúmplase.

Jorge E. Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Alvaro Orlando Pérez Pinzón, Conjuez, *Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar*, (con Aclaración de Voto), *Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

AUDIENCIA ESPECIAL

(Aclaración de Voto)

El artículo 37 del C. Penal implicaba mucho más que un auto de cargos o resolución acusatoria, en el sentido de que la imputación que dentro de la audiencia allí regulada debía hacer el Fiscal, necesariamente tenía que generar un acuerdo con el procesado "acerca de las circunstancias del hecho punible y la pena imponible". A su turno el Juez, si "considera que la calificación jurídica del delito y la pena imponible, de conformidad a lo acordado por las partes, son correctas y obra prueba suficiente, dispondrá en la sentencia la aplicación de la pena indicada y la indemnización de perjuicios". Pero si el Juez consideraba ilegal el acuerdo por razón de la calificación dada al hecho, de sus circunstancias o de la pena imponible, o porque no estaba respaldado en prueba suficiente, debía proferir auto interlocutorio que improbaba dicho acuerdo, recurrible por el sindicado, el fiscal o el Ministerio Público, cuya ejecutoria, de darse, implicaba la preclusión de toda oportunidad de nuevo acuerdo, así como la imposibilidad para Juez y Fiscal de volver a conocer del asunto.

De esa manera, entonces, la ley procesal vinculaba rígidamente los acuerdos (en tanto juicios de adecuación de los hechos a los preceptos de derecho sustancial), con la actividad procesal y con el contenido material de la sentencia. La ley procesal extremaba, mucho más que ahora lo hace respecto de la resolución acusatoria, el principio de congruencia, de manera tal que el remedio del error in iudicando no podría operar a través de la modificación del fallo sino únicamente a través del regreso a la etapa procesal donde se originó el vicio. Para regresar allí no se podía sino acudir a la anulación del trámite posterior al acuerdo, pues fue a partir de la omisión de control en que incurrió el Juzgador, cuando se contaminó el procedimiento.

De manera que, como lo afirma el fallo de la Corte, acá no se está estrictamente ante una violación directa de la ley sustancial. Es que ella, como causal de Casación, supone que dicha infracción

se produzca en la sentencia, y es por eso que la Corte la remedia dictando fallo de reemplazo que aplica correctamente el precepto sustancial correspondiente. Ahora bien, aunque el esquema de esta clase de procesos varía frente al del proceso ordinario, yo en lo personal estaba más del lado de que la nulidad no cobijara el acto de audiencia, pues no es en él donde falla el control de legalidad, ya que los cargos que allí formula el Fiscal no son resolución de acusación, ni se constituyen en ley del proceso. Esos cargos equivalen, prestan la función de la acusación: pero como el acuerdo podía ser improbado, no necesariamente se tenía que dictar sentencia en consonancia con ellos. Podría parecer sutil la variación del esquema, pero al fin y al cabo la implica, hasta el punto de que anulando el acto de audiencia, podía celebrarse otro, intentarse de nuevo, conseguir un nuevo acuerdo. En cambio, por la vía de la improbación, precluía toda nueva probabilidad de acuerdo. A la postre, dejar abierto ese camino me condujo a votar y suscribir la decisión tal cual quedó porque redunda en mayor garantía para el acusado.

Proceso 9124.

Busco enfatizar, en esta aclaración de voto, el fundamento de la nulidad no obstante estarse, en el fondo, frente a un vicio *in judicando*, es decir, frente a una violación de la ley sustancial. Si bien es cierto que la sentencia deja de aplicar la diposición de la ley 40 de 1993 que prevé para el homicidio agravado una pena que oscila entre 40 y 60 años de prisión, y en cambio aplica, indebidamente, el art 324 del Decreto 100 de 1980, que establecía una pena de 16 a 30 años de prisión, lo que acá resulta determinante es que ello se manifiesta a través de un error de actividad, en la especie de error de estructura, razón por la cual no es posible acudir al proferimiento de sentencia de reemplazo para subsanarlo.

El artículo 37 del C. Penal implicaba mucho más que un auto de cargos o resolución acusatoria, en el sentido de que la imputación que dentro de la audiencia allí regulada debía hacer el Fiscal, necesariamente tenía que generar un acuerdo con el procesado "acerca de las circunstancias del hecho punible y la pena imponible". A su turno el Juez, si "considera que la calificación jurídica del delito y la pena imponible, de conformidad a lo acordado por las partes, son correctas y obra prueba suficiente, dispondrá en la sentencia la aplicación de la pena indicada y la indemnización de perjuicios". Pero si el Juez consideraba ilegal el acuerdo por razón de la calificación dada al hecho, de sus circunstancias o de la pena imponible, o porque no estaba respaldado en prueba suficiente, debía proferir auto interlocutorio que improbaba dicho acuerdo, recurrible por el sindicado, el fiscal o el Ministerio Público, cuya ejecutoria, de darse, implicaba la preclusión de toda oportunidad de nuevo acuerdo, así como la imposibilidad para Juez y Fiscal de volver a conocer del asunto.

Aplicado este procedimiento al caso concreto, ha de decirse que ante la infracción de la norma sustancial que consagraba otra pena para el homicidio allí juzgado, y por contera del mandato constitucional que proscribe la imposición de pena no prevista en ley vigente en el momento de realizarse el hecho, el Juez debió abstenerse de aprobar el acuerdo. No actuó así, que era lo que le ordenaba la ley procesal, y optó por dictar sentencia que necesariamente tenía que atenerse al acuerdo pues así circunscribía la ley de procedimiento su contenido normativo.

Por esa vía -y eso es lo que por lo menos explica la confirmatoria del Tribunal Superior -*el ad quem* entendió que como no podía reformar en peor, estaba obligado a fallar respetando el acuerdo y que debía limitarse a considerar las impugnaciones de los sujetos procesales. No acató que ante la violación del precepto constitucional estaba compelido a abstenerse de fallar de fondo y que, en cambio, debió disponer que el funcionario de primer grado improbara el acuerdo, o simplemente revocar la sentencia y declarar improbado el acuerdo (la ley no reguló expresamente el punto, por lo que estimó viables en principio, ambas posibilidades).

De esa manera, entonces, la ley procesal vinculaba rígidamente los acuerdos (en tanto juicios de adecuación de los hechos a los preceptos de derecho sustancial), con la actividad procesal y con el contenido material de la sentencia. La ley procesal extremaba, mucho más que ahora lo hace respecto de la resolución acusatoria, el principio de congruencia, de manera tal que el remedio del error *in iudicando* no podría operar a través de la modificación del fallo sino únicamente a través del regreso a la etapa procesal donde se originó el vicio. Para regresar allí no se podía sino acudir a la anulación del trámite posterior al acuerdo, pues fue a partir de la omisión de control en que incurrió el Juzgador, cuando se contaminó el procedimiento.

De manera que, como lo afirma el fallo de la Corte, acá no se está estrictamente ante una violación directa de la ley sustancial. Es que ella, como causal de Casación, supone que dicha infracción se produzca en la sentencia, y es por eso que la Corte la remedia dictando fallo de reemplazo que aplica correctamente el precepto sustancial correspondiente. Ahora bien, aunque el esquema de esta clase de procesos varía frente al del proceso ordinario, yo en lo personal estaba más del lado de que la nulidad no cobijara el acto de audiencia, pues no es en él donde falla el control de legalidad, ya que los cargos que allí formula el Fiscal no son resolución de acusación, ni se constituyen en ley del proceso. Esos cargos equivalen, prestan la función de la acusación: pero como el acuerdo podía ser improbado, no necesariamente se tenía que dictar sentencia en consonancia con ellos. Podría parecer sutil la variación del esquema, pero al fin y al cabo la implica, hasta el punto de que anulando el acto de audiencia, podía celebrarse otro, intentarse de nuevo, conseguir un nuevo acuerdo. En cambio, por la vía de la improbación, precluía toda nueva probabilidad

de acuerdo. A la postre, dejar abierto ese camino me condujo a votar y suscribir la decisión tal cual quedó porque redunda en mayor garantía para el acusado.

No ignoro, por supuesto, los riesgos que de cara a la dilación del proceso, a las prescripciones, a las excarcelaciones por vencimiento de términos suelen producir estos reenvíos y todo ello precisamente era lo que me hacia dudar. Amén de que la ley procesal incorporó el principio del carácter residual de la nulidad cuando otra sanción procesal u otro remedio pueden resolver el vicio *in procedendo*.

Valga anotar que las tendencias en la Sala fueron diversas. En principio algunos consideraron que el Juez podía optar entre la nulidad del acuerdo o la improbación, algún otro consideró únicamente posible la anulación (por la índole del vicio en tanto violatorio del mandato de legalidad de la pena como principio constitucional) y el suscrito sostuvo como punto de partida que únicamente podía improbar. Queda pues expuesta y ampliada la razón por la cual finalmente incliné mi voto hacia la sanción de nulidad en este caso concreto.

Carlos E. Mejía Escobar.

Sept. 6/96

DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO ECONOMICO/ PERJUICIOS MORALES

Es oportuno aclarar que la Sala no comparte la tesis de que "en los delitos contra el patrimonio económico no se dan los perjuicios morales, hecha excepción de cuando en ellos se utiliza la violencia física o moral", puesto que el delito también puede generar dolor síquico, que se manifiesta a través de la angustia y depresión que le genere el hecho a la víctima, el cual es indemnizable, así por las dificultades para su cuantificación sea necesario acudir a los parámetros que fija el artículo 106 del Código Penal.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. Santa Fe de Bogotá D. C., julio treinta y uno (31) de mil novecientos noventa y seis (1996).

Magistrado Ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel.*

Aprobado Acta No. 112.

Proceso No. 8952.

VISTOS

Procede la Sala a pronunciarse sobre las demandas de casación presentadas por el defensor de los procesados Gladys Garzón de Roncancio y Sixto Roncancio Castellanos, contra la sentencia del Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá, confirmatoria de la dictada por el Juzgado Veintisiete Penal del Circuito de la misma ciudad, que condenó a los aquí recurrentes a la pena principal de treinta (30) meses de prisión, y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un lapso igual al de la pena principal, por el delito de falsedad material de particular en documento público, así como al pago de perjuicios ocasionados. Se les otorgó el subrogado de la condena de ejecución condicional.

I. HECHOS

El Procurador Delegado los resumió así:

"Los señores Claudio Garzón Sandoval y Gladys Garzón Sandoval adquirieron el vehículo marca Chevrolet Chevelle, modelo 1985 tipo sedán de

servicio público; el dinero aportado por Gladys Garzón en la compra común, fue entregado a ella por su esposo Sixto Roncancio para que el automotor fuera trabajado por su cuñado, quien se encontraba en precarias condiciones económicas, a consecuencia de haber perdido el empleo y necesitaba cubrir los gastos de su compañera Luz Marina González y sus hijos menores.

"El 25 de marzo de 1.986, Claudio Garzón Sandoval falleció a consecuencia de accidente de tránsito cuando conducía el automotor referido..."

"Una vez reparado el carro, como presentaba algunos inconvenientes en su funcionamiento y la compañera del occiso insistía en reclamar su parte en el bien, Gladys Garzón Sandoval y su esposo tramitaron la venta del vehículo, previo contrato de promesa de venta suscrito por Gladys quien se comprometía a vender el automotor al señor Gersaín Castañeda R., según formulario No.883464-1 donde aparecían autenticadas ante notario las firmas de los vendedores, la de Claudio el día 17 de mayo de 1986 -fecha posterior a su deceso- y la de Gladys el 25 de julio de 1987".

II. Actuación procesal

El Juzgado Cincuenta y Ocho de Instrucción Criminal de esta ciudad abrió la investigación y vinculó mediante indagatoria a Gladys Garzón de Roncancio y Sixto Roncancio Castellanos, y como persona ausente a Epifanio Garzón Alvarez.

Concluida la instrucción se calificó el mérito del sumario el 18 de julio de 1991 con resolución de acusación contra Gladys y Sixto por el delito de uso de documento público falso, imponiéndoles medida de aseguramiento de caución prendaria. En favor de Epifanio Garzón Alvarez se dispuso cesar procedimiento. Se ordenó compulsar copias por la posible comisión del delito de falsificación o uso fraudulento de sello oficial contra el abogado Argelino Garzón Cortés.

El Tribunal Superior al conocer del recurso de apelación interpuesto contra el auto calificatorio, en providencia de septiembre 2 de 1991 lo modificó en el sentido de que la resolución de acusación procede por el concurso de delitos de falsedad material en documento público y hurto entre condueños, como coautores. Así mismo se fijó como medida de aseguramiento la detención preventiva, y se ordenó la reapertura de la investigación respecto de Epifanio Garzón.

En el curso de la audiencia pública practicada por el Juzgado Veinti siete Penal del Circuito, el defensor de los procesados interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación, contra la decisión que negó la nulidad propuesta en razón a que no procedía la acción por el delito de hurto entre condueños: decidido el recurso de apelación, el Tribunal Supe-

rior ordenó cesación de procedimiento en favor de los esposos Roncancio-Garzón por el ilícito motivo de ese recurso.

Finalizada la vista pública se dictó sentencia de primera instancia con los resultados ya conocidos, la cual fue confirmada por el Tribunal.

III. Las demandas

Comoquiera que el defensor presenta dos demandas con ataques y argumentos idénticos, salvo los numerales V.5o. y V.6o. del libelo a nombre de Sixto Roncancio Castellanos relativos a la tipicidad del delito de falsedad, se resumen conjuntamente así:

Al amparo de la causal primera de casación, cuerpo segundo, acusa la sentencia del Tribunal por estimar que es violatoria por vía indirecta de una norma de derecho sustancial por error de hecho que recae sobre prueba indiciaria.

Para demostrar el cargo enuncia los fundamentos de la sentencia, los cuales se pueden resumir como sigue:

1o. Se evidencia la falsedad en la diligencia de autenticación, cuya demostración se robustece con el estudio grafológico que permite apreciar la falsedad de la firma de Claudio Garzón Sandoval en el formulario de traspaso del vehículo.

2o. No se efectuó ningún estudio de grafismo a la firma certificadora de la autenticación, por lo que quedó sin determinarse si es la del Notario Dieciocho del Círculo de Bogotá. Tampoco se llevó a cabo un análisis grafométrico de los sellos estampados en la autenticación, y si bien es cierto que el Notario rindió declaración en la que dijo que la firma no es la suya, ni tampoco los sellos son los utilizados en la Notaría, ha de tenerse como inexistente en razón de no haberse suscrito por la Juez

3o. Se estima que los declarantes María Teresa Sandoval, Margarita Rivas, Lucero Garzón de Abella y Jorge Abella, faltaron a la verdad para favorecer a sus parientes y librarlos del peso de la ley, acordando previamente los puntos objeto de la afirmación testimonial. Pero lo que se pone en evidencia es que Claudio Garzón no tenía interés para delinquir, falsificando su firma en la diligencia de autenticación del traspaso, con fecha posterior a su muerte.

4o. En cambio, respecto de los procesados se presenta el indicio grave de interés para delinquir por cuanto ellos sufragaron parte del costo del arreglo del carro, y como no daba utilidad por cuanto permanecía más en el taller que en servicio, Sixto Roncancio optó por venderlo.

5o. El indicio grave de mentira, pues los inculpados afirmaron que en el maletín de Claudio Garzón se encontró un formulario diligenciado en que solo faltaba la firma de Gladys, afirmación que peca contra la lógica,

porque es imposible que él supiera un año antes de su muerte que el carro iba a ser adquirido por quien figura en el traspaso como comprador.

6o. El fallo concluye que el formulario de traspaso falsificado se realizó en un solo acto, ya que carece de añadidos.

En síntesis, señala el recurrente que los indicios fundamento de la condena se reducen al interés para delinquir, el grave de mentira, y la elaboración del formulario en un solo acto, respecto de los cuales dice que al hacer la inferencia se violaron los artículos 247, 300 y 302 del Código de Procedimiento Penal.

Respecto al indicio de interés para delinquir estima que hay circunstancias fácticas infirmantes, las cuales relaciona de la siguiente manera:

a) Los procesados no fueron quienes más intervinieron en el arreglo del taxi, tal como lo afirma el fallador, pues se acreditó que la compañía aseguradora autorizó el pago de quinientos treinta y cuatro mil pesos, tal como se colige de la indagatoria de Sixto Roncancio y de las constancias de la aseguradora.

b) Está acreditada como causa para enajenar el vehículo las desavenencias con Luz Marina González en la administración del mismo, ya que Sixto Roncancio no quería salir del carro. (fl.135).

c) Se comprobó que la persona encargada de los trámites para el cobro del seguro fue Epifanio Garzón, contra quien se compulsaron copias para investigarlo por los mismos hechos cuya autoría se endilga a sus defendidos.

d) Hernando Rodríguez, alias "el Mono", era la persona que le hacía al occiso las gestiones ante las autoridades de tránsito, de acuerdo con las afirmaciones del procesado y del conductor del taxi Ernesto Fernández (fl.233), y su existencia se demostró con las certificaciones de la Registraduría Nacional del Estado Civil.

e) La solvencia económica de los procesados se encuentra acreditada, de modo que erró el juzgador al pensar que se veían precisados a la venta del rodante para recuperar parte de lo invertido en su arreglo.

Así las cosas, el Tribunal incurrió en "un error manifiesto de hecho POR FALSO JUICIO DE IDENTIDAD, por cuanto APRECIO ERRONEAMENTE EL SENTIDO Y CONTENIDO QUE REVELA LA PRUEBA, esto es, a dicho medio de convicción, en forma por demás apretada, se le hicieron producir efectos probatorios, que razonadamente, jamás se podrían derivar de su contexto".

"En efecto, a los seis anteriores factores de convicción, ha debido dárseles un alcance tal, que fuera suficiente para declarar INFIRMADO EL INDICANTE que sirvió de partida para este primer indicio que edificó el fallador".

Respecto al indicio grave de mentira, reitera que el fallador lo hace derivar de "supuestas afirmaciones falaces de los procesados", cuando sostienen que el formulario de traspaso encontrado en un maletín de Claudio Garzón "ya estaba diligenciado", pues no sería posible que éste supiera quién iba a adquirir el bien.

Para desvirtuar este indicio aduce lo siguiente:

- El formulario de traspaso encontrado estaba firmado en blanco.

- En el proceso no se ha dicho, como lo colige el fallador, que el formulario se encontrara con el nombre del comprador. No tuvo en cuenta el fallador que la costumbre dos años atrás permitía autenticar ante notario los formularios de traspaso de automotor con la sola firma del vendedor.

- Tampoco apreció el sentenciador que la negociación del automotor y la firma del contrato de compraventa se llevaron a efecto el 26 de julio de 1987, dieciséis meses después de fallecido Claudio Garzón.

La "confusión" del fallador se originó en error ostensible que radica en la exclusión de las versiones de Gladys Garzón de Roncancio, Sixto Roncancio y Gersaín Castañeda Rueda, entendiendo que el referido formato de traspaso se halló con el nombre del comprador, situación que era imposible.

Se configura así un error manifiesto de hecho por falso juicio de existencia al excluir la prueba testimonial, lo cual generó el error de suponer el hecho indicador, violando así los arts. 294 del C. de P.P., 220 y 222 inciso 2o. del C.P.

En lo atinente al indicio de elaboración del documento en un solo acto, el censor desarrolla algunas críticas en los siguientes términos:

a) La afirmación del fallador, en el sentido de que el documento se mecanografió íntegralmente por una sola persona y en un solo acto, lleva a concluir que no puede condenarse a más de una persona por el punible investigado, cuando es el mismo sentenciador quien llega a esa consideración.

b) Se acreditó que quien elaboró la promesa de compraventa fue Argelino Garzón, a quien se le inició proceso penal por los mismos hechos.

c) También se está investigando en proceso separado al hermano de Claudio Garzón, de nombre Epifanio, por el mismo delito.

De lo anterior concluye que sus defendidos no pudieron haber cometido el punible por el cual se les condenó, máxime cuando la falsedad material se está endilgando a otra persona contra quien sí hay indicios graves.

Se incurrió en error grave de hecho por suposición, por cuanto sin que hubiera prueba del indicante el fallador lo supuso, y de no haber incurri-

do en esa falla no habría podido realizar la inferencia que dio como resultado la existencia del indicio grave en contra.

Solicita se case la sentencia respecto de sus procurados y se profiera fallo absolutorio.

En la demanda presentada a nombre de Sixto Roncancio Castellanos, bajo el título "CRITICA POR SUPOSICION DE PRUEBA INEXISTENTE", el censor aduce que se dio por probada la tipicidad del punible de falsedad material de particular en documento público, con base en pruebas declaradas inexistentes, por lo que se incurrió en error de hecho por falso juicio de existencia.

Para demostrar el cargo argumenta lo siguiente:

1.- No se efectuó estudio técnico a la firma que certificó la autenticación, para constatar si correspondía o no al Notario Dieciocho del Círculo de Bogotá.

2. Tampoco se hizo el examen técnico a los sellos colocados en la autenticación, por lo que no pudo determinarse si ellos son los utilizados por la citada Notaría.

3.- La versión del Notario Dieciocho fue declarada inexistente por el Tribunal, y a pesar de ello, da por sentada la certeza del hecho punible cuando no se acreditó técnicamente la tipicidad "por los medios técnicos y aptos establecidos por nuestra normatividad procesal".

Denuncia que se violaron los artículos 300, 302 y 247 del C. de P.P. y 220 y 222 inciso 2° del C.P.

De otra parte, con el título de "CRITICA POR DEJAR DE APRECIAR EL FALLADOR, PRUEBA EXISTENTE EN EL PROCESO", denuncia un error de hecho por falso juicio de existencia, al omitir el análisis de la prueba trasladada que se aportó en la diligencia de audiencia pública, la que da cuenta que en contra de la aquí denunciante Luz Marina González Hernández, se profirió medida de aseguramiento consistente en detención preventiva por el punible de fraude procesal, cuyos hechos son los mismos aquí investigados, y critica que a pesar de ello el sentenciador le otorgó "ilimitada credibilidad a su dicho".

Considera que se vulneraron los artículos 247, 300 y 302 del C. de P.P. y 220 y 222 inciso 2° del C.P.

IV. Concepto del Ministerio Público

1o. El Procurador Tercero Delegado en lo Penal solicita que se desestimen los cargos formulados, con apoyo en las siguientes razones:

Las dos demandas se limitan a presentar algunas críticas respecto de las conclusiones a que llegó el fallador a través de las reglas de la experiencia a partir de los hechos indicadores que halló probados en el proceso.

Si bien el libelista es preciso al delimitar el yerro en que incurrió el fallador como violación indirecta por error de hecho, "omitió referir si se trataba de falso juicio de existencia o de identidad. Logra descubrirse sin embargo, que al inicio pretende demostrar la ocurrencia de un falso juicio de identidad, como quiera que enuncia la apreciación falsa de unas pruebas, las que como se verá, no han sido tergiversadas en su contenido".

El libelista no logra desvirtuar el indicio del interés para delinquir, pues basta con lo manifestado por el indagado Sixto Roncancio, para concluir que es claro que además del dinero reconocido por la aseguradora, se efectuó un importante aporte de dinero por el inculpado, situación que confirma un normal interés en la suerte del automotor por parte de éste como en efecto lo entendió el Tribunal.

Las razones de la venta y los inconvenientes para administrar el taxi con Marina González, que aduce el casacionista, así fueron expresados por el procesado y de tal modo los apreció el sentenciador, por lo que no se vislumbra malformación del contenido de la prueba en tal análisis que configure el yerro denunciado.

En cuanto a que en el proceso se vinculó a Epifanio Garzón como coautor del ilícito, investigándose aún tales hechos, la Delegada no encuentra la relación de esta circunstancia con el planteamiento, que demuestre distorsión en las pruebas testimoniales; vale decir, no se observa cuál es la relación de esta incidencia procesal en el indicio de interés para delinquir, crítica que también merece la referencia sobre la existencia de un tramitador de gestiones de tránsito, que más que un falso juicio de identidad, estaría denunciando un falso juicio de existencia, frente al cual no se demuestra su incidencia en el fallo, dejándose así en el simple enunciado.

En realidad, como se anotó, el demandante incurre con estas apreciaciones en evidente error de técnica casacional, toda vez que propuesto el falso juicio de identidad se desvía a la crítica de la opinión que le mereció al fallador la circunstancia dentro del contexto de la actitud falsaria, el aporte de dinero de Roncancio para la reparación del taxi sin pasar por alto la inversión en la compra que hiciera Gladys de Roncancio (su esposa) y el estado de inutilidad posterior del automotor que torna evidente por lo menos pensar en la venta.

Al poner de presente el pago efectuado por la aseguradora para demostrar que no había tal interés económico, solo pretende oponer su personal criterio al del juzgador, que prevalece por estar amparado en las presunciones de acierto y legalidad.

Respecto del indicio de mentira, conveniente es anotar que los procesados afirmaron que el formulario de traspaso del automotor se halló con la firma del hoy occiso debidamente autenticada, y el sentenciador excediendo el contexto de la prueba, entendió que el documento se encontró

de una vez con la firma del comprador, aspecto sobre el cual sustentó la idea de la mentira, pues no era posible que en esa época se supiera quién iba a ser el comprador un año después.

Es verdad que el nombre del comprador no se mencionó por los inculpados en las injuradas, y el comprador no tenía conocimiento de ello, pues los trámites los efectuó en comunicación con Gladys de Roncancio, quien le entregó el formato solo para la firma de él y su autenticación. No obstante la configuración del falso juicio de identidad, el yerro se propuso de manera incorrecta como falso juicio de existencia.

Confirmada solo parcialmente la tergiversación del contenido de las indagatorias mencionadas, tal equívoco no incide en el fallo, pues se adiciona a este indicio de mentira el de la elaboración del formulario de traspaso en un solo acto, de tal claridad que no logra derribar la determinación que niega credibilidad a la versión sobre que fuera Claudio Garzón el que llenó el documento y sobre los que el censor elabora además algunas críticas que en nada afectan el indicio, como cuando con desatino indica que no se puede condenar a más de una persona por el ilícito o que se investiga a Argelino Garzón por el mismo delito, afirmación esta última que además de su falta de correspondencia con el cargo formulado es imprecisa, pues al citado se ordenó abrir investigación por el delito de falsificación o uso fraudulento de sello original.

El indicio de mentira encuentra sustento en diversas circunstancias, como son las conclusiones a que llegó el Instituto de Medicina Legal a través del estudio gralológico técnico al documento apócrifo, lo que impide sea desestimado, como lo consignó el *ad quem*.

Visto así, el cargo carece de mérito para prosperar.

En cuanto a los aspectos nuevos que aborda el censor en la demanda presentada a nombre de Sixto Roncancio, se observa que continúa el ataque por falso juicio de existencia, en primer término sobre el testimonio del Notario Dieciocho del Círculo de Bogotá, y después en cuanto a la prueba trasladada (denuncia formulada en contra de la aquí denunciante) por los mismos hechos.

En cuanto a lo primero, es necesario señalar que el demandante toma como argumento las mismas premisas que anotó el Tribunal en el fallo atacado. De la lectura de la sentencia de segunda instancia se advierte fácilmente que en ella no solo se lamenta la carencia de la prueba directa sobre la falsedad de la firma que certificó la autenticación, a través del estudio grafológico que correspondía, así como de los sellos utilizados por el funcionario para los mismos efectos, sino que tiene en cuenta la declaratoria de inexistencia del testimonio rendido por el notario en mención, por parte del mismo cuerpo judicial al resolver el recurso de apelación de la resolución acusatoria.

Apreciado de esta manera, no se configura el falso juicio de existencia invocado, pues él se predica en el sentido que se ha propuesto, si se reconoce el hecho mediante prueba que no existe procesalmente.

En realidad la prueba pericial no se practicó y la testimonial se declaró inexistente, sin embargo el ad-quem no acepta el hecho de la falsedad a través de la prueba existente como se insinúa, sino que aparece como consecuencia de las reflexiones del fallador a través de los indicios que halló probados en el curso de proceso, en cuya apreciación se respetaron los lineamientos de la sana crítica, que también fueron objetados por el censor, como se analizó.

Luego de transcribir los términos de la sentencia, concluye la Delegada que lo que sucede es que el libelista cierra las puertas a los restantes medios de prueba que ha consagrado el ordenamiento procesal penal en el artículo 248 -inspección, documentos, testimonio, confesión y se limitó así a la prueba pericial como única para demostrar la ocurrencia del delito.

El censor parece ignorar que la libertad probatoria en materia penal permite que los mencionados medios de prueba y cualquier otro, sirven para la demostración de los hechos que se investigan, y que cuando el legislador en el art. 247 habla de la prueba para condenar, no ha indicado cuál ha de ser la pertinente para cada situación fáctica, solo se refiere genéricamente a la certeza del hecho punible y la responsabilidad del sindicado, por lo que todas, en consecuencia, sirven para demostrar el hecho.

Así se desvía el yerro enunciado a la pretensión de aplicar el sistema de la tarifa legal de pruebas, que como se sabe fue sustituido por el de la sana crítica.

En relación con la violación de la norma sustancial a que se refiere el recurrente en el punto V.6, por falso juicio de existencia al omitir la apreciación de la prueba trasladada, no existe relación entre la aludida prueba y el hecho demostrativo de la falsedad, pues si bien es cierto que las copias autenticadas del auto que resuelve la situación jurídica en la investigación por fraude procesal, tuvieron origen en las declaraciones extrajuicio y los documentos tendientes a demostrar los derechos que tenía Claudio Garzón (su compañero y padre de sus hijas) sobre el inmueble allí descrito, estos hechos no guardan relación con el asunto que se debate en esta oportunidad y en tal virtud, no tener en cuenta esa prueba trasladada en nada incidiría con la tipificación y/o responsabilidad del delito por el que aquí se procede.

Cuando el casacionista afirma que se le otorgó "ilimitada credibilidad a su dicho", descubre la real intención del ataque, contraria a su enunciado, pues se duele de la credibilidad que le merecieron al fallador las declaraciones de la denunciante, circunstancia esta que no acepta discusión, como quiera que con la libre apreciación probatoria ella solo está sujeta a los presupuestos de la sana crítica, cuya obediencia se constató.

El censor no demostró la incidencia de la omisión denunciada, olvidando nuevamente revisar la providencia, para dedicarse a pregonar su concepto personal y no hallar presupuestos de la crítica otorgada al testimonio citado.

El Ministerio Público transcribe lo que al respecto expresó el Tribunal, y concluye que estos cargos adicionales así analizados no pueden prosperar.

2o. El Procurador Delegado solicita que se case parcial y oficiosamente la sentencia, por cuanto se incurrió en una irregularidad sustancial que afecta el debido proceso, lo cual puede subsanarse mediante la reposición de la condena en perjuicios.

El fundamento de la petición se refiere a que el fallador no tuvo en cuenta para la tasación de los perjuicios morales las modalidades de la infracción, las condiciones de la persona ofendida y la naturaleza del agravio sufrido.

El delito objeto de estudio, además de la vulneración del interés jurídico de la fé pública en cabeza del Estado, generó un desmedro patrimonial que afectó a las herederas de Claudio Garzón, pues además de tramitar inadecuadamente la venta del taxi, no les entregaron lo que legalmente les correspondía.

"No ocurre tal fundamentación en el fallo respecto del pretendido daño moral que se tasa; ello porque acorde con los elementos descritos por el artículo aludido del ordenamiento penal, no tendría razón. Un agravio de esa entidad se da cuando el daño o la lesión se relaciona con un derecho subjetivo o personal. En este ámbito propio de la afectividad de las personas no tienen cabida las cosas corporales, pues ellas carecen de sentimientos, tal es así que en los delitos contra el patrimonio económico no se dan los perjuicios morales, excepto cuando en ellos se utiliza la violencia física o moral".

"En este caso no es dable hablar del perjuicio moral en relación con el estado y tampoco relativo a las herederas del causante cuya firma se falsificó, no solo porque el delito per se no ocasiona tal detrimento en el sentimiento de las menores, menos al estado del cual no es posible predicarlo en sus sentimientos, sino que de haberlo observado así debió fundamentarse en la sentencia a través de una reflexión lógico jurídica la que no existe en esta decisión".

V. Consideraciones de la Corte

1o. El ataque que en forma idéntica presenta el actor en las dos demandas se dirige contra los indicios que a su juicio son el fundamento de la sentencia, y que consisten en el de interés para delinquir, de mentira, y el derivado de que el formulario de traspaso fue mecanografiado por una sola persona y en el mismo acto.

A diferencia de lo que erróneamente manifiesta el Ministerio Público, el demandante en el desarrollo de la crítica a cada indicio precisa si la falla que imputa al sentenciador fue por falso juicio de existencia o de identidad, de manera que en ese aspecto no existe la falla que se le atribuye, como se verá a continuación:

a) En cuanto al indicio de interés para delinquir el libelista plantea que el fallador incurrió en error manifiesto de hecho por "FALSO JUICIO DE IDENTIDAD", por cuanto apreció erróneamente el sentido y contenido que revelan las pruebas.

Cuando se invoca el falso juicio de identidad se debe demostrar que el juzgador alteró el contenido material de la prueba dándole un alcance que no tiene, o en otras palabras, poniéndola a decir lo que en ella no dice.

En el caso en estudio el defensor no demuestra que hubiere ocurrido tergiversación alguna, o que los hechos indicadores no hayan tenido ocurrencia tal y como los narró el fallador, simplemente pretende que a partir de unas consideraciones que enumera, algunas de ellas sin relación directa con el indicio cuestionado, el Tribunal ha debido llegar a la conclusión contraria, esto es, que sus clientes no tenían interés para delinquir.

Es un hecho cierto que los acusados tenían invertida una buena cantidad de dinero en el taxi, y que incluso, como lo afirma Sixto Roncancio en la indagatoria, debió aportar sus ahorros para terminar de arreglarlo después del accidente, de modo que es necio pretender ocultar su interés en la venta, así como que los directamente beneficiados eran ellos, inferencia lógica que en nada afecta el que tuvieran o no alguna solvencia económica, ni que quien le hacía los trámites de tránsito al occiso era Hernando Rodríguez, ni mucho menos que el encargado de las diligencias ante la compañía aseguradora hubiera sido Epifanio Garzón.

Ninguna objeción cabe a la inferencia que realiza el Tribunal, y cuyo texto es el siguiente:

"Por lo que refiere el proceso, los encausados fueron los que más intervinieron en el taxi, costeando incluso buena parte del arreglo que se le hizo después del accidente en el que perdió la vida Claudio Garzón. Y como no dejaba ningún margen de utilidad por cuanto permanecía más tiempo en el taller que en servicio, Sixto Roncancio optó por venderlo según lo refiere su suegra María de Jesús Sandoval Carvajal" (fls.135 y 136 subrayado fuera de texto).

En tal análisis no se vislumbra ninguna desfiguración del contenido de la prueba, y las razones que aduce el actor como causa primordial para enajenar el vehículo -desavenencias para su administración con Marina González- fueron apreciadas por el Tribunal, tal y como las expresó el

procesado en su indagatoria, luego es claro que el yerro denunciado no se configura.

b) Respecto al denominado indicio de mentira, el casacionista acusa al Tribunal de haber incurrido en violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho por "FALSO JUICIO DE EXISTENCIA", el cual radica en que se excluyeron en forma evidente las versiones emitidas por Gladys Garzón de Roncancio, Sixto Roncancio Castellanos y Gersain Castañeda Rueda, omisión que hizo generar otro error grave por suposición respecto al hecho indicante de la mentira.

Sobre este aspecto es importante leer lo que el Tribunal dijo en la sentencia:

"Afirman los enjuiciados, como puede verse en la indagatoria de Gladys de Roncancio, que el formulario de traspaso supuestamente encontrado en el maletín de su hermano 'estaba diligenciado', puesto que tan solo faltaba la firma de la mencionada procesada. Nada más falto a la verdad que esta afirmación que peca con los principios de la lógica, por ser un imposible que Claudio Garzón supiera antes de su muerte que un año largo después, el carro iba a ser adquirido por quien figuraba en el traspaso como comprador, cuando ni siquiera se conocían.

"Es que con esa comprobada afirmación falaz que permite obtener el indicio grave de mentira, los procesados pretendían ocultar una verdad real, a ojos vista, con la que les queda comprometida aún más su responsabilidad, y es de que Claudio no firmó ningún traspaso abierto, como se quiso demostrar con testigos inveraces y lo sostuvo en un principio Sixto Roncancio" (subraya fuera de texto).

"Un detenido análisis de observación al formulario de traspaso objeto de la falsificación, lleva a la Sala a refutar que el referido documento se mecanografió íntegramente por una misma persona y en un solo acto, ya que carece de añadidos...".

Gladys de Roncancio manifestó en su injurada lo siguiente:

"...encontramos un formulario de TRASPASO DILIGENCIADO... Como ese formulario mi hermano lo tenía diligenciado, yo únicamente firmé para entregárselo al señor GERSAIN... En el formulario solo faltaba mi firma y el resto ya se hallaba llenado" (sic) (subraya la Sala).

Y en la parte que transcribe el libelista dice:

"El formulario tenía únicamente la firma de él y luego yo lo firmé... El ya había dejado listo el formulario, es decir con la firma de él autenticada y lo tenía en la maleta".

Por su parte Sixto Roncancio dijo:

"...encontramos la póliza de seguro, lo mismo un formulario con traspaso abierto firmado por Claudio... y registrado ante notaría ...Como se tenía el formulario de traspaso diligenciado o sea firmado por Claudio y ante notaría, mi esposa, se llenó esta parte, ella como vendedora y fue lo autenticó ante una Notaría..." (Este es el aparte que transcribe el libelista).

Como puede verse, no es cierto que el juzgador haya omitido la apreciación de las declaraciones que menciona el libelista, pues justamente a partir de ellas es que llegó a la conclusión impugnada. Tampoco es verdad que hubiere tergiversado las versiones de los imputados, como lo sostiene el Delegado, pues al ellos decir que el formulario ya estaba diligenciado eso implica entender que ya estaba anotado el nombre del comprador, como quiera que debe recordarse que todo el documento se llenó con la misma máquina, y que Gladys Garzón al referirse a este aspecto dijo: "ya estaba escrito, no sé en que máquina lo hicieron, tampoco sé quién lo hizo, no tengo conocimiento".

De otra parte, el recurrente limita a este punto su ataque contra el indicio de mentira, dejando de lado que el sentenciador se apoyó además en otras consideraciones que a juicio de la Sala son igualmente contundentes, como por ejemplo que resulta absurdo que si fuera cierto que Claudio Garzón tomó la determinación de vender el vehículo, hubiera falsificado en la diligencia de autenticación del traspaso su propia firma, dejándola además con una fecha muy posterior a la de su muerte.

A lo anterior hay que adicionar el análisis sobre la oportunidad en que fue llenado el documento de traspaso, en el cual se llega a una conclusión muy clara. Dice así:

"El entintado de las letras y demás signos impresos con la máquina de escribir es uniforme, sin vacilación en ninguno de sus apartes; la fuerza con que se digitaron los tipos, por lo que se aprecia en la impresión, también es uniforme; las letras del nombre de Claudio Garzón Sandoval, así como los números de las cédulas de ciudadanía del antes nombrado y de Gladys Garzón que están en alineamiento vertical con letras del nombre de Gersaín Castañeda Rueda y números de su documento de identidad, conservan la línea sin descuadrarse ninguno; la raya que separa los nombres de los copropietarios se encuentra exactamente en la mitad del espacio que existe entre estos dos; tampoco se dan diferencias en la alineación horizontal, si miramos el escrito por renglones.

Lo anterior lleva a la Sala a creer que el formulario de traspaso fue mecanografiado íntegramente por una sola persona y en un solo acto, pues que si se hubiera elaborado por apartes, en fechas diferentes y bien distanciadas, otros serían los aspectos denotados en el documento.

Todo esto conduce a la Sala a una incuestionable conclusión: la remota posibilidad de que Claudio Garzón hubiese sido quien diligenció el traspaso en la forma como parecen sugerirlo los aquí sentenciados en primera instancia, no se da, por lo que no pasa de ser un recurso defensivo. Un solo camino queda abierto y a él se llega por inferencia lógica, como lo hizo el Juez A-quo en su fallo: La falsedad no pudo ser determinada sino por quienes tenían interés para hacerlo, esto es, los que vendieron el taxi para recuperar su dinero que se encontraba improductivo, y usufructuaron el valor pagado, ya que como lo dijo el juzgador primario, no integraron 'la cuota parte correspondiente a las legítimarias de Claudio', como aparece acreditado en autos".

Los elementos de juicio mencionados no dejan ninguna duda de que los encausados mintieron cuando afirmaron que encontraron el formulario de traspaso diligenciado por Claudio Garzón, de manera que le asistió total razón al juzgador de instancia al referirse al indicio de mentira, porque el hecho que le sirve de indicador está plenamente acreditado.

c) Es muy obvio que de la afirmación que contiene la sentencia en el sentido de que "el formulario de traspaso fue mecanografiado íntegramente por una sola persona y en un solo acto...", no se deriva que solo un procesado puede ser condenado por el punible de falsedad, pues el ámbito de la responsabilidad penal no se circunscribe a la pura ejecución material de una acción, sino que comprende a quienes de diferentes maneras participaron en el hecho, de ahí que el grado de compromiso de los aquí condenados no desaparece porque se haya ordenado compulsar copias para investigar a otras personas.

Concretamente sobre este punto es oportuno además advertir, que ninguna incidencia tiene en la situación de los procesados el que se haya ordenado averiguar la intervención del abogado Angelmo Garzón respecto a la elaboración de la promesa de venta, o la de Epifanio Garzón, pues de encontrárseles responsables esa conclusión no excluye la que corresponde a sus clientes por la conducta que les fue imputada.

2o. En la demanda presentada a nombre de Sixto Roncancio se ataca además la sentencia por error de hecho por falso juicio de existencia, al estimar el censor que el fallador dio por acreditada la tipicidad del punible de falsedad de particular en documento público, con base en pruebas declaradas inexistentes, pues no se efectuó ningún estudio técnico, y la declaración del Notario Dieciocho fue considerada inexistente por faltar la firma del juez que la recibió.

La primera observación que amerita este reproche es que el Tribunal reconoció expresamente en el fallo que no se practicó dictamen pericial, y que la versión del Notario no podía tenerse como prueba, de modo que partiendo de esas premisas mal podía luego incurrir en el error que se le atribuye.

Sobre el tema anotó textualmente:

"No se efectuó ningún estudio de grafismo a la firma certificadora de la autenticación, por lo que quedó sin determinarse si en puridad de verdad es la del Notario 18 del Círculo de Bogotá. Tampoco se llevó a cabo un análisis grafométrico a los sellos estampados en la autenticación, por lo que quedó sin establecerse si son de usanza oficial en la Notaría 18. Y si bien es cierto que el Notario rindió declaración en la que manifestó que la firma certificadora de la autenticación no es la suya y que los sellos impresos en la misma no son los utilizados en la oficina a su cargo, ha de tenérsele como inexistente, tal como se hizo por la sala que conoció por apelación de la resolución acusatoria, en razón de no haberse suscrito por la juez, ni vislumbrarse otros medios que permitan establecer su recepción por parte de la funcionaria cuya antefirma aparece en la diligencia.

En los delitos de falsedad como el que ahora ocupa la atención de la Sala, las diligencias que se echan de menos y la que resultó inexistente, son las probanzas a las que se acude por antonomasia para acreditar la tipicidad del hecho; pero no son las únicas con las que se puede demostrar, ya que en nuestro derecho procesal penal, impera la libertad de prueba, que permite el abordaje de otros elementos de juicio para acreditar su estructuración, tal como ocurre en el presente caso".

Así las cosas el falso juicio de existencia por suposición de prueba que aduce el libelista no tiene respaldo procesal, pues es muy claro que el fallador llegó a la conclusión de la falsedad en la autenticación por la vía de la inferencia lógica, a partir de hechos debidamente probados, como que la firma de Claudio Garzón fue falsificada por imitación servil, según lo constató el Instituto de Medicina Legal, aspectos que no toca el impugnante.

En relación con la censura por falso juicio de existencia, al supuestamente haber omitido el Tribunal la apreciación de la prueba que se trasladó del Juzgado Setenta y Dos de Instrucción Criminal, acerca del proceso iniciado en contra de la aquí denunciante Luz Marina Hernández por el delito de fraude procesal, resulta totalmente desatinado como quiera que se trata de una investigación por hechos que no tienen ninguna relación con los que se juzgaron en esta actuación.

De otra parte, si lo que pretendía era que por esa sindicación no se le diera credibilidad a su dicho, el planteamiento ha debido ser diferente, orientado a demostrar que en la apreciación de esa prueba se violaron las reglas de la sana crítica, pues como es lógico, una simple sindicación -y aún una condena por un hecho aislado- no obligan al juez a que le niegue mérito a un testimonio.

El razonamiento del Tribunal al respecto no ofrece ningún reparo:

"La Sala discrepa con tal criterio, porque si en puridad de verdad el testimonio de la González Hernández careciera de verdad, no encontraría conducencia y fortalecimiento con la prueba indiciaria que ha quedado vista y la testifical de Ernesto Fernández Berrío, conductor que trabajaba el taxi por la noche, y quien depone, como aquella, que Claudio jamás les comentó que quisiera transferir en venta dicho automotor, bien al que tampoco le vio colocado ningún aviso de venta".

Los cargos no prosperan.

3o. La petición del Ministerio Público para que de oficio se case la sentencia y se revoque la condena en perjuicios morales se responde así:

1o. En el caso que nos ocupa la condena en perjuicios no fue controvertida por el recurrente en la apelación (en casación no era posible por la cuantía), y si bien la Corte ha venido aceptando que el Procurador Delegado una vez emitido su concepto puede poner al descubierto alguna irregularidad que invalide el proceso, ello no significa que su atribución se extienda hasta adicionar la demanda con nuevos cargos, de ahí que no tiene facultades para objetar la apreciación probatoria, ni formular reproches por aspectos cuya denuncia le corresponde únicamente al demandante.

Esta precisión no es una restricción a la función del Procurador Delegado en lo Penal, sino un llamado a que se concrete a cumplir la tarea que le ha encomendado la ley, esto es, rendir concepto sobre la demanda, sin pretender suplir lo que como sujeto procesal en segunda instancia pudo haber dejado de hacer el Procurador Judicial Delegado ante el Tribunal, quien sí tiene titularidad para demandar en casación.

2o. El planteamiento del Delegado es claramente contradictorio, pues simultáneamente aduce que el delito fallado no genera perjuicios morales, y que la condena por este factor ha debido tener una mejor fundamentación, inseguridad que genera confusión sobre cuál es en últimas la irregularidad que pretende destacar ante la Sala.

De ser la primera, no obstante que no tiene legitimación para formular ese tipo de objeciones, es oportuno aclarar que la Sala no comparte la tesis de que "en los delitos contra el patrimonio económico no se dan los perjuicios morales, hecha excepción de cuando en ellos se utiliza la violencia física o moral", puesto que el delito también puede generar dolor síquico, que se manifiesta a través de la angustia y depresión que le genera el hecho a la víctima, el cual es indemnizable, así por las dificultades para su cuantificación sea necesario acudir a los parámetros que fija el artículo 106 del Código Penal.

De ser la segunda, no se advierte violación al debido proceso, ya que si bien es cierto que el sentenciador no se extendió en reflexiones lógico-jurídicas como las que reclama el Ministerio Público, también lo es que de

manera concreta explicó que estimaba que el punible había producido daño moral, y para cuantificarlo acudió al artículo correspondiente del estatuto penal, con lo cual dejó satisfechos a los sujetos procesales, especialmente al condenado, ya que como se dijo, el punto no fue cuestionado por la defensa.

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

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia impugnada.

Cópiese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

PARENTESCO/ CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACION PUNITIVA

Se Incurre en contradicción cuando se admite que el sistema penal colombiano está adscrito al jurídico formal, en el que se considera, según lo argumenta el libelista, "que el dèlito de homicidio se agrava y por tanto la pena se aumenta si entre victimario y víctima existe un vínculo legal válido de matrimonio con independencia total de lo que ocurra en la realidad. Por lo mismo, es irrelevante que entre los cónyuges exista separación de hecho o que se hubiesen deteriorado gravemente las condiciones de convivencia...", para luego aseverar que ese vínculo desapareció al separarse los esposos.

Tal punto de vista sería válido si se partiera de la tesis sociológica o fáctica, según la cual la agravante se fundamenta en la convivencia marital y en la confianza que cada uno tiene del comportamiento del otro, pero no en un sistema jurídico como el nuestro, en el que la calidad de cónyuge no se pierde por suspender o terminar la cohabitación. Tan cierto es ello, que los derechos, deberes y obligaciones no se alteran por esa circunstancia. Sólo ante la disolución del matrimonio, por nulidad o divorcio, podría alegarse que la condición de cónyuge ha desaparecido.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá D.C., treinta y uno (31) de julio de mil novecientos noventa y seis (1996).

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

Aprobado Acta No. 112.

Proceso No. 9225.

VISTOS

El 9 de septiembre de 1.993 el Juzgado 17 Penal del Circuito de Santafé de Bogotá condenó a Carlos Alberto Betancurt Quintero a la pena principal de nueve (9) años de prisión como responsable del delito de homicidio

agravado, en grado de tentativa. El Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá confirmó esa decisión mediante sentencia del 21 de octubre de 1993.

El *ad quem* concedió el recurso extraordinario de casación, oportunamente interpuesto. A su vez, esta Corporación encontró que la demanda respectiva se ajustaba a las exigencias legales y por ello dispuso oír al Ministerio Público, que representado para este caso por el Procurador Tercero Delegado en lo Penal, solicita no se case el fallo impugnado.

Ahora, le corresponde a la Sala resolver lo pertinente, luego de hacer un análisis de los siguientes:

Hechos

El 7 de enero de 1991, más o menos a las nueve y media de la noche, cuando Carlos Alberto Betancurt Quintero se encontraba en la residencia ubicada en la carrera 22 Nro 22-58 de Bogotá, en compañía de su esposa, Mery Valencia Arroyave, de sus dos menores hijos y de su suegra María Nohelia Arroyave de Valencia, disparó en tres ocasiones sobre la primera de las nombradas, causándole con uno de los proyectiles, que dirigió a la región genital y que penetró por el labio mayor vulvar izquierdo, heridas de consideración.

Actuación procesal

El 10 de enero de 1991 el Juzgado 33 de Instrucción Criminal de Bogotá ordenó abrir el proceso penal.

Previo emplazamiento, el mismo despacho instructor, por auto del 22 de abril del citado año, declaró a Carlos Alberto Betancurt Quintero como persona ausente y le designó defensor de oficio. No obstante, mediante escrito presentado personalmente en Notaría, el 10 de mayo de 1991, el sindicado le confirió poder a un abogado de su confianza.

En proveído fechado del 10 de julio siguiente se dictó medida de aseguramiento contra el ausente, que fue confirmada por el Tribunal Superior de Bogotá, el 27 de septiembre del mismo año.

La ofendida, mediante mandatario, presentó demanda de constitución de parte civil, que se admitió en auto del 28 de octubre.

El 21 de mayo de 1.993, la Fiscalía 95 de la Unidad primera de Vida dictó resolución de acusación contra el procesado Betancurt Quintero, por el delito de homicidio, en grado de tentativa.

Realizada la diligencia de audiencia pública, el Juzgado 17 Penal del Circuito de Santafé de Bogotá profirió sentencia de primer grado, el 9 de septiembre de 1993, condenando a Carlos Alberto Betancurt Quintero a

la pena principal de nueve (9) años de prisión, como responsable del delito de Homicidio, agravado de conformidad con la circunstancia prevista en el artículo 324.1, por cuanto la víctima es su esposa, y en el grado de tentativa.

En virtud de apelación interpuesta por el defensor, el Tribunal Superior de esta ciudad profirió sentencia, fechada el 21 de octubre de 1993, confirmando la dictada por el *a quo*.

ARGUMENTOS DE LA DEMANDA

El impugnante ataca la sentencia de segundo grado, al amparo de la causal primera de casación, por la pretendida existencia de un error de hecho, por suposición de prueba y, de manera concreta, la relacionada con la demostración del vínculo matrimonial. Yerro que hace consistir en "haber interpretado erróneamente -por darles un alcance que no debió dar- a las afirmaciones atinentes a la condición de casados de Mery Valencia y Carlos Arturo Betancurt. Y de otra parte, por haber interpretado erróneamente -por negarles el alcance que tenían- las afirmaciones referentes a la terminación de la vida marital o separación de esta pareja".

El actor acepta que tanto la suegra como la ofendida y algunos testigos hablan de un matrimonio, pero sostiene que ningún testigo afirma la existencia de un vínculo matrimonial legal "porque jamás fueron interrogados sobre este aspecto porque no hay prueba de la existencia del vínculo matrimonial en el expediente" y que, en tales circunstancias, no se sabe si era eclesiástico, celebrado en el extranjero, o si era religioso diverso al católico, ni se sabe en qué fecha fue contraído.

Lo anterior lleva al censor a esta conclusión parcial:

"Decir que está probado el vínculo jurídico cuando de éste no se puede saber cual es su naturaleza -civil, eclesiástico, católico, religioso no católico, etc., ni el lugar ni la fecha donde fue contraído es contrario a la verdad procesal. Y ésta se originó por un error de hecho consistente en interpretar inadecuadamente las afirmaciones reseñadas al darles un alcance que no tenían."

Igualmente, el libelista considera que la sentencia supuso la prueba de la persistencia o subsistencia del vínculo jurídico matrimonial, error al cual llegó "por negar el alcance debido a las pruebas obrantes sobre terminación de la relación matrimonial entre Carlos Alberto Betancurt y Mery Valencia Arroyave".

A ese efecto, el recurrente destaca una serie de pruebas testimoniales indicativas de que los protagonistas de estos hechos se encontraban separados, de donde concluye que "el alcance de estas pruebas permitía inferir que ya no existía una relación matrimonial y se les negó este alcance que tenían para concluir erradamente, que existía la causal de agravación".

Es de advertir que el casacionista no desconoce la existencia de libertad probatoria, pero aduce que su aceptación no puede llevar a la "exoneración probatoria" pues, pese a la existencia de la libertad probatoria "en esta sentencia no se reseñó un solo testigo que de fe de la existencia del vínculo legal matrimonial entre Carlos Alberto Betancurt y Mery Valencia. Tampoco obra prueba de confesión. Ni documento. Ni de inspección judicial. Tampoco prueba pericial ni indiciaria".

Con los argumentos expuestos, el impugnante concluye que a los testimonios de la ofendida y de su madre se les dio un alcance que no se les podía dar porque del contenido de sus versiones "no se desprende prueba de la existencia de un vínculo jurídico matrimonial". Y agrega que a los testimonios de María Nohelia Arroyave, Mery Valencia y Miguel Antonio Arroyave, "en cuanto hablan de separación, de finalización de la vida marital, se les negó el alcance que debió darles para probar que no estaban unidos por una relación por la época de los hechos".

Al decir del actor, con estos errores se violó indirectamente el artículo 324 del C. P., por aplicación indebida, porque el procesado ha debido ser condenado de conformidad con las previsiones del artículo 323 del C. P. Así mismo, estima violados los artículos 246 y 247 del C. de P. P..

El libelo finaliza con la petición para que se case el fallo y se dicte sentencia de reemplazo, condenado al procesado por el delito de homicidio simple en grado de tentativa.

Criterio del Procurador Tercero Delegado en lo Penal

El representante de la sociedad analiza que el censor plantea el ataque sin discutir la posibilidad de que el vínculo matrimonial se diera por probado por un medio de convicción diverso del registro civil, pero atribuyendo una distorsión de los testimonios recaudados, en cuanto que los declarantes que aluden a la existencia de la relación matrimonial "no depusieron acerca del tipo de matrimonio que unía a los señores Mery Valencia y Carlos Arturo Betancurt, ni tampoco sobre la fecha y lugar en el que formalizó el vínculo". Argumentos que conducen al actor a afirmar que el juzgador "supuso la prueba del vínculo matrimonial que fuera sustento de la agravante deducida".

Partiendo de tales presupuestos, el Delegado destaca la impropiedad de la demanda porque deja el camino inicialmente escogido "para ocuparse entonces de una crítica a las deducciones del sentenciador, no sobre la base de una tergiversación del contenido de las expresiones de los declarantes, sino a partir de suposiciones que al libelista le hacen ver los testimonios como incompletos para declarar la prueba del vínculo respectivo".

El Procurador advierte que cuando el impugnante extraña que de los testigos que declararon acerca de la condición de esposos de los protago

nistas de los hechos, ninguno da fe sobre la existencia de un vínculo matrimonial legal "imperceptiblemente, ataca la sentencia no porque haya tergiversado el contenido de la expresión 'esposos', sino porque a dicha calidad se ha debido agregar la narración de las circunstancias que permitieran establecer las condiciones en las cuales se había contraído el vínculo, pues de otra forma, parece entender el libelista que no se puede llegar a declarar probado el vínculo".

Para el agente del Ministerio Público, el censor, en definitiva, se ubica en el contexto de los falsos juicios de convicción "en la medida en que sobre la base de afirmaciones ciertas y existentes en el expediente, las que se tuvieron por el juez en su exacto contenido y alcance, se declararon probados hechos sin conocer todas las circunstancias de los mismos".

De ahí resulta claro para el Procurador que "la queja del libelista no es porque de las afirmaciones de los testigos no se pueda concluir que víctima y procesado eran esposos (y por lo tanto casados o unidos por un vínculo matrimonial, que es lo determinante de esta categoría), sino porque a partir de tales aseveraciones no se puede conocer el lugar y la fecha del matrimonio, ni los ritos por los cuales se selló la unión".

En criterio del Delegado, la prueba allegada al proceso, sin falsear su contenido, permite concluir, como lo hiciera el juzgador, que Carlos Betancurt y Mery Valencia están unidos en vínculo matrimonial, único aspecto que requería de demostración, y no como lo pretende el libelista que se estableciera cuál era la fuente del matrimonio, o el lugar en que se formalizó o la fecha en que se celebró. Por ello, el funcionario conceptúa que el sentenciador "no traicionó el contenido de los testimonios, sino que los interpretó en su correcta dimensión, por lo cual tampoco puede aceptarse que haya cometido el yerro a él endilgado por el libelista".

Al abordar el estudio de la segunda parte de la demanda, que censura la sentencia por haber dado por existente el vínculo matrimonial de la pareja, ya destruido, el Procurador sostiene que da al traste con el primer ataque "porque tácitamente reconoce que el vínculo jurídico matrimonial ya finalizó (con lo cual acepta su existencia). En segundo lugar, más que demostrar el falso juicio de existencia que pregona, orienta nuevamente la crítica a denunciar un error de derecho por falso juicio de convicción y pretende anteponer su criterio personal sobre el emitido por el sentenciador, del que disiente por haberle dado tal alcance y concluir la existencia del nexo conyugal".

El representante del Ministerio Público pone de presente que el censor pasa por alto que la separación de hecho es irrelevante para la aplicación de la agravante.

En sentir del funcionario, la demostración de la existencia del vínculo se encuentra en los hechos que originaron la tragedia, pues es evidente la

existencia de celos del procesado y del propósito insistente de regresar al hogar "que confirman el sentimiento latente del procesado de su relación matrimonial aun cuando para Mery no subsista sentimiento alguno".

Por todo lo anterior, el Delegado concluye que hay certeza de la calidad de cónyuges de Carlos Alberto y Mery, lo que implica que el juzgador no aplicó indebidamente el artículo 324 del Código Penal ni dejó de aplicar el 323 del mismo estatuto, lo que lo lleva a instruar a la Sala que no case la sentencia impugnada.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La demanda contiene dos razones fundamentales para censurar el fallo del Tribunal. La primera de ellas, que no se encuentra efectivamente demostrada la existencia del vínculo matrimonial. De esta afirmación el censor extrae una serie de inquietudes, como la de que no se sabe si se trata de un matrimonio eclesiástico o de uno civil, la fecha de ocurrencia del mismo, o si se celebró en el exterior o por un rito diverso al católico. La segunda, basada en que se supuso que la relación matrimonial subsistía, cuando los medios de convicción hablan de la separación de los cónyuges.

Tal como lo pregona el Procurador Tercero Delegado en lo Penal, no es válida la censura que el recurrente formula al Tribunal por haber tenido como demostrado el vínculo matrimonial existente entre Carlos Alberto Betancurt Quintero y Mary Valencia Arroyave y, por lo tanto, de haber supuesto la existencia de la prueba, pues ello significaría que no existen elementos de convicción para demostrarlo.

El reproche parte de los testimonios que hablan de la condición de "casados", de "esposos", que tienen el procesado y la ofendida, de los cuales el demandante pretende que no se deduzca la existencia de un vínculo jurídico matrimonial, "ya que afirmar que dos personas son casadas no significa que lo sean legalmente y menos en nuestro medio donde es frecuente hablar de 'casado' de hecho..."

Además, aunque admite que la única prueba apta para acreditar el vínculo jurídico matrimonial no es la copia del acta de registro civil y que, por lo mismo, el testimonio tiene capacidad para demostrarlo, sin embargo pretende imponer exigencias probatorias impertinentes, referidas a las cualidades, condiciones y características del rito celebrado.

Así las cosas, se confunden dos situaciones perfectamente nítidas: la unión matrimonial, sea por contrato, por sacramento, o por cualquier otro rito, según sea el caso, con las circunstancias en que se contrajo, siendo evidente que conocida la existencia de ese vínculo, la agravante no desaparece por el hecho de que se ignoren los pormenores en que se haya realizado el compromiso conyugal.

La equivocación del censor radica, como ya lo precisó el agente del Ministerio Público, en sostener que la prueba de la existencia del matri-

monio incluya la fecha, el sitio y el rito por medio del cual se celebró el vínculo civil o eclesiástico. Sin embargo, se reitera, para los efectos puramente penales, es claro que para deducir la agravante prevista en el numeral 1 del artículo 324 del C. P. basta probar la calidad de cónyuges, ya sea documentalmente con los registros civiles o eclesiásticos, o mediante testimonios, o a través de pruebas de otra índole.

Los testimonios existentes en el proceso fueron juiciosa, lógica y racionalmente analizados por los sentenciadores de las instancias, y de ese análisis obtuvieron la certeza de la existencia del vínculo jurídico matrimonial entre los protagonistas de esta dolorosa tragedia.

En conclusión, y en lo concerniente a este primer aspecto, no es cierto que se haya incurrido en error de hecho, al dar a los testimonios un alcance objetivo que no tenían, para suponer la existencia del vínculo matrimonial, como lo asevera el censor, sino que éste desvió el ataque hacia el error de derecho por falso juicio de convicción, al pretender que su criterio prevalezca sobre el del juzgador, al plantear la hipótesis de la existencia de una simple unión marital o de hecho -que no demuestra-, sin tener en cuenta que la sentencia está amparada por la doble presunción de acierto y legalidad.

En efecto, si la ofendida afirmó que eran casados desde hacía 14 años, si su señora madre depuso que era suegra del procesado, si los testigos hablan de que eran esposos, de ahí, sin distorsionar el contenido de la prueba y, tomándola en su preciso contenido y alcance, el sentenciador infirió la existencia del vínculo matrimonial.

También se advierte la ausencia de razón en el segundo ataque que presenta el actor, referido a que los falladores no tomaron en consideración que la relación matrimonial de Carlos Alberto y Mery ya no subsistía, pues los declarantes aluden a su separación.

Este reproche envuelve una contradicción con el anterior, según lo observó el Ministerio Público, en vista de que primero se pone en duda la existencia del vínculo jurídico matrimonial, para a renglón seguido criticar que no se le tenga por insubsistente o ya desaparecido.

Además, también se incurre en contradicción cuando se admite que el sistema penal colombiano está adscrito al jurídico formal, en el que se considera, según lo argumenta el libelista, "que el delito de homicidio se agrava y por tanto la pena se aumenta si entre victimario y víctima existe un vínculo legal válido de matrimonio con independencia total de lo que ocurra en la realidad. Por lo mismo, es irrelevante que entre los cónyuges exista separación de hecho o que se hubiesen deteriorado gravemente las condiciones de convivencia ...", para luego aseverar que ese vínculo desapareció al separarse los esposos.

Tal punto de vista sería válido si se partiera de la tesis sociológica o fáctica, según la cual la agravante se fundamenta en la convivencia mari-

tal y en la confianza que cada uno tiene del comportamiento del otro, pero no en un sistema jurídico como el nuestro, en el que la calidad de cónyuge no se pierde por suspender o terminar la cohabitación. Tan cierto es ello, que los derechos, deberes y obligaciones no se alteran por esa circunstancia. Sólo ante la disolución del matrimonio, por nulidad o divorcio, podría alegarse que la condición de cónyuge ha desaparecido.

En este proceso los declarantes han expuesto que Carlos Alberto y Mery estaban separados desde hacía aproximadamente un año, pero ello no es fundamento suficiente para predicar que habían dejado de ser cónyuges.

Pero tampoco le asiste razón al censor cuando afirma que se supuso la prueba de la persistencia o subsistencia del vínculo jurídico marital al "negar el alcance debido a las pruebas obrantes sobre terminación de la relación matrimonial ... de la relación marital cuyo significado fue minimizado indebidamente en la sentencia impugnada".

En efecto, las expresiones de los testigos, a este respecto, fueron consideradas en la sentencia en su exacto contenido y alcance, sin distorsiones ni minimizaciones y se les otorgó credibilidad en cuanto que afirmaron que hacía un año los consortes estaban separados, que no convivían, que su relación había devenido tormentosa, azarosa y conflictiva y que el procesado había intentado hacer volver al hogar a su esposa, y con base en ello, y siguiendo la doctrina de esta Sala se estimó que "la calidad de cónyuge que da lugar a la aplicación de la agravante no es únicamente la que surge del vínculo jurídico, un concepto vacío, sino el que corresponde a una efectiva y real relación. Pero esta relación no puede ser tenida en cuenta únicamente como de mutuo afecto, de comprensión y amor, sino también la tormentosa, la conflictiva, la que surge de los celos, del desamor y la incomprensión, pero en la que sigue latente la existencia de los deberes propios del vínculo, así estos no se cumplan..."

En conclusión, el vínculo jurídico matrimonial se encuentra debidamente demostrado y aunque los cónyuges estaban separados y no convivían cuando ocurrieron los hechos, el vínculo subsistía, en medio de la incomprensión y el conflicto, por lo cual no se incurrió en la sentencia en los errores de hecho que el censor le atribuye.

En las circunstancias antecedentes, de conformidad con el criterio del Procurador Tercero Delegado en lo Penal, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

NO CASAR el fallo impugnado.

Cópiese y devuélvase a la oficina de origen.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

COLISION DE COMPETENCIA/ ACCION DE REVISION/ TRIBUNAL NACIONAL

Si bien es cierto no fue afortunada la regulación que de la competencia del Tribunal Nacional hizo el legislador al expedir el actual Código de Procedimiento Penal, como quiera que no incluyó en el artículo 69 la atribución de tramitar la acción de revisión, no puede perderse de vista que en el inciso final del artículo 235 sí otorgó expresamente esa competencia para que "de la acción de revisión conozcan el Tribunal Nacional o los tribunales superiores", según el ámbito de sus respectivas atribuciones funcionales. Y no puede pretenderse ignorar o inaplicar este precepto normativo, por la infortunada circunstancia de haber sido incluido en el inciso final de una norma cuyo epígrafe se refiere al "trámite" de la acción de revisión y no a la "competencia" para conocer de la misma. Un facilismo interpretativo de esta índole, no sólo cercena la racionalidad de la labor hermenéutica, sino además, hace nugatoria la finalidad rectora de la actuación procesal, cual es, según las voces de los artículos 228 de la Carta, 1° de la Ley 270 de 1996 y 9° del Código de Procedimiento Penal, la prevalencia del derecho sustancial.

Por ello, no resulta válido sostener que al radicarse la competencia en aquella Corporación, se están interpretando con criterio analógico, o extensivo, las normas reguladoras de la competencia, pues en punto a la cuestión que se discute, no existe vacío normativo, sino una antitécnica previsión legislativa, la cual no puede erigirse en pretexto para radicar el conocimiento de esta singular acción en funcionarios de otra especialidad, quienes, en últimas, resultarían invalidando y dictando el fallo que corresponda (art. 240-1 del C. de P. P.) en aquellos procesos de los cuales, primigeniamente y por disposición legal, no podían conocer.

Y para ahondar en razones, téngase en cuenta que la Justicia Regional, desde sus orígenes en los Decretos 2790 de 1990 y 099 de 1991, inicialmente denominada "de orden público", nació con un criterio de especialidad, como respuesta político criminal del Estado a una particular especie de criminalidad no convencional.

Y si bien es cierto inicialmente la competencia para conocer de la acción de revisión estuvo radicada exclusivamente en la Corte Suprema de Justicia, el criterio adoptado por el legislador en el último estatuto procesal, ha sido el de descongestionar su ejercicio, atribuyendo competencia a los Tribunales para revisar a través de esta acción, la justicia del fallo proferido por los jueces que le estan jerárquica y funcionalmente subordinados.

Por manera que, no puede aceptarse la incompetencia del Tribunal Nacional para conocer de la acción de revisión promovida contra las sentencias proferidas por los Jueces Regionales, porque con este exegético criterio no sólo se vulnera el universal principio del "juez natural" que rige la asignación de competencia para conocer de determinados asuntos, sino además se resquebraja la estructura jerárquica y funcional propia de cada jurisdicción.

Corte Suprema de Justicia. - *Sala de Casación Penal.* - Santa Fe de Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de julio de mil novecientos noventa y seis (1996).

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

Aprobado acta No. 112.

Proceso No. 11569.

1. Asunto

Desatar el conflicto negativo de competencias surgido entre el Tribunal Nacional y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, para conocer de la acción de revisión promovida contra la sentencia condenatoria proferida por un Juez Regional de esta Capital, en contra de MARIANO GIL SIERRA.

2. Antecedentes

MARIANO GIL SIERRA fue condenado el 12 de diciembre de 1994, por un Juzgado Regional de Santa Fe de Bogotá, D.C., a las penas principales de 64 meses de prisión y multa equivalente a 10 salarios mínimos legales mensuales, como autor de infracción al artículo 33 de la Ley 30 de 1986.

Ante el Tribunal Nacional y mediante apoderado especial, el procesado interpuso la acción de revisión contra la aludida sentencia.

Una de las Salas de Decisión del Tribunal Nacional -con salvamento de voto de uno de sus integrantes-, se declaró incompetente para conocer de la acción de revisión promovida, argumentando que "el legislador no atribuyó competencia a esta Corporación para conocer de la acción de revisión respecto de fallos ejecutoriados que hayan sido proferidos por

Jueces Regionales, ya que ella, en forma expresa, limita tal facultad al recurso ordinario de apelación y al grado jurisdiccional de consulta, a la primera instancia de los juicios que se siguen contra Jueces Regionales, Fiscales y Agentes de la Procuraduría asignados ante ellos y de la solicitud de cambio de radicación en los procesos penales que adelantan tales jueces".

En cambio, consideró que por mandato del artículo 70 del Código de Procedimiento Penal, la competencia para conocer de la acción de revisión contra fallos dictados por jueces que se encuentren dentro del respectivo distrito, corresponde a los Tribunales Superiores de Distrito Judicial.

Con estos fundamentos, el Tribunal Nacional ordenó devolver la demanda al interesado para que fuera instaurada "ante el funcionario o Tribunal que estime competente".

Interpuesto el recurso de reposición por parte del accionante, el Tribunal dispuso "CONFIRMAR el auto del catorce de noviembre de 1995, y en consecuencia enviar el expediente al Tribunal Superior de Santafé de Bogotá D.C., formulándole desde ahora colisión negativa de competencia" (fl. 64 cuaderno del Tribunal Nacional).

Por su parte, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, a la cual correspondieron las diligencias, aceptó la colisión negativa de competencias propuesta, basándose precisamente en la misma norma invocada por el Tribunal Nacional, es decir, el artículo 70 3 del Código de Procedimiento Penal, en virtud del cual, los Tribunales de Distrito conocen "3. De la acción de revisión contra las sentencias ejecutoriadas proferidas por los jueces del respectivo distrito", y los "Juzgados Regionales no son ni pueden ser asimilados a juzgados de distrito judicial".

Agregó también que "en forma taxativa, aunque indirecta, esa competencia se la señaló el legislador -al Tribunal Nacional"; en el inciso final del artículo 235 del C. de P. P., cuando se refiere al procedimiento aplicable en la acción de revisión.

3. Consideraciones de la Corte

Sea lo primero advertir, que en el presente caso, por tratarse de la divergencia de criterios acerca de qué Corporación debe conocer de la acción de revisión, no existe en estricto sentido, una "colisión de competencias" planteada en los términos del Tribunal Nacional y aceptada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá.

Lo anterior, por cuanto como ya lo ha precisado la Sala al fijar el alcance del artículo 97 del Código de Procedimiento Penal, la figura jurídica de la "colisión de competencias" sólo se presenta cuando "dos o más jueces" -singulares o colegiados-, se consideran competentes -colisión positiva-

o incompetentes -colisión negativa- para "adelantar el JUZGAMIENTO". Y el juzgamiento -aunque parezca elemental, resulta conveniente precisarlo- es una etapa procesal legalmente delimitada, que comienza a partir de la ejecutoria de la resolución de acusación (art. 444 ejusdem) y culmina con la ejecutoria de la sentencia, momento en el cual se inicia la fase de ejecución del fallo condenatorio y adquieren competencia los Jueces de Ejecución de Penas (arts. 75 y 500 ejusdem).

Por ello, al sostenerse la imposibilidad jurídica de suscitar colisiones de competencias en las fases procesales anteriores al juzgamiento -como las etapas de investigación previa o instrucción- y posteriores a la ejecutoria de la sentencia, con mayor razón se descarta esta posibilidad respecto de un trámite extraprocesal, como lo es la acción de revisión.

En efecto, desde antes de la expedición del actual Código de Procedimiento Penal -Decreto 2700 de 1991-, la revisión ha sido concebida por esta Corporación como una verdadera "acción" (ctr. auto nov. 13/80), no obstante su expresa consagración legal -para entonces- como "recurso extraordinario", categorización ésta que posteriormente varió al ser acogido por el legislador, el criterio jurisprudencial citado (arts. 232 y ss. C. de P. P.). Por ello, a la luz del ordenamiento procesal penal actual, se afirma que la revisión constituye un procedimiento judicial independiente del proceso mismo contra el cual se ejerce, donde, con ritualismo y debate probatorio autónomos, se pretende el restablecimiento de la universal presunción de inocencia.

Así las cosas, por no constituir la revisión una instancia más, y menos aun, una actuación surtida dentro del juzgamiento, no puede calificarse como "colisión de competencias", la controversia que entre varias Corporaciones surja para conocer de esta acción extraordinaria.

Sin embargo, la Corte considera que debe entrar a dirimir la controversia suscitada en el presente caso entre el Tribunal Nacional y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, en aplicación del principio general que rige la materia, emanado de lo preceptuado por los artículos 70-5 y 72-3 del Código de Procedimiento Penal, en virtud del cual corresponde resolver los conflictos de competencia, al superior jerárquico común de los funcionarios en litigio. Principio éste materializado en el numeral 5° del artículo 68 ejusdem, que otorga competencia a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia para conocer "De los conflictos de competencia que se susciten en asuntos de la jurisdicción penal ordinaria".

De igual forma, ante la divergencia de criterios esbozada por las dos Corporaciones en mención para declinar el conocimiento de un tan importante instrumento procesal -como lo es la acción de revisión-, resulta imperioso para la Corte determinar el funcionario competente para tramitarla, evitándose así la inoperancia del instituto y la limitación ilegítima a

ese derecho que ostentan los ciudadanos de acceder a la Administración de Justicia.

El punto en discusión ya ha sido dilucidado por esta Sala en auto del 11 de noviembre de 1994, -Magistrado Ponente Dr. TORRES FRESNEDA-, al abstenerse de conocer de la revisión instaurada contra una sentencia proferida por un Juez Regional. En este pronunciamiento, descartó la competencia de la Corte y de los Tribunales Superiores de Distrito, determinando que si bien no existía norma expresa que regulara la competencia para tramitar las acciones de revisión interpuestas contra las sentencias de los Jueces Regionales, luego de una interpretación sistemática de la normatividad vigente, su conocimiento quedaba establecido en el Tribunal Nacional.

Además, si bien es cierto no fue afortunada la regulación que de la competencia del Tribunal Nacional hizo el legislador al expedir el actual Código de Procedimiento Penal, como quiera que no incluyó en el artículo 69 la atribución de tramitar la acción de revisión, no puede perderse de vista que en el inciso final del artículo 235 sí otorgó expresamente esa competencia para que "de la acción de revisión conozcan el Tribunal Nacional o los tribunales superiores", según el ámbito de sus respectivas atribuciones funcionales. Y no puede pretenderse ignorar o inaplicar este preceplo normativo, por la infortunada circunstancia de haber sido incluido en el inciso final de una norma cuyo epígrafe se refiere al "trámite" de la acción de revisión y no a la "competencia" para conocer de la misma. Un facilismo interpretativo de esta índole, no sólo cercena la racionalidad de la labor hermenéutica, sino además, hace nugatoria la finalidad rectora de la actuación procesal, cual es, según las voces de los artículos 228 de la Carta, 1° de la Ley 270 de 1996 y 9° del Código de Procedimiento Penal, la prevalencia del derecho sustancial.

Por ello, no resulta válido sostener que al radicarse la competencia en aquella Corporación, se están interpretando con criterio analógico, o extensivo, las normas reguladoras de la competencia, pues en punto a la cuestión que se discute, no existe vacío normativo, sino una antitécnica previsión legislativa, la cual no puede erigirse en pretexto para radicar el conocimiento de esta singular acción en funcionarios de otra especialidad, quienes, en últimas, resultarían invalidando y dictando el fallo que corresponda (art. 240-1 del C. de P. P.) en aquellos procesos de los cuales, primigeniamente y por disposición legal, no podían conocer.

Y para ahondar en razones, téngase en cuenta que la Justicia Regional, desde sus orígenes en los Decretos 2790 de 1990 y 099 de 1991, inicialmente denominada "de orden público", nació con un criterio de especialidad, como respuesta político criminal del Estado a una particular especie de criminalidad no convencional. Y si bien es cierto inicialmente la competencia para conocer de la acción de revisión estuvo radicada ex-

clusivamente en la Corte Suprema de Justicia, el criterio adoptado por el legislador en el último estatuto procesal, ha sido el de desconcentrar su ejercicio, atribuyendo competencia a los Tribunales para revisar a través de esta acción, la justicia del fallo proferido por los jueces que le estén jerárquica y funcionalmente subordinados.

Por manera que, no puede aceptarse la incompetencia del Tribunal Nacional para conocer de la acción de revisión promovida contra las sentencias proferidas por los Jueces Regionales, porque con este exegético criterio no sólo se vulnera el universal principio del "juez natural" que rige la asignación de competencia para conocer de determinados asuntos, sino además se resquebraja la estructura jerárquica y funcional propia de cada jurisdicción.

En este orden de ideas, resulta desacertada la incompetencia alegada por el Tribunal Nacional para conocer de la acción de revisión promovida por Mariano Gil Sierra contra la sentencia dictada por un Juez Regional de Santa Fe de Bogotá.

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

RESUELVE:

DECLARAR que la COMPETENCIA para conocer de la acción de revisión promovida por Mariano Gil Sierra -a través de apoderado especial- en contra de la sentencia condenatoria dictada por un Juez Regional de esta Capital, corresponde al TRIBUNAL NACIONAL, a donde se devolverá el expediente, enviando copia de esta decisión al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá.

Notifíquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

IN DUBIO PRO REO/ DEMANDA DE CASACION

En tratándose del in dubio pro reo existen dos alternativas para su reclamación: la primera de ellas, cuando el sentenciador admite su existencia pero en la parte resolutiva de la decisión no la reconoce, caso en el cual el ataque debe formularse bajo los postulados de la violación directa. La segunda, cuando el fallo no la reconoce, pero el recurrente demuestra a la Corte su existencia, por haberse incurrido en el mismo en error de hecho o de derecho, caso en el cual la censura debe dirigirla bajo los lineamientos de la violación indirecta.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santafé de Bogotá, D.C., seis (6) de agosto de mil novecientos noventa y seis (1996).

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

Aprobado Acta No. 115.

Proceso No. 11687.

VISTOS

Se pronuncia la Corte sobre la admisibilidad formal de la demanda de casación presentada por el defensor del procesado Martín Alfredo Castro Martínez contra la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga que lo condenó a la pena principal de 25 años de prisión y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el término de 10 años, como autor del delito de homicidio.

ANTECEDENTES

1.- Los hechos los sintetizó el Juzgado Primero Penal del Circuito de Málaga así:

"Dan cuenta los autos que el día veintidós de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro, se hallaba la señora Blanca Cecilia Rueda Granados en compañía de su esposo Rafael Granados Caro, y dos hijos menores en la pieza de habitación, lugar de su morada, en la carrera tercera (sin nomenclatura), del perímetro urbano del municipio de Capitanejo,

lugar en donde fue muerta en forma sangrienta de una puñalada la señora Blanca Cecilia Rueda.

"Conocida públicamente la muerte en las primeras horas del día siguiente se supo por comentarios del esposo de la interfecta que entre diez y once de la noche del aludido día tocaron en la puerta de la habitación y cuando la señora Blanca indagó sobre el solicitante contestaron que era Martín, ella abrió la puerta y después de un cruce de palabras, Blanca Cecilia recibió una puñalada en el cuello que minutos más tarde le ocasionó la Muerte"

2. El Tribunal Superior de Bucaramanga, mediante decisión que lleva fecha del 16 de noviembre de 1.995, confirmó la sentencia dictada por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Málaga, por medio de la cual condenó al procesado Martín Alfredo Castro a las penas ya mencionadas.

Inconforme con esta decisión, la defensora del procesado interpuso el recurso extraordinario de casación, el cual fue concedido. En el término legal presentó la demanda.

LA DEMANDA DE CASACIÓN

La defensora del procesado Martín Alfredo Castro Martínez, presentó un único cargo contra la sentencia de segunda instancia, por cuanto advierte que el sentenciador violó indirectamente la ley sustancial al otorgarle "plena credibilidad a los testimonios de Rafael Granados Caro, Gilberto Bonilla Alarcón, -"muñeco", Leydi Andrea Granados, al darle una valoración equivocada al indicio de presencia en las cercanías del lugar del hecho y a la manifestación anterior al delito o declaración de intencionalidad, lo mismo que al restarle credibilidad a la indagatoria de Martín Alfredo Castro Martínez y una valoración distorsionada a la declaración de Iván Darío Archila".

Como normas violadas enlista los artículos 29 de la Constitución Nacional -presunción de inocencia-, 254 -sana crítica-, 294 -criterio de apreciación del testimonio-, y 445 -indubio pro reo- del Código de Procedimiento Penal.

En lo que denominó "demostración del cargo" la libelista transcribe apartes de la decisión de segunda instancia e interpreta bajo su propia óptica los alcances de los testimonios relacionados en precedencia.

Concluye afirmando que:

"impugno la sentencia recurrida con fundamento en la causal primera de casación prevista en el artículo 220 del Código de Procedimiento Penal para que se case la sentencia y dé cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 229 numeral primero del Código de Procedimiento Penal, por ser violatoria de una norma de derecho sustancial en forma indirecta llevando por contera la violación del artículo 29 de la Constitución Nacional el 445, el 254, el 294 del Código de Procedimiento Penal.

El jurisdiscente de segundo grado dio aplicación al artículo 323 modificado por la ley 40, artículo 29 de 1993".

Solicita a la Corte casar la sentencia recurrida y dar cumplimiento a lo dispuesto en el numeral primero del artículo 229 del Código de Procedimiento Penal.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La falta de claridad y precisión en la demanda es evidente, ya que del sólo enunciado resulta la confusión de que adolece, por cuanto que la censora inicia el ataque expresando su inconformidad con el grado de estimación que el Tribunal le otorgó a los medios de prueba, a saber, los testimonios, de los que afirma que se les dió "plena credibilidad"; y los indicios, de los que argumenta que no los hay necesarios y graves, "sino una serie de contingentes que tendrán que ser analizados por la Corte con los pros y los contras para admitir que aunque el hecho criminal está plenamente probado la responsabilidad de Martín Alfredo Castro Martínez no lo está. Lo anterior nos está indicando que en el proceso EXISTE LA DUDA...".

Como salta a la vista, lo que pretende la demandante es que la casación sea una tercera instancia y que la Corte elija entre su criterio y el del fallo, ignorando que este viene amparado por la doble presunción de acierto y legalidad.

Así mismo su desconocimiento del aspecto técnico formal de este excepcional recurso, se pone de manifiesto cuando mezcla, sin dar razón lógica ni jurídica, la institución de la duda y el indicio, quedando todo ello sin rumbo que oriente a la Corte respecto de su verdadera pretensión.

Olvida que en tratándose del in dubio pro reo existen dos alternativas para su reclamación: la primera de ellas, cuando el sentenciador admite su existencia pero en la parte resolutiva de la decisión no la reconoce, caso en el cual el ataque debe formularse bajo los postulados de la violación directa. La segunda, cuando el fallo no la reconoce, pero el recurrente demuestra a la Corte su existencia, por haberse incurrido en el mismo en error de hecho o de derecho, caso en el cual la censura debe dirigirla bajo los lineamientos de la violación indirecta.

Estas reglas no las cumple la demanda en estudio.

De igual manera, para demandar el indicio, el libelo debe ceñirse a parámetros técnico formales muy definidos que son de riguroso cumplimiento en esta sede, y que la censora no respetó.

Respecto de las normas procesales que estima como infringidas tampoco tiene suerte. Así enuncia el artículo 29 de la Constitución Nacional como precepto transgredido, postulado ajeno a la causal invocada, por

cuanto que éste hace relación a las garantías judiciales, cuya vulneración debe ser demandada sujetándose a los parámetros de la causal tercera.

Frente a los anotados yerros de la demanda y dado que a la Corte no le es permitido, en virtud del principio de limitación, entrar a suplir sus inconsistencias, se impone su rechazo, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 226 del Código de Procedimiento Penal.

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

RESUELVE:

RECHAZAR IN LIMINE la demanda de casación presentada por la defensora del procesado Martín Alfredo Castro Martínez. En consecuencia se declara desierto el recurso de casación interpuesto.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

SANA CRITICA/ CONTRAVENCION/ COMPETENCIA

1. La libertad de prueba en materia penal permite al juez dar por establecidos los hechos y circunstancias del delito así como la responsabilidad del imputado y la naturaleza y cuantía de los perjuicios, por cualquiera de los medios de prueba legalmente reconocidos, naturalmente, bajo la premisa de la observancia del principio de la sana crítica y el examen conjunto de las pruebas.

No es entonces indispensable, por no ser la única prueba idónea para ello, como erradamente lo supone el casacionista, para establecer el vínculo matrimonial el allegamiento del registro civil que sí, contrariamente lo es, para los efectos civiles del mismo, que es lo que regula la normatividad sustantiva extrapenal que se propala violada. Esto implica la ineficacia del cargo.

2. Si bien es cierto que la Ley 228 de 1995 asignó la competencia para conocer de contravenciones sancionadas con pena de arresto a los Juzgados Penales y Promiscuos Municipales, también lo es que se refiere exclusivamente a las que se cometan "a partir de su vigencia" (art.16), con lo cual debe entenderse sin mayor esfuerzo interpretativo que las cometidas con anterioridad a esa fecha, cuyo conocimiento lo han tenido los Inspectores de policía, dichos funcionarios deben continuar con tal competencia, con fundamento en el artículo 28 transitorio de la Carta Política, pues no han sido asignadas por ninguna ley a autoridad judicial alguna, que es la condición allí establecida.

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

Magistrado Ponente: Dr. *Didimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta No. 112-VII-31/96.

Proceso No. 9313.

Conoce la Corte del recurso de casación interpuesto contra la sentencia emitida el 22 de octubre de 1993 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, en la cual, por confirmación de la de

primera instancia se condena a MANUEL ANTONIO URUETA TORRES a la pena principal de dieciséis años y un mes de prisión y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término, como autor responsable de los delitos de homicidio agravado en la persona de Yennis o Yenny Domínguez Vásquez y lesiones personales en Leonel Antonio Durango, cometidos en concurso de hechos punibles.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Así, con fidelidad al acontecer fáctico conocido en el proceso, relata el Tribunal los sucesos materia de la sentencia impugnada:

"Refieren los autos que el día 18 de noviembre de 1991, siendo aproximadamente las ocho de la mañana (8.00 a.m.), la señora Yenis Domínguez Vásquez, salió de su trabajo y se encontró con el señor Leonel Durango Ramos, quien laboraba con ella en horas de la noche en el establecimiento 'Residencias Bazurto'. Una vez se despidió de él se le acercó a su esposo, el señor MANUEL ANTONIO URUETA TORRES, quien después de intercambiar algunas palabras con ella le dió varias puñaladas, a consecuencia de las cuales falleció.

Al percatarse Leonel Durango, de lo que acontecía se acercó, siendo igualmente atacado y lesionado por URUETA TORRES, de quien se defendió con un madero; siendo controlado definitivamente por la Policía que debió hacer uso de su bastón de mando y luego del arma de dotación oficial para lograr su captura". (fls. 23-24 cd. Tr.).

Vinculado procesalmente con indagatoria (fl. 17), el sindicado admitió la autoría de los hechos (fl. 31), siendo llamado a juicio mediante resolución acusatoria por el concurso de delitos de homicidio simplemente voluntario y lesiones personales. (fls. 61-69).

Habiendo solicitado la celebración de audiencia anticipada conforme al artículo 37 del actual C. de P. P. -ya en la etapa del juicio-, y celebrada que fue la diligencia, el juzgado de la causa no aceptó el acuerdo celebrado entre la Fiscalía y el acusado (fls. 86, 88-98 cd. ppl. 1).

El juzgado fallador de la primera instancia, que lo fue el 9° Penal del Circuito de Cartagena, decidió aplicar en su sentencia la pena correspondiente al homicidio agravado vigente para cuando se cometió el delito, más un mes por razón del concurso con lesiones personales, no obstante ser inferior a treinta días (fl.49 cd. ppl. 1) la única incapacidad reconocida legalmente para este ilícito.

Al conocer en alzada la decisión, el Tribunal Superior del Distrito la confirmó, en el fallo que ha sido recurrido en casación por la parte acusada. (fls. 23 y ss cd. Tr y cd. rec. cas.).

La demanda

Dos cargos formula el señor defensor demandante a la sentencia de segundo grado. Así argumenta:

Cargo Primero. Se dictó en juicio viciado de nulidad por transgresión de la garantía del debido proceso y el derecho de defensa previstos en el artículo 29 de la C. N., en detrimento de su procurado, porque, no obstante haberse celebrado la audiencia pública de este proceso ya en vigencia del Código de Procedimiento Penal de 1991, la diligencia se surtió sin la intervención de los jurados de derecho establecidos en el artículo 74 de esta codificación. Además, el representante del Ministerio Público no asistió a la vista pública.

Cargo Segundo. Subsidiario del antecedente, pero amparado en la causal 1a. del artículo 220 C. de P. P.. Se vulneró el derecho, también al debido proceso, por, afirma, " indebida apreciación de la confesión del procesado y por falta de aplicación de lo establecido en el artículo 253 del C. P. P."

Renglones adelante precisa que "La sentencia dicha es violatoria de derecho sustancial, por indebida apreciación de una prueba, y por falta de aplicación de las normas de derecho sustancial que expresaré ...".

Seguidamente y tomando como punto de partida el artículo 253 C. de P. P. que establece la libertad probatoria a menos que la ley exija prueba especial, afirma que el estado civil de las personas debe probarse conforme lo establece el artículo 105 del Decreto 1260 de 1979, es decir, con copia de la correspondiente partida o folio o con certificados expedidos con base en los mismos; y que en el caso presente se violaron por falta de aplicación los artículos 100, 106 y 70 de dicha normatividad al no haberse atendido esta previsión legal, pues se condenó al acusado a la pena correspondiente al homicidio agravado por la condición de cónyuge de éste con la occisa, es decir, se le desconoció también el beneficio de la favorabilidad en la aplicación de la ley penal.

Como corolario de su alegación solicita que "de no casarse por la primera causal aducida se case parcialmente por esta causal subsidiaria.".

El Ministerio Público

Según el parecer del señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, los cargos de la demanda carecen de vocación para lograr la remoción de la sentencia de segundo grado.

Con justificadas razones que más adelante se detallarán por compartirlas la Corte, desvirtúa las del cargo primero. Y respecto del segundo, encuentra correcta la agravación punitiva por la circunstancia agravante

del numeral 1o. del artículo 224 C. P., pues aunque el vínculo matrimonial entre procesado y occisa no se estableció procesalmente en la forma en que según el actor debió hacerse, la comprobación que tuvo de él por suficiente el Tribunal se aviene a los principios que rigen la prueba en materia penal.

En apoyo de su posición dialéctica acude a cita jurisprudencial de esta Sala sobre la materia y recuerda que el estatuto citado por el casacionista -Decreto 1260 de 1970- rige para los efectos civiles del vínculo matrimonial pero no obliga en materia penal, en la que la libertad de prueba permite como idónea para sus efectos la confesión, que en el caso en estudio el procesado hizo afirmando que la occisa era su esposa.

Respecto de la falta de competencia para el conocimiento de las lesiones personales inferidas a Durango .. por el procesado, recuerda que siendo inferior a 30 días la incapacidad reconocida al ofendido, era la autoridad policiva la competente para ocuparse del hecho y no la autoridad jurisdiccional. Solicita casar parcialmente en este aspecto el fallo y en consecuencia, se expidan copias de lo pertinente para ante aquella autoridad y la redosificación punitiva de rigor. También demanda la casación oficiosa en cuanto a la dosificación de la pena accesoria que rebasó lo permitido en la ley.

Consideraciones de la Corte

Cargo primero

No haberse celebrado la audiencia pública en este proceso con la intervención del jurado de derecho.

Cierto es que la vista pública se celebró ya en vigencia del actual Estatuto Procesal -Decreto 2700 de 1991-, que creó el jurado de derecho para el juzgamiento de determinados asuntos, pues fue el 11 de junio de 1993. Sin embargo, este instituto no alcanzó a cobrar vida jurídica, porque, como bien lo advierte la Procuraduría: "... con ocasión de la declaración de inconstitucionalidad por vía de excepción, en Acuerdo del 27 de mayo de 1992 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, se impidió la conformación de las listas de jurado, lo que convirtió en inaplicable el trámite de la audiencia con jurado de derecho.

"Corroboró las razones de tal excepción la Corte Constitucional que declaró la inconstitucionalidad de los artículos procesales relativos al jurado de derecho (sentencia del 17 de junio de 1993 M.P. Fabio Morón y luego la Ley 58 de 1993 artículo 1° al suprimir del derecho positivo tal institución)" (fl.11 cd. C).

Así la situación, el cargo no prospera.

Cargo segundo

A pesar de ser un punto ampliamente debatido y resuelto en las instancias, acusa el fallo por haberse impuesto al procesado la pena del homicidio agravado en razón de su vínculo matrimonial con la occisa, sin haberse probado con el correspondiente registro civil ese lazo de unión.

La libertad de prueba en materia penal permite al juez dar por establecidos los hechos y circunstancias del delito así como la responsabilidad del imputado y la naturaleza y cuantía de los perjuicios, por cualquiera de los medios de prueba legalmente reconocidos, naturalmente, bajo la premisa de la observancia del principio de la sana crítica y el examen conjunto de las pruebas.

No es entonces indispensable, por no ser la única prueba idónea para ello, como erradamente lo supone el casacionista, para establecer el vínculo matrimonial el allegamiento del registro civil que sí, contrariamente lo es, para los efectos civiles del mismo, que es lo que regula la normatividad sustantiva extrapenal que se propala violada. Esto implica la ineficacia del cargo.

Se desestimará, entonces, la demanda.

LA CASACIÓN OFICIOSA

Como en realidad se observan irregularidades sustanciales que lesionan garantías fundamentales del procesado, la oficiosa casación del fallo con la consiguiente reducción punitiva, se impone como con acierto lo demanda la Delegada. En efecto:

a.) El juzgado de primera instancia al condenar a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas se limitó a señalar como término de la misma "un tiempo igual al de la pena principal", sin percatarse que con ello rebasaba lo ordenado en el artículo 44 del C.P. que fija como límite máximo de esta sanción diez años; y el Tribunal al revisar el fallo se limitó a confirmarlo sin detectar el error mencionado.

Resulta evidente, entonces, que con tal comportamiento se lesionó un derecho fundamental del procesado al ser penado por fuera del marco legal correspondiente, aspecto que incumbe corregir a la Corte en esta sede con base en lo ordenado en los artículos 228 y 229-1 del C. de P.P. y, en consecuencia, condenarlo al quantum que la ley prevee para esta pena accesoria.

b.) En lo concerniente a la solicitud de casación parcial oficiosa presentada por el Ministerio Público respecto de la falta de competencia para conocer de las lesiones personales ocasionadas por el procesado al ciudadano Leonel Antonio Durango encuentra la Corte que también le asiste la razón al funcionario y por tanto, accederá a ella.

A la víctima de este atentado contra el bien jurídico de la integridad personal el médico legista le dictaminó en el único reconocimiento que le practicó, una incapacidad provisional de quince (15) días (fl. 49 cd. ppl.1) y en la certificación correspondiente no dejó constancia de secuelas que implicasen una eventual incapacidad por tiempo superior, lo que lo convirtió en contravención especial al tenor de la Ley 23 de marzo de 1991. Vale decir, este hecho salía de la competencia de la jurisdicción penal y pasaba a ser de la órbita de la autoridad policial por tratarse de una contravención, debiéndose, romper así la unidad procesal .

Este criterio lo ha venido reiterando la Sala mayoritariamente, con el siguiente razonamiento plasmado en Sentencia de Junio 14/95 con ponencia del Magistrado Calvete Rangel: "...pues al ser derogado el procedimiento sobre contravenciones especiales previsto en el Decreto 522 de 1971 por la ley 23 de 1991, los Jueces perdieron la competencia para conocer de dichas faltas, como quiera que no hay disposición que así lo establezca, y por el contrario el Decreto 800 de 1991 consagra la concurrencia de delitos y contravenciones como motivo de rompimiento de la unidad procesal. (Sentencias de casación de Sep.9/93 MM.PP.Drs.Saavedra y Torres; Nov.16/94 M.P. Dr.Calvete; Marzo 2/95 M.P.Dr.Torres) ".

Ante el hecho de haberse fallado este proceso ya en vigencia de la Ley 23 de 1991 y el imperativo de su oficiosa enmienda a través de este recurso extraordinario, no se remite a duda la nulidad de que habla el Procurador Delegado.

Ahora, si bien es cierto que la Ley 228 de 1995 asignó la competencia para conocer de contravenciones sancionadas con pena de arresto a los Juzgados Penales y Promiscuos Municipales, también lo es que se refiere exclusivamente a las que se cometan "a partir de su vigencia" (art.16), con lo cual debe entenderse sin mayor esfuerzo interpretativo que las cometidas con anterioridad a esa fecha, cuyo conocimiento lo han tenido los Inspectores de policía, dichos funcionarios deben continuar con tal competencia, con fundamento en el artículo 28 transitorio de la Carta Política, pues no han sido asignadas por ninguna ley a autoridad judicial alguna, que es la condición allí establecida.

Se casará la sentencia parcial y oficiosamente, mediante la facultad otorgada a la Corte por los artículos 228 y 229-1 del C. de P. P., únicamente en cuanto se condenó por el delito de lesiones personales en la integridad de Antonio Durango Ramos y a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un período igual al de la pena principal; para en su lugar descontar el incremento impuesto por el concurso y, en consecuencia, condenar al procesado de la referencia sólo por el delito de homicidio agravado a la pena principal de 16 años de prisión y a la accesoria mencionada pero por el término de diez años.

Finalmente y como efecto de este factor casacional, se ordenará la expedición de copias de la declaración de Leonel Antonio Durango Ramos, de la indagatoria del procesado y de este fallo, con destino a la Inspección Penal de Policía -reparto- de Cartagena (art.16 Ley 228/95) para que decida lo correspondiente respecto de la contravención especial premencionada.

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

RESUELVE:

1.- DESESTIMAR la demanda presentada.

2.- CASAR OFICIOSA Y PARCIALMENTE la sentencia recurrida, en el sentido de anular lo actuado en este proceso únicamente en cuanto se relaciona con el delito de Lesiones personales imputado a MANUEL ANTONIO URUETA TORRES a partir, inclusive, del cierre de investigación y de modificar el quantum señalado en el fallo como pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas. En consecuencia,

3.- CONDENAR al mencionado Manuel Antonio Urueta Torres, de condiciones civiles conocidas en el proceso, a la pena principal de DIECISEIS (16) años de prisión como autor responsable del homicidio de Yenny o Yenis Domínguez Vásquez cometido en las circunstancias de tiempo, modo y lugar referidos en el proceso.

4.- CONDENAR al mismo procesado a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un término de DIEZ (10) años. En lo restante, queda sin modificaciones el fallo impugnado.

5.- Por la Secretaría de la Sala y con el destino indicado, expídanse las copias precisadas en la parte motiva de esta providencia.

En firme, DEVUELVASE el expediente a la oficina de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Didimo Páez Velandia, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Carlos A. Gálvez Argote, Jorge A. Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, (salvó parcialmente el voto), *Nilson Pinilla Pinilla,* (con salvamento parcial de voto), *Juan Manuel Torres Fresneda.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CONTRAVENCION/ UNIDAD PROCESAL/ CONEXIDAD/ PRIVACION DE LA LIBERTAD

(Salvamento Parcial de Voto)

En igual sentido Aclaraciones de junio 14 de 1995, Cas. 8423. M.P. Dr. Ricardo Calvete Rangel; enero 24 de 1996 Cas. 9400, M.P. Dr. Fernando Arboleda Ripoll y agosto 28 de 1996, Cas. 9565, M.P. Dr. Dídimo Páez Velandia.

Proceso No. 9313.

Comparto los planteamientos expuestos en su salvamento parcial precedente por el Magistrado doctor Carlos Eduardo Mejía Escobar, que en lo esencial coinciden con lo sostenido sobre el tema en anteriores salvedades, presentados conjuntamente con él o individualmente, a cuyos argumentos me remito por mantener plena vigencia y en gracia de brevedad (e.g. Cas. 8423 jun. 14/95, M.P. Dr. Ricardo Calvete Rangel, Cas. 9400 enero 24/96, M.P. Dr. Fernando Arboleda Ripoll, Cas. 9565 agos. 28/96, M.P. Dr. Dídimo Páez Velandia), reiterando que en mi criterio es viable, jurídico y acorde con la prevalencia del derecho sustancial, que FRENTE A LA EPOCA del diligenciamiento analizado, las contravenciones especiales, que también son HECHOS PUNIBLES (art. 18 C.P.) y admiten concurso (arts. 26 y 27 C.P.), pueden ser investigadas y juzgadas en conjunto con otros hechos punibles, así se trate de delitos, en cuanto haya conexidad (arts. 87 y Ss. C. de P.P.), como aquí lo hicieron los juzgadores de instancia.

Como con dicha interpretación también se preservan la reserva judicial de la libertad y la anhelada eficiencia de la administración de justicia, debo con el respeto de siempre apartarme de la decisión de la mayoría que, casando oficiosa y parcialmente el fallo, dispuso anular lo actuado a partir, inclusive, del auto que declaró cerrada la investigación, para que por separado "la Inspección Penal de Policía reparto de Cartagena (art. 16 Ley 228/95)... decida lo correspondiente", respecto de las lesiones sufridas por Leonel Antonio Durango Ramos -causadas dentro del mismo contexto de acción que también produjo la muerte de Yenis Domínguez Vásquez en episodios ocurridos el 18 de noviembre de 1991-, frente a quien de esta manera se concluye en una decisión nugatoria.

Con todo comedimiento.

Nilson Pinilla Pinilla, Magistrado.

CONTRAVENCION / UNIDAD PROCESAL/ CONEXIDAD/ PRIVACION DE LA LIBERTAD

(Salvamento Parcial de Voto)

En igual sentido Salvamentos parciales de voto de junio 14 de 1995, Cas. 8423, M.P. Dr. Ricardo Calvete Rangel y octubre 23 de 1995, Cas. 9132. M.P. Dr. Carlos A. Gálvez Argote.

Salvamento Parcial de Voto: *Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar.*

Proceso No. 9313.

Tal como lo he venido sosteniendo de tiempo atrás, no considero que proceda la declaratoria de nulidad por incompetencia, respecto de las lesiones personales, porque el Código de Procedimiento Penal en su artículo 89 y luego la ley 81/93 en su artículo 13 establecían la unidad procesal, para HECHOS PUNIBLES, y dicho mandato cobija a las contravenciones, con mayor razón si tienen aparejada privación de la libertad.

La ley 23 de 1991 no establece texto concreto sobre la prohibición de conservar unidad procesal entre delitos y contravenciones y el decreto 800/91, por ser un decreto reglamentario, no podía modificar el Código de Procedimiento Penal, es decir, la ley.

La consecuencia, perniciosa de estas decisiones anulatorias, tan radicales y tan rígidas, se ven claramente en este proceso, si se miran de cara a la prescripción y a los derechos de las víctimas.

Por supuesto que a partir de la ley 228/95 es posible sostener que delitos y contravenciones no son susceptibles de unidad procesal, pero por una poísima razón, cual es el carácter LEGAL de dicho cuerpo de normas, capaz, ese sí, de producir derogaciones del Código de Procedimiento Penal. Pero como no es esa ley el fundamento de la declaratoria de nulidad, sino la norma ya precisada (ley 23/91) en armonía con el decreto 800 de 1991, es evidente que frente a ello mantenga mi postura, expresada entre otros en salvamentos de voto de (jun 14/95 Cas.8423, M.P.Dr. Ricardo Calvete Rangel y oct.23/95 cas. 9132 ,M.P. Dr. Carlos A. Galvez Argote).

Finalmente, en la discusión le plantee a la Sala, desde luego sin ningún eco, que me parecía inconstitucional que se ordenara la remisión de las copias a las Inspecciones de Policía porque cuando el legislador expidió la ley 228 de 1995 agotó las posibilidades transitorias para que funcionarios de policía conocieran de hechos punibles sancionados con privación de la libertad (art. 28 transitorio C.P.).

Sostuve que el principio Constitucional de RESERVA JUDICIAL de la libertad implicaba que solo los jueces municipales pudieran imponer condenas a esta clase de penas y que por tanto debían ser ellos los destinatarios de dichas copias.

Para el momento de elaborar este salvamento de voto se conoce el texto de la decisión C-364/96 por medio de la cual se declara parcialmente inexequible el artículo 16 de la Ley 228 de 1995, precisamente por esta clase de consideraciones.

Ello me releva, creo, de ahondar en el punto. La cuestión debe mirarse ya como un hecho cumplido y por ende valdría la pena que el ponente, por auto de sustanciación y frente a la nueva situación, varíe el rumbo de las copias para remitirlas a donde corresponda.

Comedidamente,

Carlos E. Mejía Escobar.

Sept. 5/96.

RESPONSABILIDAD OBJETIVA

Para que se pueda imputar un hecho a título de responsabilidad objetiva es necesario que el sujeto haya sido el autor del mismo, de manera que si lo que se cuestiona es la autoría material, carece de sentido referirse simultáneamente a la culpabilidad porque son dos temas excluyentes.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fé de Bogotá D.C., agosto seis de mil novecientos noventa y seis.

Magistrado Ponente: Dr: *Ricardo Calvete Rangel.*

Aprobado Acta No. 115

Proceso No. 11710.

Vistos

Resuelve la Sala sobre la admisibilidad de la demanda de casación presentada por el defensor del procesado Ovidio Galvis, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, confirmatoria de la dictada por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Lérida (Tol), en la cual se le impuso cuarenta y un (41) años de prisión por el delito de homicidio.

Hechos

El 20 de agosto de 1.994, a las once de la noche, luego de ingerir algunas cervezas en compañía de un amigo, Ovidio Galvis arribó a su casa de habitación ubicada en la manzana 2, del barrio Resurgir de Lérida (Tolima), y por motivos desconocidos agredió con arma cortopunzante a su compañera María Teresa Vásquez, causándole una herida que posteriormente le generó la muerte.

La demanda

Con fundamento en la causal primera, cuerpo segundo, el censor sostiene que la sentencia es violatoria de los artículos 5o. y 35 del Código de Procedimiento Penal, por errónea apreciación de las pruebas.

Luego de transcribir las normas citadas, dice que momentos después de ser agredida MARIA TERESA VASQUEZ con arma blanca, un sujeto semidesnudo, nervioso, y quien al parecer fue el verdadero responsable del crimen, salió del patio que tenía puerta de ingreso a la habitación de la occisa.

Sobre este hecho existen las siguientes pruebas:

- En el teatro de los acontecimientos se encontró un camiseta o franela que por sus características no corresponde a su patrocinado, sino al sujeto antes mencionado.

- Emilse Torres Montejo, Miledy García Torres y Amparo Pinto, son declarantes que observaron al referido individuo saltar la pared de la casa donde se sucedieron los hechos.

- Con la diligencia de inspección judicial se pudo establecer que los declarantes antes relacionados son vecinos de dicho lugar.

Las pruebas fueron allegadas legalmente al proceso y a pesar de demostrar la inocencia de su patrocinado no se les dio ningún valor, circunstancia que condujo a que subsistiera la duda y se emitiera una condena con fundamento en la responsabilidad objetiva.

En estas condiciones se desconoció el contenido de los artículos 5o., y 35 del ordenamiento sustantivo.

La petición es que se case la sentencia y se profiera el fallo de reemplazo que corresponda.

Consideraciones de la Sala

1o. El recurrente invoca un presunto error en la apreciación de las pruebas que relaciona, pero se limita a decir que "no se les valoró suficiente y adecuadamente", con lo cual no cumple con el requisito previsto en el numeral 3o. del artículo 225 del Código de Procedimiento Penal, que exige que se indique en forma clara y precisa los fundamentos de la causal que se aduce.

La valoración de la prueba puede ser atacada desde dos puntos de vista, a cada uno de los cuales corresponde una determinada demostración. Si lo que se alega es un error de derecho por falso juicio de convicción, es necesario que se demuestre que el sentenciador le dió a la prueba un valor mayor o menor que el que la ley le da, hipótesis descartable en este caso porque los elementos de juicio que menciona no están sometidos a tarifa legal.

Si la censura se refiere a un error de hecho por violación de las reglas de la sana crítica en la apreciación de las pruebas, se debe demostrar que

la valoración del juzgador desconoce el sentido común, la ciencia o la experiencia, de manera tal que su pronunciamiento resulta inaceptable.

El libelista no precisó la clase de error que pretendía denunciar, y como es obvio, ante esa falla mal podía saber hacia que aspecto debía orientar la sustentación, optando entonces por no decir nada.

2o. De manera uniforme y repetitiva la Corte ha insistido, en que la simple disparidad de criterios entre el sentenciador y el impugnante respecto de la credibilidad que merecen las pruebas no constituye motivo demandable en casación, de una parte porque no se trata de una tercera instancia, y de otra, porque la decisión de segunda está amparada por la doble presunción de acierto y legalidad, que solo es posible quebrar mediante la demostración de un error in iudicando o in procedendo trascendente.

Esto pone de presente que el censor no acertó ni siquiera en la selección del motivo para demandar, y creyó que el recurso extraordinario era una oportunidad para enfrentar su opinión a la del juzgador, con la esperanza de que la Corte entrara a escoger entre las dos como se hace en la instancia.

3o. Por último, es ostensible que el libelista no tiene claridad sobre los elementos del delito, circunstancia que lo lleva a una contradicción insalvable, como es alegar que no hay prueba de que su cliente fue el autor del homicidio, razón por la cual se le condenó sin establecerse el grado de culpabilidad, es decir, aplicándole una responsabilidad objetiva.

Para que se pueda imputar un hecho a título de responsabilidad objetiva es necesario que el sujeto haya sido el autor del mismo, de manera que si lo que se cuestiona es la autoría material, carece de sentido referirse simultáneamente a la culpabilidad porque son dos temas excluyentes.

Así las cosas, la decisión a tomar no puede ser otra que el rechazo in límine de la demanda, como en efecto se decretará.

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

RESUELVE:

Rechazar la demanda presentada por el defensor del procesado OVIDIO GALVIS, y en consecuencia declarar desierto el recurso interpuesto.

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

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

PERJUICIOS/ DEMANDA DE CASACION

El mencionado artículo 221 del Código de Procedimiento Penal dispone que cuando el recurso de casación vaya dirigido por único objetivo, o lo relacionado con el resarcimiento de perjuicios decretado en la sentencia de condena, "deberá tener como fundamento las causales y la cuantía para recurrir establecidas en las normas que regulan la casación civil".

La claridad de este precepto permite concluir que cuando el debate se circunscribe exclusivamente al ámbito de la indemnización de perjuicios decretada en la sentencia condenatoria, la parte legitimada para controvertirla a través de este extraordinario medio de impugnación, forzosamente debe acogerse a las causales y preceptos que gobiernan la casación civil, por tratarse de una acción en torno a cuestiones de índole económica, susceptibles de ser examinadas y apreciadas bajo dicha óptica.

Este requisito de la demanda enmarca su sentido y el alcance de la impugnación, que al ser su omisión advertida con la presentación de la misma, constituye falencia irreparable que hace inepta la pretensión de ajuste indemnizatorio de la parte civil, no pudiendo la Corte entrar a sustituir al recurrente, como para tratar de suplir o interpretar lo que no se le ha presentado.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santafé de Bogotá D.C., agosto seis (6) de mil novecientos noventa y seis (1996).

Magistrado Ponente: Dr. *Nilson Pinilla Pinilla.*

Aprobado Acta No. 115.

Proceso No. 10314.

VISTOS

Es del caso decidir sobre la admisibilidad de los recursos de casación interpuestos por el apoderado de la parte civil y por el procesado Ernesto Ortiz Arias, contra la sentencia de segunda instancia dictada por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, en proceso por los delitos de fraude procesal y estafa.

HECHOS Y ANTECEDENTES PROCESALES

Aparece de autos que José Gregorio Roldán Sánchez entregó a título de dación en pago a Lino Feijoo Alvarez un vehículo marca Mazda 626-LX, de placas AR-4702; sin embargo, se manifiesta que posteriormente urdió con el abogado Ernesto Ortiz Arias un plan con el fin de privarlo de la posesión del automotor, consistente en la iniciación ante el Juzgado Primero Civil Municipal de Suba de un proceso ejecutivo con títulos ficticios contra el primero de los nombrados, donde se ordenó el embargo y secuestro del automóvil, del cual fue despojado Feijoo Alvarez el 6 de marzo de 1987, hasta la fecha.

Por auto de 13 de febrero de 1989 el Juzgado Veinte de Instrucción Criminal de Bogotá aceptó la demanda de constitución de parte civil presentada a nombre de Lino Feijoo Alvarez (f.12 del c.p.), en la que su apoderado reclamó como perjuicios el pago de la suma de $19.000.oo diarios, equivalente al uso o alquiler de un vehículo como el de las características anotadas "desde el día 6 de marzo de 1987 hasta el día en que se le entregue el automóvil a Feijoo" (f.11 ibidem).

El mismo Juzgado calificó el mérito del sumario con resolución de acusación en contra de José Gregorio Roldán Sánchez y Ernesto Ortiz Arias por el delito de fraude procesal y contra el primero de ellos, por el delito de estafa (junio 17 de 1991); enjuiciamiento apelado por la defensa y el apoderado de la parte civil y reformado por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá mediante el suyo de 25 de octubre del citado año, en el sentido de hacer extensivo el pliego de cargos al procesado Ernesto Ortiz Arias también como coautor del delito de estafa.

Adelantado el juicio, correspondió al Juzgado 25 Penal del Circuito de esta ciudad poner término a la instancia, lo que hizo con sentencia de 17 de mayo de 1994, condenando a los acusados a la pena principal de 28 meses de prisión, cada uno, y cien mil pesos de multa, como coautores de los delitos de fraude procesal y estafa, a la interdicción de derechos y funciones públicas por igual lapso y al pago en forma solidaria de la suma de $9.369.382.67, por concepto de perjuicios materiales y el equivalente a 150 gramos oro, por concepto de perjuicios morales. Le impuso además, como pena accesoria al acusado Ernesto Ortiz Arias la privación del ejercicio profesional de la abogacía, por el término de dos años contado a partir de la ejecutoria del fallo.

Apelado éste por el defensor del procesado Ortiz Arias y el apoderado de la parte civil, fue confirmado por el Tribunal Superior mediante el suyo de 1° de septiembre del mismo año, con modificación en cuanto a los perjuicios materiales concretándolos "al valor del usufructo del automotor, así como los gastos que ha tenido que sufragar éste (el perjudicado) en procura del restablecimiento de su derecho, los cuales se señalan

prudencialmente en el equivalente a medio gramo oro por cada día o fracción que transcurra desde que LINO FEIJOO fue despojado de su automotor (6 de marzo de 1987) hasta la fecha en que se le restituya o cancele su valor comercial actual, sin sobrepasar el límite máximo de 4.000 gramos oro señalado en el art.107 del C.P."; declarando además, que no había lugar a condenación por perjuicios morales.

Contra dicha sentencia interpusieron recurso extraordinario de casación el apoderado de la parte civil y el procesado Ernesto Ortiz Arias.

La demanda presentada por éste último, en su propio nombre por tratarse de abogado titulado, con fundamento en la causal primera acusa la sentencia de ser violatoria en forma indirecta de la ley sustancial por errores de hecho en la apreciación de las pruebas, en "primera causal" por "falso juicio de identidad" y en "segunda causal" por "falso juicio de existencia", pidiendo su infirmación para que en su lugar se profiera la que deba reemplazarla.

Por su interés, el apoderado de la parte civil después de criticar la actuación de algunos funcionarios judiciales y referirse a la demanda instaurada por el procesado Ortiz Arias, la que controvierte, formula dos cargos a la sentencia recurrida: el uno por aplicación indebida de los artículos 107 del Código Penal y 13 transitorio del decreto 2700 de 1991 y por falta de aplicación de los artículos 40 de la ley 153 de 1887, 364 del decreto 050 de 1987; 1613, 1614 y 1617, de codificación no especificada que se deduce corresponden al Código Civil, y 9° y 55 del de Procedimiento Penal; el segundo, por inaplicación de los artículos 2341 y 2344 del Código Civil; 9, 21, 55 y 303 del C. de P. P. y 250 del C. de P. C., solicitando que se case parcialmente la sentencia en cuanto a la manera de ordenar el pago de perjuicios y en su lugar se condene en forma solidaria a los procesados a pagar el valor de los perjuicios materiales y morales causados con su conducta, en el monto que la Corte "se servirá señalar, ojalá bastante superior al fijado por el A QUO que no ha tenido en cuenta la magnitud del daño causado y prolongado durante ocho años y quien sabe cuantos mas"; se haga en la parte resolutiva de la sentencia declaración clara y expresa sobre la obligación impuesta a los procesados de restituir el automóvil de su cliente, oficiando a las dependencias de tránsito para la cancelación de la "titularidad" del vehículo en cabeza del procesado Ortiz. "Y finalmente, como lo tengo solicitado más arriba, que se ordene el avalúo pericial de los perjuicios sufridos por mi cliente, teniendo como bases para la liquidación el costo del alquiler de un automóvil de primera categoría como el de mi cliente, en los establecimientos comerciales dedicados a dicho negocio, los intereses DE MORA autorizados por la Superintendencia Bancaria, y causados durante el tiempo transcurrido desde el 7 de marzo de 1986 (sic) hasta el día en que se opere la restitución" (f. 183).

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

II.- La demanda de casación presentada por el procesado, abogado Ernesto Ortiz Arias, en su propio nombre: no satisface los requisitos de admisibilidad pues no obstante su extensión y la abundancia de argumentaciones de todo orden, el desarrollo de los cargos formulados a la sentencia impugnada no corresponde a su enunciado, faltándose de tal modo al principio de claridad y precisión que debe exhibir el libelo impugnatorio, conforme dispone el artículo 225-3 del Código de Procedimiento Penal.

En efecto, la "Primera causal de casación que se invoca" por este recurrente contra la sentencia, violación indirecta de la ley penal sustancial, "por error de hecho manifiesto consistente en un falso juicio de identidad", no se compadece con su planteamiento, toda vez que sin hacer referencia a la supuesta distorsión en el entendimiento del hecho revelado por el dictamen pericial y por los testimonios que con él coinciden, que habría conducido a conclusiones contrarias a la realidad procesal, la crítica resulta desorientada hacia tratar de demostrar que dichas pruebas fueron mal valoradas por el Tribunal, al reconocerles un valor de convicción que no merecen; desviado cuestionamiento generador de incertidumbre, que coloca a la Corte ante el dilema de dilucidar cuál pudo ser el verdadero sentido y alcance de la violación de la ley sustancial, tornando incompleta y deficiente la demanda por falta de claridad y precisión en la fundamentación del ataque.

El demandante, con amplitud de argumentos, trata de revivir un debate probatorio que culminó en las instancias y es así como se empeña en tratar de probar, fuera de oportunidad y sin lograrlo, que las conclusiones a que llegó la experticia grafológica, lo mismo que las declaraciones de los testigos concordes, no merecen ser tenidas como veraces y creíbles para llegar a la certeza en cuanto a la tipicidad de las conductas endilgadas y la responsabilidad penal del procesado, olvidando de paso que la casación no es recurso destinado a controvertir el nivel de credibilidad asignado a determinadas pruebas.

Luego de una acerba crítica a la prueba pericial, que soportó airosa una objeción por error grave, sugiere que se hacía necesaria "la intervención de otro perito y de otro estudio, más idóneo, más técnico y más científico, porque era insuficiente, confuso, no era claro, se necesitaba de otra persona versada en la ciencia de la grafología" (f.150); lo que pone de manifiesto que el subfondo argumental del cargo nada tiene que ver con un falso juicio de identidad de la prueba por desfiguración de su contenido objetivo y sí mucho con un falso juicio de convicción de la misma, acudiendo a su personal valoración del material probatorio, con carencia de objetividad entendible en quien presenta argumentos para su propia defensa.

Ahora bien, respecto al segundo reparo, por falso juicio de existencia "al otorgar valor probatorio a hechos inexistentes, no probados en el proceso materialmente", por cuanto el Tribunal arribó a la certeza sobre la existencia de los delitos en concurso y la responsabilidad penal del acusado recurrente, con base en "deducciones subjetivas", en premisas y hechos inexistentes, sin mencionar las pruebas que les sirven de sustento, cabe advertir que por ser la sentencia del Tribunal confirmatoria de la del Juzgado 25 Penal del Circuito y constituir con ella una unidad jurídica inescindible, dicho planteamiento resulta incompleto y abstruso, pues una visión retrospectiva y conjunta de dichas providencias evidencia que la condena del doctor Ernesto Ortiz Arias, como coautor de los delitos investigados, sí se fundó en las pruebas aducidas al proceso, especialmente el dictamen grafológico y los testimonios atacados en el cargo anterior, lo mismo que en abundante prueba documental constituida por las copias de los procesos ejecutivos y los cheques que les sirvieron de título de recaudo, lo que indica que la impugnación se muestra parcial, imprecisa y desavenida con la realidad procesal, dando al traste con la pretensión del libelista.

Lo que éste denomina "deducciones subjetivas" del fallador ad-quem desprovistas de respaldo probatorio, son en realidad consideraciones atinentes a la tipicidad de los delitos en concurso, su antijuridicidad y la culpabilidad de los procesados, provenientes de inferencias solidamente logradas tras un estudio global y coherente del acervo probatorio, siguiendo en ello las reglas de la lógica y la experiencia, que no pueden ser rebatidas en sede de casación puesto que este recurso se halla instaurado, desde el enfoque indirecto ensayado por el recurrente, para combatir errores de hecho en la apreciación probatoria, que deben ser demostrados en sí mismos y en su convergencia hacia una decisión equivocada.

La falta de precisión y las inconsistencias de que adolece la demanda, imponen su rechazo en los términos del artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, máxime que tales imperfecciones no podrán ser subsanadas o corregidas oficiosamente por la Corte, no sólo por insuperables sino en virtud del principio de limitación del recurso.

2) La misma suerte, pero por distinta razón, correrá la demanda de casación introducida por el apoderado de la parte civil constituida en representación del señor Lino Feijoo Alvarez, la cual, fuera de las críticas a los funcionarios y del análisis sobre los planteamientos de su contraparte y ya como actuación propia de recurrente, solo va dirigida a cuestionar lo referente a la indemnización de los perjuicios decretada en la sentencia condenatoria en favor de su asistido, circunstancia que obliga a dar aplicación a lo dispuesto por el artículo 221 del Código de Procedimiento Penal.

El interés pecuniario para recurrir en materia civil, estimado hoy en día en la suma de $38.446.000, que realmente ascendía a $27.440.00

para la época de la sentencia impugnada y de la interposición del recurso, de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 366 del Código de Procedimiento Civil y 2° y 3° del decreto 522 de 1988, aparecería tentativamente superado por la parte insatisfecha de la pretensión indemnizatoria (diferencia entre lo pedido en la demanda de constitución de parte civil, f. 11 cdno. 1, " $19.000.oo diarios... desde el 6 de marzo de 1987 hasta el día en que se le restituya el automóvil a Feijoo", estimado bajo juramento en $38'100.940 mas adiciones, en noviembre de 1990 (f.318 ib.) y luego objeto de dictamen, f.723, finalmente desestimado, frente a lo reconocido, o sea "el equivalente a medio gramo oro por cada día o fracción que transcurra" en dicho lapso).

Sin embargo, el aludido cálculo resulta superfluo para determinar la admisibilidad de esta demanda, por cuanto en élla para nada se hace referencia a las causales que regulan la casación civil, las que deberían servirle de soporte al solicitar la infirmación parcial de la sentencia impugnada, en su pretensión de que se incremente el monto de la indemnización de los perjuicios materiales decretados y se reconozca al damnificado el resarcimiento de los perjuicios morales, que fue negado en segunda instancia.

El mencionado artículo 221 del Código de Procedimiento Penal dispone que cuando el recurso de casación vaya dirigido por único objetivo, a lo relacionado con el resarcimiento de perjuicios decretado en la sentencia de condena, "deberá tener como fundamento las causales y la cuantía para recurrir establecidas en las normas que regulan la casación civil".

La claridad de este precepto permite concluir que cuando el debate se circunscribe exclusivamente al ámbito de la indemnización de perjuicios decretada en la sentencia condenatoria, la parte legitimada para controvertirla a través de este extraordinario medio de impugnación, forzosamente debe acogerse a las causales y preceptos que gobiernan la casación civil, por tratarse de una acción en torno a cuestiones de índole económica, susceptibles de ser examinadas y apreciadas bajo dicha óptica.

Este requisito de la demanda enmarca su sentido y el alcance de la impugnación, que al ser su omisión advertida con la presentación de la misma, constituye falencia irreparable que hace inepta la pretensión de ajuste indemnizatorio de la parte civil, no pudiendo la Corte entrar a sustituir al recurrente, como para tratar de suplir o interpretar lo que no se le ha presentado.

Aún más, si en escudriñamiento de alguna alternativa que posibilite la admisión del recurso se intenta establecer equivalencias entre las preteridas causales del procedimiento civil y las del penal, el esfuerzo resulta también frustáneo porque en lo que el recurrente ensaya como demanda tampoco cita ni concreta la causal que aduce para solicitar la modificación del fallo. Si bien menciona violación directa por aplicación

indebida, en un cargo, y violación por no aplicación en el otro, no parte de especificar, en ningún caso, si las pretendidas violaciones se originan en errores de hecho o de derecho y, si no clasifica éstos, mucho menos precisa la forma en que los indefinidos yerros pudieron tener incidencia para producir en el juzgador una percepción contraria a la verdad fáctica o jurídica, quedándose mas bien en meros epítetos contra las actuaciones judiciales y en inválidas alegaciones de instancia, inapropiadas frente a este recurso extraordinario.

Faltándole entonces al libelo impugnatorio uno de los requisitos indispensables para su viabilidad, como es haberse sujetado a las regulaciones del procedimiento civil y, por contera, careciendo la demanda en cada uno de los dos cargos figurados, de la claridad y precisión que la ley exige, en los términos del artículo 226 del Código de Procedimiento Penal será rechazada in límine, debiendo también declararse desierto el recurso interpuesto por quien representa a la parte civil.

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

RESUELVE:

RECHAZAR IN LIMINE las demandas de casación presentadas por el apoderado de la parte civil y por el procesado, abogado Ernesto Ortiz Arias, contra la sentencia condenatoria objeto de impugnación y, en consecuencia, declarar DESIERTOS los recursos de casación por ellos interpuestos.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO-Apelación

Verdad es que cuando la pretensión del solicitante tiende a obtener la variación de la imputación del auto definitorio de la situación jurídica, existe la posibilidad de práctica de pruebas, pues calificado el proceso con resolución acusatoria -y la diligencia de adhesión asume este carácter una vez legalizada-, desaparece esa posibilidad; pero si simplemente se acepta el cargo tal como lo formula la fiscalía, así se consolida éste en sus términos, quedando excluidas, en la etapa acusatoria, situaciones no consideradas, así sea incidentes en la punibilidad.

Y es que a propósito del interés para recurrir en apelación contra la sentencia anticipada, el numeral 4o. del artículo 37-B del C. de P.P. delimita para el procesado y su defensor ese derecho al aspecto de la dosificación de la pena, el subrogado de la ejecución condicional, la condena para el pago de perjuicios, y la extinción del dominio sobre bienes, entendiéndose que en el primero de estos tópicos, lo cuestionable por apelación -trátese de adhesión o de acuerdo-, son los errores que en la cuantificación punitiva, atendidos los hechos y circunstancias fundamentales de la acusación objeto de la adhesión del procesado, hubiera podido cometer el fallador de primer grado.

La norma en referencia no extiende el derecho impugnatorio a pretensiones sobrevinientes al acto de adhesión, o al de acuerdo, presentadas bajo el pretexto de trascender a la suma punitiva, pues ello desvirtuaría la filosofía de la sentencia anticipada, cuya razón de ser es el ahorro de tiempo y costos a la administración de justicia por la eficaz colaboración del procesado en la concreción de los cargos, aunque obviamente, sin violación de sus derechos, o de los del ofendido, ni de los de la sociedad.

De tal manera, cuando el acusado o la defensa como apelantes soslayan con o sin argumentos la limitación que les impone la norma, es deber del juez de la primera instancia reconvenirlos al calificar el interés para recurrir y denegar el recurso, pues ninguna economía procesal representa concederlo para que sea el su-

perior el que lo deniegue, o ante el hecho cumplido de la concesión, entre a fallar, como infortunadamente acaeció en este preciso evento, dando así forzosa cabida al recurso de casación, cuya improcedencia, vistos los antecedentes de la sentencia de segundo grado, es evidente.

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

Magistrado Ponente: Dr. *Dídimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta No. 115.

Proceso 11360.

Examina la Corte, el aspecto formal, de la demanda presentada para sustentar el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del 11 de septiembre de 1995, emanada del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, mediante la cual, por confirmación de la de primera instancia, se condena a OSCAR JOSUE GIL REYES, en calidad de autor responsable del homicidio de Rafael Luna Torres.

ANTECEDENTES

1o.- El 12 de marzo de 1995, hallándose OSCAR JOSUE GIL REYES y Rafael Luna Torres en una tienda ubicada en la transversal 7-D # 4-00 Sur de esta ciudad, aquél hirió a éste con arma cortopunzante, ocasionándole la muerte.

2o.- Oído en indagatoria, la situación jurídica del sindicado fue resuelta con medida de aseguramiento de detención preventiva, bajo la imputación de homicidio voluntario, en cuya demostración ocupó lugar preeminente la prueba de testimonio, y en especial el proveniente de Eduardo Muñoz (fls. 37-40 cd. ppl.1).

3o.- En el término de ejecutoria del auto de cierre de la investigación - junio 6 de 1995- (fl.125 cd. ppl.1), el procesado solicitó el 9 de junio, con fundamento en el artículo 37-A del C. de P.P. la celebración de audiencia especial tendiente a sentencia anticipada (fl.128), pero la fiscalía, por auto del 12 de junio (fl. 133) denegó la petición y ordenó continuar el trámite subsiguiente al auto de clausura.

4o. El 14 de junio el sindicado solicitó entonces sentencia anticipada invocando al efecto el artículo 37 del C. de P.P. (fl.142). Acogida la petición (fl.145), se realizó la diligencia el día 27, en desarrollo de la cual la Fiscalía, partiendo de la prueba testimonial y documental, le formuló el cargo por homicidio voluntario (cd. Fisc.), que el procesado aceptó expresamente en presencia de su defensora y del Ministerio Público. Sin embargo, después de la manifestación del procesado, la defensa solicitó para

dosificación punitiva la aceptación de la confesión hecha por éste y el reconocimiento de la diminuente de la ira.

5o. Remitido el asunto al Juzgado 54 Penal del Circuito, éste, conforme al acuerdo de adhesión, obviamente rechazó la petición de la defensa argumentando que sus peticiones "no fueron acordadas" y profirió sentencia anticipada (fls. 134 y ss. cd.ppl.1). La defensa apeló del fallo de la primera instancia, inconforme por la inaceptación de la confesión (fl. 169 cd.ppl.1).

Inexplicablemente el Juzgado concede la apelación y el Tribunal Superior del Distrito la decide, desconociendo ambos lo reglado en el artículo 37-B, numeral 4o. del C. de P.P..

Contra la sentencia de segundo grado, que confirmó a integridad la del Juzgado, el mismo sujeto procesal interpuso el recurso de casación que ha sido sustentado en la demanda, para cuyo examen formal ha sido remitido el asunto a la Corte.

La demanda

Objeta la profesional demandante la sentencia del Tribunal porque, de acuerdo a la precisión que hace:

"incurre en ... la ***causal primera incisos primero y segundo del artículo 220*** *del C. P. P., por violación directa de una norma de derecho sustancial, esto es, por la no aplicación del art. 299 del C. P. en concordancia con los artículos 296, 297 y 298 del mismo estatuto ...".*(negrillas fuera de texto).

Los falladores, no reconocieron la confesión de su poderdante en su primera versión pese a haberlo sido con observancia de los preceptos que regulan su práctica.

Insistiendo en que se trató de violación directa, afirma que la inaplicación aducida se debió a la errada interpretación judicial del precepto 299 antecitado:

"... tergiversaron (sic) el sentido de la confesión, le hicieron (sic) un juicio de desvalor, por consiguiente optaron (sic) por no darle valor probatorio alguno, aduciendo que la confesión no se dio por haber sido mi defendido capturado, posteriormente a los hechos. Porque los testimonios apuntan directamente a responsabilizarlo (sic) directamente del punible, por que mi defendido invocó una causal de justificación.".

A continuación, tomando un fragmento de la indagatoria del acusado, refiere las circunstancias que éste adujo como constitutivas de la justificante de legítima defensa y afirma que manifestó su aceptación del delito así considerado, cuando él 'aún no conocía "declaraciones o pruebas en su contra, como para aducir que se vio obligado a confesar ...". Añade que

ya desde la providencia de definición de la situación jurídica el fiscal "interpretó erróneamente la confesión" y que el implicado nunca negó su responsabilidad: que no se puede confundir ésta "con las causales de justificación o de culpabilidad" porque, según precisa, asumir la autoría "no es lo mismo que negarla ..., así el implicado aduzca causas ... para justificar su acción".

Asegura que el instructor aceptó parcialmente la confesión, pues rechazó la justificante aducida. Dedicando su atención al fallo de primer grado, dice que el Juez consideró erróneamente como justificante también la circunstancia de la ira. Tras discurrir largamente sobre los yerros que en su sentir cometió este funcionario, cuestiona la de segunda instancia.

Enjuiciando esta providencia dice que el Tribunal "al desatar el recurso de apelación indicó que la confesión se desvirtúa por inverosímil"; reafirma la aceptación de responsabilidad por el acusado en la confesión y cuestiona las pruebas de cargo sustentatorias del fallo, de las cuales comenta, en su mayoría fueron testimoniales, y:

"necesariamente parcializadas" por provenir de "familiares y amigos del hoy occiso por lo que por lógica y naturaleza humana, descargan toda la responsabilidad" en su cliente. "disminuyendo o anulando las causas que originaron (sic) el hecho criminoso, y así como la responsabilidad que hubiere podido tener el obitado".

Reiterando su convicción del error de apreciación de la confesión, reafirma su criterio de que al rendirla el acusado "desconocía ... qué pruebas se habían practicado hasta el momento". Agrega que, la confesión fue fundamento del fallo porque el Tribunal admitió que aquél "reconoció su hecho punible".

Avanzando en los requisitos de la confesión, considera que su cliente no fue sorprendido en flagrancia porque aunque fue visto por varias personas en el momento de delinquir, su captura ocurrió una hora después de los hechos. Insiste en el error que atribuye al Tribunal y culminando su exposición solicita la casación parcial de la sentencia, conforme a los términos de su planteamiento.

Consideraciones de la Corte

Lo primero que despierta la atención de la Corte en el presente caso es la falta de interés de la defensa para impugnar extraordinariamente la sentencia de segundo grado, nacida de la equivocada interpretación que tanto los falladores, como la abogada representante de la defensa impartieron a la solicitud,que con apoyo en el artículo 37 del C. de P.P. formuló el procesado.

Este deprecó, para acogerse a la rebaja punitiva, que se dictase sentencia anticipada y en atención a esa pretensión el fiscal convocó a la diligencia que se suscribió el 27 de junio de 1995, en la que, tras el examen de la prueba militante en el informativo, le formuló el cargo de homicidio simple en la misma forma en que había sido plasmado en el auto definitorio de la situación jurídica, es decir, sin la concurrencia de circunstancias particulares aminorantes de la pena, y, en esos términos el solicitante manifestó su adhesión.

No fue la diligencia convocada la audiencia especial de que trata el artículo 37-A del C. de P.P., -cuya diferencia con aquélla es notoria y así lo ha decantado ya la jurisprudencia de la Sala (auto 11 de oct. de 1994, Rad. 9814)- como lo entendió la señora defensora, pues es en esta actuación en la que existe la opción de discutir las bases del acuerdo entre la fiscalía y la parte acusada. En este caso, como lo enseña el acta suscrita por los intervinientes, el fiscal formuló el cargo y el acusado lo aceptó, sin que para la consolidación de la imputación hubiera habido debate tendiente a un acuerdo.

Que la señora defensora hubiera solicitado adicionalmente a la manifestación de aceptación por su cliente, la petición de que para la dosificación de la pena se tuviera en cuenta la confesión y el haber obrado en estado de ira, no cambia la naturaleza del acto procesal cumplido.

Verdad es que cuando la pretensión del solicitante tiende a obtener la variación de la imputación del auto definitorio de la situación jurídica, existe la posibilidad de práctica de pruebas, pues calificado el proceso con resolución acusatoria -y la diligencia de adhesión asume este carácter una vez legalizada-, desaparece esa posibilidad; pero si simplemente se acepta el cargo tal como lo formula la fiscalía, así se consolida éste en sus términos, quedando excluidas, en la etapa acusatoria, situaciones no consideradas, así sea incidentes en la punibilidad, tales como las que en este caso y a última hora adujo la defensa y que erradamente, como se dijo, el Juzgado aceptó como causa para conceder el recurso de apelación contra su sentencia anticipada.

Y es que a propósito del interés para recurrir en apelación contra la sentencia anticipada, el numeral 4o. del artículo 37-B del C. de P.P. delimita para el procesado y su defensor ese derecho al aspecto de la dosificación de la pena, el subrogado de la ejecución condicional, la condena para el pago de perjuicios, y la extinción del dominio sobre bienes, entendiéndose que en el primero de estos tópicos, lo cuestionable por apelación -trátese de adhesión o de acuerdo-, son los errores que en la cuantificación punitiva, atendidos los hechos y circunstancias fundamentales de la acusación objeto de la adhesión del procesado, hubiera podido cometer el fallador de primer grado.

La norma en referencia no extiende el derecho impugnatorio a pretensiones sobrevinientes al acto de adhesión, o al de acuerdo, presentadas bajo el pretexto de trascender a la suma punitiva, pues ello desvirtuaría la filosofía de la sentencia anticipada, cuya razón de ser es el ahorro de tiempo y costos a la administración de justicia por la eficaz colaboración del procesado en la concreción de los cargos, aunque obviamente, sin violación de sus derechos, o de los del ofendido, ni de los de la sociedad.

De tal manera, cuando el acusado o la defensa como apelantes soslayan con o sin argumentos la limitación que les impone la norma, es deber del juez de la primera instancia reconvenirlos al calificar el interés para recurrir y denegar el recurso, pues ninguna economía procesal representa concederlo para que sea el superior el que lo deniegue, o ante el hecho cumplido de la concesión, entre a fallar, como infortunadamente acaeció en este preciso evento, dando así forzosa cabida al recurso de casación, cuya improcedencia, vistos los antecedentes de la sentencia de segundo grado, es evidente.

Pero si en gracia de discusión se aceptare el interés de la defensa para impugnar la sentencia en este caso, encuentra la Corte igualmente improcedente el recurso, dado el total alejamiento de la demanda, de obligatorias exigencias de carácter formal previstas en el artículo 225 del C. de P.P., que la Corte no puede pasar desapercibidas y que se decantarán seguidamente.

La característica de ser la casación un recurso de naturaleza básicamente técnica, instituido para enjuiciar un fallo judicial que arriba a la Corte precedido de la doble presunción de acierto y legalidad, se hace especialmente manifiesta con el señalamiento en el artículo 225 del C. de P.P., de las exigencias de forma -las dos primeras, de orden informativo, mas no por ello omisibles, en cuanto pueden alertar desde el principio a la Corte de eventuales irregularidades anulatorias, así no sean alegadas; y las otras, por su relación con lo intrínseco del libelo, siempre de imperiosa observancia , que debe reunir la demanda sustentatoria, con el objeto de, observadas, imprimirle la dinámica procesal a la impugnación, o, en caso contrario, tornarla inviable.

En este orden de ideas, plasmados los requisitos de la información -numerales 1o. y 2o. , la fundamentación de la o las censuras, además de citar la causal de casación en que se basan, debe hacerse en forma clara y precisa; y si fueren varias las causales invocadas, exponerse de manera separada y subsidiaria; además de que, si se trata de motivos excluyentes, su planteamiento debe atender al principio lógico de la no contradicción -numerales 3o. y 4o. y último inciso, del artículo 225 mencionado-.

Y no es clara y precisa una demanda en la que, en un mismo cargo se anuncian y exponen motivos recíprocamente opuestos, entremezclándo los sin criterio jurídico conceptual, y de contera se añaden apreciaciones

subjetivas del demandante sobre la credibilidad de la prueba sin decantar los errores de apreciación de los elementos de juicio que pudieron determinar la emisión del fallo equivocado en su sentido o alcance.

Alegar de esta manera imposibilita la continuación del trámite casacional, pues no corresponde a la Corte enmendar las falencias del discurso impugnatorio, sea interpretando arbitrariamente las ideas expuestas o completándolas, porque terminaría sustituyendo en su deber y razón al postulante, que además, por ministerio legal debe ser profesional del derecho. Para ella rige de manera expresa el principio de limitación.

Pues bien; la demanda que se examina en sus formalismos, lejos está de dar cumplimiento a las previsiones de los numerales 3o y 4o. del artículo 225 del C. de P.P. y a la observancia del principio de no contradicción. Es de verse cómo, desde la presentación del único cargo que la conforma -que intitula Causal invocada-, la falta de precisión y de claridad la desarmonizan:

Dice la actora que en las sentencia del Tribunal se incurre en "la causal primera incisos primero y segundo del artículo 220 del C. P.P.", aserción ésta que implica la cocánica acusación por violación directa y por violación indirecta de unos mismos preceptos legales ; es decir, que al mismo tiempo se aceptan las pruebas analizadas por el juzgador y sus conclusiones -violación directa- y se rechazan por errores de evaluación -violación indirecta-. La contradicción es evidente y en la lógica del recurso, el cargo se autodestruye.

Pese a afirmar y reafirmar que la violación legal que aduce fue directa, no bien avanzado el discurso cuestiona la sentencia porque los falladores "no reconocieron la confesión" hecha en correcta forma, y luego, que "tergiversaron el sentido" de esa prueba al "no darle valor...alguno". Así razonando, transfiere el reclamo al campo de la violación indirecta -pues en su sentir fue el yerro de apreciación de la confesión el determinante de la inaplicación de la norma-; para, nuevamente adentrarse en los lindes de la violación directa a través de reflexiones interpretativas del precepto de la confesión y entonces, aludiendo a su significación jurídica, dice que ella siempre conlleva aceptación de responsabilidad aunque se califique con circunstancias justificantes.

Luego, se sustrae del tema, cuestionando la credibilidad otorgada por el Tribunal a los testimonios de cargo, pues no menciona los errores de apreciación que hubieran podido determinar su aceptación por el fallador, sino que se limita a calificarlos de "necesariamente parcializados" por su origen; y, finalmente, en ese errático discurrir, regresar al tema de la violación directa, esta vez, razonando sobre el concepto de flagrancia, para negarla, en oposición a lo dicho por el Tribunal.

Imposible admitir, en los términos en que fue confeccionado el escrito, que cumple las exigencias de forma tocantes con la fundamentación de la

causal invocada. El confuso argumentar y el total desconocimiento de la técnica puestos de relieve en la demanda excusan de mayores comentarios. Se rechazará entonces el escrito por las razones indicadas y se declarará, en consecuencia, la deserción del recurso.

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

RESUELVE:

RECHAZAR IN LIMINE la demanda de casación presentada en este proceso adelantado contra Oscar Josué Gil Reyes por el delito de homicidio cometido en la persona de Rafael Luna Torres. En firme, DEVUELVASE el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEMANDA DE CASACION/ TERMINO

El artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, faculta a la Corte para realizar el juicio previo de admisibilidad de las demandas de casación que sean presentadas, a fin de analizar su procedencia, oportunidad y adecuación a los parámetros legales preestablecidos por el legislador.

En esa medida, solamente si el escrito cumple con las exigencias previstas, la demanda es admitida disponiéndose, a la par, correr traslado al Procurador Delegado en lo Penal para que emita el respectivo concepto.

Si, por el contrario, de su revisión se observa que los requisitos dispuestos por la ley han sido insatisfechos por el demandante, se impone el rechazo y declarar desierto el recurso, por haber precluido la oportunidad procesal otorgada para sustentarlo en debida forma.

Satisfacer los requisitos de forma, no consiste solamente en cumplir el tenor literal del artículo 225 del C. de P.P., sino en hacer operables y armónicos los principios que rigen el recurso, las finalidades que lo orientan y lo pretendido con la demanda frente a las causales aducidas.

Los términos procesales otorgados a los sujetos para el ejercicio de sus derechos, son perentorios y preclusivos, y no pueden ser prorrogados sino a petición de parte "hecha antes de su vencimiento, por causa grave y justificada" como lo ordena el artículo 172 del Código de Procedimiento Penal.

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

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

Aprobado Acta No. 115.

Proceso No. 11801.

Resuelve la Sala el recurso de reposición interpuesto por el defensor del sindicado OSCAR ARMANDO REYES CAMARGO, contra el auto calendado el diez de julio de corriente año, mediante el cual fue rechazada la demanda de casación presentada. Igualmente se pronuncia sobre la petición de prórroga "para presentar el recurso de casación" elevada por el procesado.

ANTECEDENTES

1. Mediante sentencia del 20 de octubre de 1995, el Juzgado Quince Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá condenó al procesado Oscar Armando Reyes Camargo a la pena principal de doce años y seis meses de prisión, como autor responsable del delito de homicidio en el grado de tentativa (fls. 335 y ss-1), decisión que el tribunal Superior confirmó integralmente al revisarla en segunda instancia por vía de apelación (fls. 4 y ss. cno. Tribunal).

El procesado y su defensor, oportunamente, interpusieron recurso extraordinario de casación, el cual fue admitido por el ad quem, y dentro del término legal, el abogado presentó el correspondiente escrito sustentatorio.

2.- Mediante proveído del diez de julio del corriente año, la Corte rechazó la demanda presentada y declaró desierto el recurso.

Los fundamentos, soporte de la providencia que ahora es objeto de impugnación, son, en síntesis, los siguientes:

- El actor omitió la obligación de presentar los hechos objeto de juzgamiento tal y como fueron declarados en el fallo impugnado, para, en su lugar, acudir, cuestionándola, a la versión que respecto de ellos suministró uno de los testigos que rindieron declaración dentro del proceso, anteponiendo así, la particular concepción que tiene el casacionista del aspecto fáctico, al que le sirvió de soporte al juzgador para proferir la sentencia recurrida.

- No respetó los principios de autonomía y prelación que rigen el recurso de casación pues no le dio desarrollo independiente a cada una de las causales aducidas, no las separó y tampoco ofreció la solución adecuada a cada uno de los cargos que hizo a la sentencia.

- En consecuencia, al advertir la Corte el incumplimiento de las exigencias contempladas en el artículo 225 del Código de Procedimiento Penal, las que no podían ser suplidas por la Corporación, por virtud del principio de limitación, rechazó la demanda presentada.

3.- Mediante escrito del pasado 17 de julio, el defensor interpone recurso de reposición contra el citado proveído, con fundamento en los siguientes aspectos:

- De la providencia que censura se corrió traslado al Procurador, según fue informado en la Secretaría de la Sala, siendo del criterio que este

traslado solamente se surte cuando la demanda satisface las exigencias legales.

Según el artículo 228 del Código de Procedimiento Penal, si la sentencia fue dictada en un juicio viciado de nulidad, la Corte debe declararla de oficio, razón por la cual "no puede exigirse al defensor que presentó la Demanda de Casación, que obre a petición de parte, como ocurre en la providencia que ataco".

- En su opinión la demanda es idónea, "contiene la solicitud de infirmación: hay un resumen de los hechos materia del juzgamiento, y un resumen de la actuación procesal", "se señalan las causales en que se funda la impugnación y las normas sustanciales violadas, o sea, se cumplen las exigencias mínimas del precepto que regula la demanda: por lo cual no hay razón para inadmitirla. Están cumplidos los artículos 222 y 223 del Código de Procedimiento Penal".

- Citó numerosa jurisprudencia pero "prima la norma del código sobre todas las jurisprudencias de la Corte", según dice.

- Por ello, considera que solamente si la demanda no reúne los requisitos de forma, puede ser rechazada por la Corte y en este caso, cumplió, dice, los requisitos mínimos.

- Subsidiariamente, con apoyo en el artículo 363 del Código de Procedimiento Civil, el que considera "aplicable ya que en el Código de Procedimiento Penal no existe este recurso", interpone recurso de súplica, el cual fundamenta en las mismas razones aducidas para el recurso de reposición (fls. 32 y ss. cno. Corte).

4.- A su turno, el procesado Oscar Armando Reyes Camargo, con fundamento en los artículos 23 y 29 de la Constitución Nacional, solicita le "sea concedida una PRORROGA para SUSTENTAR EL RECURSO DE CASACION, teniendo en cuenta que conforme a la providencia que niega los fundamentos de mi defensor plasmados en dicho escrito no son causados por el suscrito y por ello no debo responder".

Lo anterior con el fin de acudir al servicio de defensoría pública y, en el término que se le otorgue, "se apliquen los fundamentos que corresponden a dicho recurso" (fl. 36).

Se considera

Advierte la Corte que la demanda de casación presentada a nombre del procesado Oscar Armando Reyes Camargo, fue correcta y acertadamente rechazada mediante la providencia que ahora es objeto del recurso de reposición, imponiéndose, en consecuencia, mantener tal determinación.

En efecto, el artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, faculta a la Corte para realizar el juicio previo de admisibilidad de las demandas de

casación que sean presentadas, a fin de analizar su procedencia, oportunidad y adecuación a los parámetros legales preestablecidos por el legislador.

En esa medida, solamente si el escrito cumple con las exigencias previstas, la demanda es admitida disponiéndose, a la par, correr traslado al Procurador Delegado en lo Penal para que emita el respectivo concepto.

Si, por el contrario, de su revisión se observa que los requisitos dispuestos por la ley han sido insatisfechos por el demandante, se impone el rechazo y declarar desierto el recurso, por haber precluído la oportunidad procesal otorgada para sustentarlo en debida forma.

Lo anterior por cuanto, estando amparadas las sentencias judiciales de instancia con la doble presunción de acierto y legalidad, y resultando claro que no se trata de acudir a una instancia adicional para revivir el debate culminado con el respectivo fallo, corresponde al impugnante en casación, demostrar, mediante la presentación de la correspondiente demanda en forma, cómo la sentencia recurrida violó el ordenamiento jurídico, labor para la cual ha de obrar, necesariamente, con estricta sujeción a los requisitos señalados en el artículo 225 del Código de Procedimiento Penal, de manera tal que el escrito refleje, por sí solo y con absoluta objetividad, una propuesta de censura que haga viable su admisión.

Es precisamente éste el motivo por el cual, dada la naturaleza del recurso, al demandante le está vedado acudir a consideraciones de índole personal, o hacer depender la demostración del yerro en que supuestamente incurrió el fallador, de la revisión previa del proceso por la Corte, para que ésta desentrañe el sentido de la impugnación.

La puerta de entrada al estudio de lo ocurrido en el trámite procesal de las instancias ordinarias, es precisamente la demanda de casación. Si ella no es admitida por estar ausente de las exigencias mínimas de forma, la Corte no adquiere competencia para emitir pronunciamiento alguno sobre la legalidad del fallo impugnado.

Satisfacer los requisitos de forma, no consiste solamente en cumplir el tenor literal del artículo 225 del C. de P.P., sino en hacer operables y armónicos los principios que rigen el recurso, las finalidades que lo orientan y lo pretendido con la demanda frente a las causales aducidas.

De esta manera, del libelo debe fluir sin obstáculo alguno, qué fue lo que sucedió en el mundo exterior que ameritó la intervención judicial, quiénes intervinieron en su trámite, cuáles fueron sus decisiones, y de qué manera se materializó la violación de la ley en el proferimiento del fallo impugnado, fundamento y razón del recurso extraordinario de casación.

Como no se advierte el cumplimiento de estos presupuestos, ninguna razón le asiste al impugnante en su cuestionamiento a la providencia que recurre:

Habla de haberse dispuesto correr traslado al Procurador, cuando en verdad esto no ha tenido ocurrencia. Lo único que obra al respecto es la notificación de la providencia que ahora impugna, hecho que demuestra la ligereza con que procede al exponer sus planteamientos.

Pretende deducir del artículo 228 del Código de Procedimiento Penal, la obligación de la Corte para revisar todo el proceso en la búsqueda de eventuales nulidades. De admitirse este erróneo tratamiento, sobraría la causal tercera de casación, la exigencia de presentar demanda por ese preciso motivo y, el recurso mismo, para tornar oficioso algo que no lo es, salvo que se pretenda desnaturalizar el instrumento.

Al respecto, la jurisprudencia de esta Sala ha sido reiterativa en sostener que la facultad oficiosa de la Corte para decretar nulidades, no exime al actor de tener que alegarlas en debida forma, si considera que concurren para el caso, y demostrar su configuración y trascendencia como cualquier causal.

Dice el impugnante que en su demanda hizo una síntesis de los hechos materia de juzgamiento, pero por parte alguna desvirtúa lo que la Corte afirmó al respecto: que los hechos exigidos por la ley como parte integrante de la demanda, son los que fueron materia de juzgamiento y declarados en la sentencia, no los que pudieron haber ocurrido en criterio del actor. Pero esta sencilla exigencia no la entiende, o no la quiere entender, el libelista.

También aduce que citó en forma clara y precisa las causales de casación, así como los fundamentos de sus reproches, pero guarda silencio sobre lo que la Sala realmente encontró en su demanda: que hizo una mezcla de causales y cargos que tornan imposible desentrañar lo pretendido; que no demostró su ocurrencia objetiva y, que no ofreció la solución adecuada a cada uno de los cargos planteados, con lo que vulneró los principios de autonomía y no contradicción que gobiernan este extraordinario recurso.

Igualmente manifiesta, que invocó las causales de casación en capítulos separados, pero olvida que su desarrollo fue fatal, pues pretendió invocar un preciso motivo que no desarrolló, no demostró su ocurrencia y además lo entremezcló con otro u otros, como oportunamente se advirtiera en la providencia que ahora es objeto de censura.

En últimas, los requisitos de la demanda de casación no se satisfacen porque el ahora impugnante crea que sí cumplió con esta exigencia, sino de su confrontación con lo que al respecto la ley ordena.

Pero los reparos a la actitud del recurrente aún no terminan:

Pretende además interponer un recurso no previsto para el proceso penal, como él mismo lo afirma y sin embargo erróneamente intenta, lo

cual resulta improcedente aún invocando el principio de integración de la ley procesal, poniendo en evidencia la particular concepción que tiene del proceso, imponiéndose rechazar su pretensión.

Si en gracia de discusión se supusiera la viabilidad del recurso de súplica en materia penal, se advierte que el abogado desconoce que este medio de impugnación es autónomo y no puede interponerse en subsidio del de reposición, a las voces de la normatividad que regula la materia en el procedimiento civil, hecho que reafirma lo dicho en precedencia sobre el singular criterio que lo acompaña respecto del tema.

En estas circunstancias, no queda otra alternativa que mantener la providencia recurrida y rechazar el recurso de súplica interpuesto.

Finalmente, en referencia a lo pretendido por el procesado, ha de decirse que los términos procesales otorgados a los sujetos para el ejercicio de sus derechos, son perentorios y preclusivos, y no pueden ser prorrogados sino a petición de parte "hecha antes de su vencimiento, por causa grave y justificada" como lo ordena el artículo 172 del Código de Procedimiento Penal, nada de lo cual ocurre en el presente caso y amerita, igualmente, negar la petición presentada.

Frente a lo dicho, recuérdese, además, que el sentenciado oportunamente interpuso el recurso de casación y que, voluntariamente designó el abogado para sustentarlo, a quien el Tribunal le reconoció personería jurídica y le corrió traslado por el término de ley para presentar la demanda cuyo rechazo ahora se mantiene, lo cual hace inadmisible el planteamiento que se deniega.

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

RESUELVE:

PRIMERO. NO REPONER la providencia impugnada.

SEGUNDO. RECHAZAR el recurso de súplica propuesto, de manera subsidiaria, por el defensor del procesado.

TERCERO. NEGAR la prórroga solicitada por el procesado OSCAR ARMANDO REYES CAMARGO.

Notifíquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

ANTECEDENTES/ LIBERTAD PROVISIONAL

Resulta claro que las motivaciones internas que delimitan precisamente la personalidad (presupuesto de orden legal y no de creación doctrinaria de la Corte), se encuentran representadas en las acciones del ser humano. Por ello, la realización de conductas que socialmente han sido catalogadas como reprobables, que inducen a colegir un alto grado de zozobra social, no pueden ser sino la muestra de la personalidad negativa que el legislador consideró como excluida en el pronóstico favorable frente a la futura convivencia social.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santafé de Bogotá D.C., ocho (8) de agosto de mil novecientos noventa y seis (1996).

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

Aprobado Acta No.116

Proceso No. 11102.

VISTOS

Procede la Corte a resolver la solicitud de "libertad condicional" que presenta el defensor de Carlos Olaya Suárez, quien se encuentra recluido en la Colonia Penal de Oriente de Acacías (Meta).

FUNDAMENTOS DE LA PETICIÓN

Centra la petición el libelista en su inconformidad con la decisión del pasado 25 de junio de 1996, por medio de la cual la Sala le negó la libertad provisional a su defendido, pues considera que en esta determinación existió una "abrogación de competencia", ya que la Corte no tuvo en cuenta la rebaja de pena que merece el procesado por estudio y trabajo realizado en el centro carcelario en el que se encuentra recluido.

Igualmente, en su criterio, la Sala desatendió los parámetros legales de que trata el artículo 72 del C.P., por cuanto dedujo antecedentes penales que no poseía el sentenciado, desconociendo que se trata de un delincuente primario, con una excelente conducta pretérita a la los hechos en

los cuales se ve involucrado, para cuya demostración allega copia de la libreta de conducta expedida en 1987 por el Ejército Nacional, lo cual debe suponer que se hace merecedor del subrogado de la libertad condicional.

A todo esto agrega que no puede entender el por qué tan sólo por cuarenta y cinco cajas de cerveza que "no era cocaína, ni marihuana, ni heroína, ni acetona, ni éter, ni ARMAS, ..." se le está atribuyendo "peligrosidad" y por consiguiente se le impide su regreso al seno de la sociedad.

Consideraciones de la Corte

En razón a que la solicitud presentada por el defensor se encamina a rebatir los argumentos que la Sala expuso en pasada oportunidad para negar el beneficio de la libertad provisional, conforme el numeral segundo artículo 415 del C. de P.P., o sea, en la ausencia del requisito subjetivo que contiene la norma, esta disertación se limitará a este puntual aspecto, pues el quantum de cumplimiento de pena no ha sufrido variación sustancial.

Así, es claro que el actor desconoce el objetivo primordial de la rebaja de pena de que trata la ley 65 de 1993, cual es la de obtener para el procesado su disminución por el trabajo o estudio que desarrolle en el centro carcelario. Con ello, y al haberle reconocido la Sala al procesado un descuento equivalente a 238 días en los cómputos efectuados en la pasada decisión del mes de junio, se le está "premiando" por su labor.

Por consiguiente, no obedece a la realidad lo dicho por el defensor cuando sostiene que se le está desconociendo la rebaja de pena por concepto de trabajo y estudio, o que se le está desmotivando para que prosiga en su loable labor, ya que si bien es cierto ello por sí sólo no arroja suficientes elementos de juicio para un integral diagnóstico-pronóstico, determinante para verificar la eficacia de la función de la pena, si se encuentra premiado con las rebajas que establece la ley.

De otra parte, alejado se encuentra el peticionario de la realidad procesal cuando afirma que tan sólo por la tenencia de 45 cajas de cerveza se irrogó sentencia condenatoria contra su defendido, pues la imputación que en ella se hace no se limita a tan simple afirmación sino a la participación a título de coautor (coautoría impropia) del delito de hurto calificado y agravado (artículos 350 y 351 numerales 6o., 9o. y 10.), que como se dijo en pasada oportunidad, obedece a: "... una distribución de funciones propias de una ideación y delimitación criminal que pone en evidencia el reproche negativo que como juicio de valor merece el procesado en punto de su readaptación social y buena conducta futura.".

Luego, tal proceder es indicativo de que los factores señalados por la ley para acceder a la libertad provisional y que sirven de norte para verifi-

car la tan anhelada "readaptación social", expresamente mencionada por el artículo 72 ibidem, no se cumplen.

Resulta claro que las motivaciones internas que delimitan precisamente la personalidad (presupuesto de orden legal y no de creación doctrinaria de la Corte), se encuentran representadas en las acciones del ser humano. Por ello, la realización de conductas que socialmente han sido catalogadas como reprobables, que inducen a colegir un alto grado de zozobra social, no pueden ser sino la muestra de la personalidad negativa que el legislador consideró como excluida en el pronóstico favorable frente a la futura convivencia social.

Por último, debe hacérsele claridad al peticionario en cuanto a que los antecedentes referidos no atañen a los judiciales o penales, sino a los mencionados semánticamente por el artículo 72 del C.P., es decir a los "de todo orden".

Así pues, al no darse las exigencias que la ley determina para que pueda concederse la libertad provisional demandada, la petición será resuelta nuevamente de manera adversa, siendo imperioso insistir en la necesidad del cumplimiento total de la pena.

Por consiguiente, y en mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal, niega al procesado Carlos Olaya Suárez, la libertad provisional solicitada por su defensor.

Notifíquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

MEDIDA DE ASEGURAMIENTO/ DETENCION DOMICILIARIA

Las medidas de aseguramiento, conforme a la legislación nacional, son cinco a saber: La conminación, la caución, la prohibición de salir del país, la detención domiciliaria y la detención preventiva, tal como inequívocamente lo establece el artículo 388 del Código de Procedimiento Penal.

Significa lo anterior, y en ello aparece la primera contradicción con la tesis de la defensa, que la detención domiciliaria es una medida de aseguramiento autónoma y no una forma de cumplimiento de la detención preventiva, alternativo al penitenciario, como la identifica el defensor en su solicitud.

Resulta entonces, que la imposición de la medida de aseguramiento de detención domiciliaria requiere unos expresos requisitos, establecidos en el artículo 396 del Código de Procedimiento Penal (modificado por el artículo 53 de la Ley 81 de 1993), en concordancia con el artículo 388 del mismo Estatuto, que son:

1. Que contra el sindicado haya por lo menos un indicio grave de responsabilidad por el delito que se le investiga.

2. Que se trate de hecho punible cuya pena mínima no exceda de 5 años de prisión.

3. Que las características familiares, laborales y vínculos con la comunidad permitan deducir dos cosas: a.- Que no ofrece peligro para la comunidad: y b.- que comparecerá al proceso.

Verificados los anteriores presupuestos, el Funcionario Judicial "sustituirá" la detención preventiva por domiciliaria, esto es pondrá la medida de aseguramiento de detención domiciliaria en reemplazo de la de detención preventiva, pues no de otra manera se puede entender el verbo sustituir, si se atiende a su significación gramatical que es "poner a una persona o cosa en lugar de otra", situación a la que lógicamente no se puede llegar si no es reconociendo similar independencia al reemplazante y al reemplazado.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D.C., agosto ocho (08) de mil novecientos noventa y seis (1996).

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

Aprobado Acta No. 116.

Proceso No. 10684.

VISTOS

Resuelve la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia la solicitud del defensor del sindicado Representante a la Cámara Tiberio Villarreal Ramos, de sustitución "de la detención en reclusión en centro carcelario por la detención domiciliaria".

LA PETICIÓN DEL DEFENSOR

Previo el señalamiento de cuales son las medidas de aseguramiento contempladas en el ordenamiento jurídico nacional, se detiene en el análisis de la detención, para señalar que su esencia es la restricción y coartamiento del derecho a la libre locomoción por todo el país y la prohibición de salir de él.

Partiendo de la conclusión anterior, señala que la variación del lugar de reclusión, de la cárcel hacia el domicilio, se funda en múltiples razones, que afectan tanto al Estado como al sindicado, que van desde las puramente económicas, por evitarse erogaciones para el mantenimiento del interno, hasta humanitarias, por prevenir tratos degradantes contra una persona que eventualmente puede resultar absuelta.

Afirma que la teleología de la detención domiciliaria es precisamente la de prevenir la ocurrencia de hechos injustos, como los que ya se han presentado en el pasado, de mantener injustamente detenida a una persona, que en realidad está pagando anticipadamente una pena sobre la que no hay certeza de si se impondrá o no.

Señala que los requisitos de fondo y de forma que la norma exige, se encuentran adecuadamente cumplidos en cuanto hace a su defendido, a saber:

1.- El delito por el que se procede tiene una pena mínima que no excede de 5 años de prisión.

2.- Tiberio Villarreal Ramos, no eludirá la acción de la justicia, pues ello está demostrado por su fácil captura, de cuyas circunstancias deduce que el sindicado no tuvo, ni tiene ánimo de evadir la justicia.

3.- El Representante sindicado no representa un peligro para la comunidad, pues sus condiciones personales, sociales y familiares aunadas a

la carencia de antecedentes de cualquier clase, permiten concluir que no es un sujeto peligroso.

Finaliza criticando la redacción de la norma, afirmando que la expresión "sustitución" empleada por el legislador resulta incongruente, considerando más apropiada la siguiente redacción "La detención preventiva, podrá cumplirse en el domicilio del acriminado (del sindicado) cuando concurran los siguientes requisitos (...)".

CONSIDERACIONES

Las medidas de aseguramiento, conforme a la legislación nacional, son cinco a saber: La conminación, la caución, la prohibición de salir del país, la detención domiciliaria y la detención preventiva, tal como inequívocamente lo establece el artículo 388 del Código de Procedimiento Penal.

Significa lo anterior, y en ello aparece la primera contradicción con la tésis de la defensa, que la detención domiciliaria es una medida de aseguramiento autónoma y no una forma de cumplimiento de la detención preventiva, alternativo al penitenciario, como la identifica el defensor en su solicitud.

Resulta entonces, que la imposición de la medida de aseguramiento de detención domiciliaria requiere unos expresos requisitos, establecidos en el artículo 396 del Código de Procedimiento Penal (modificado por el artículo 53 de la Ley 81 de 1993), en concordancia con el artículo 388 del mismo Estatuto, que son:

1.- Que contra el sindicado haya por lo menos un indicio grave de responsabilidad por el delito que se le investiga.

2.- Que se trate de hecho punible cuya pena mínima no exceda de 5 años de prisión.

3.-. Que las características familiares, laborales y vínculos con la comunidad permitan deducir dos cosas: a. Que no ofrece peligro para la comunidad; y b.- que comparecerá al proceso.

Verificados los anteriores presupuestos, el Funcionario Judicial "sustituirá" la detención preventiva por domiciliaria, esto es pondrá la medida de aseguramiento de detención domiciliaria en reemplazo de la de detención preventiva, pues no de otra manera se puede entender el verbo sustituir, si se atiende a su significación gramatical que es "poner a una persona o cosa en lugar de otra", situación a la que lógicamente no se puede llegar si no es reconociendo similar independencia al reemplazante y al reemplazado.

La autonomía de la detención domiciliaria como medida de aseguramiento ha sido reconocida en pretérita oportunidad por la Sala de Casa-

ción Penal de la Corte Suprema de Justicia[1], sin que la situación legislativa haya mutado como para hacer variar el criterio de la Sala, frente al cual tesis como la del abogado defensor pueden resultar útiles a la hora de abordar una eventual reforma a esa figura jurídica por parte del Congreso Nacional pero no para modificar la posición jurisprudencial ya sentada.

Nótese además, como elemento contribuyente de la autonomía de la detención domiciliaria, lo expresado por el legislador en la redacción del artículo 409 del Código de Procedimiento Penal, donde no solo excluye "en todo caso" de los beneficios de detención parcial en el lugar de trabajo o domicilio a los sindicados por delitos de competencia de la justicia regional, sino que además no advierte la necesidad de sustituir la medida de aseguramiento de detención preventiva, para que se pueda obtener la detención parcial en el lugar de domicilio, pues señala directamente que la detención se puede cumplir en el lugar de domicilio.

En el caso que hoy ocupa a la Sala, el delito por el que se halla vinculado el Representante Tiberio Villarreal Ramos, (artículo 10 del Decreto 2666 de 1991) es uno de aquellos que la Ley señala como de competencia de los Jueces Regionales (numeral 4°, artículo 71 del Código de Procedimiento Penal), cuya investigación la adelanta esta Corporación solo por razón del fuero que se deriva de la pertenencia del sindicado al Congreso de la República, y le resultan aplicables las reglas básicas de procedimiento que rigen los juicios ante los Jueces Regionales, entre ellas el mandato de exclusividad de la medida de aseguramiento a imponer contenido en el inciso final del artículo 388 del Código de Procedimiento Penal, que ordena que solo procede como tal la detención preventiva, por lo que debe negarse, por expresa prohibición legal, la sustitución de esta forma de aseguramiento por la de detención domiciliaria solicitada por el defensor.

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

RESUELVE:

Negar la petición de sustitución de la medida de aseguramiento impetrada por el defensor del sindicado TIBERIO VILLARREAL RAMOS.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

---

[1] Única Instancia, Radicación No. 10.467, Auto del 7 de noviembre de 1995. Magistrado Ponente: Ricardo Calvete Rangel.

ACCION CIVIL-Persona jurídica

No hay duda que la acción civil dentro del proceso penal puede ser ejercida por las personas naturales y jurídicas perjudicadas por el delito, conforme así lo dispone el artículo 43 del Código de Procedimiento Penal.

No obstante, no puede olvidarse que, como lo señalara la Corte en la parte motiva de la providencia recurrida, es la Nación, representada por los jefes de la administración pública, la persona jurídica que puede ejercer la acción civil dentro del proceso penal.

Así, el artículo 208 de la Constitución Política establece las funciones generales de los ministros y directores de departamentos administrativos, entre las que se encuentran la de ser jefes de la administración en su respectiva dependencia y bajo la dirección del Presidente de la República, lo que los faculta para formular las políticas atinentes a su Despacho, dirigir la actividad administrativa y ejecutar la ley.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santafé de Bogotá, D.C., ocho (8) de agosto de mil novecientos noventa y seis (1996).

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

Aprobado acta No. 116.

Proceso No. 9842.

Vistos

Resuelve la Corte el recurso de reposición interpuesto por el defensor del procesado, contra la providencia mediante la cual se aceptó como parte civil al Ministerio de Educación Nacional.

Antecedentes

1.- La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, mediante auto del 25 de junio del año en curso, reconoció como parte civil,

en el proceso que se adelanta contra el doctor Enrique Juvenal de los Ríos Herrera, al Ministerio de Educación Nacional.

2. Contra esta providencia, dentro del término legal, el defensor principal del doctor Enrique Juvenal de los Ríos, interpuso recurso de reposición.

Los argumentos del impugnante son los siguientes:

Teniendo en cuenta lo contemplado en los artículos 43 del Código de Procedimiento Penal y 36 de la Ley 190 de 1995, resulta indiscutible que la acción civil dentro del proceso penal la ejercen las personas naturales o jurídicas perjudicadas con la infracción. .

Frente a lo anterior y como quiera que el Ministerio de Educación "no es persona JURIDICA de derecho público", es obvio concluir que no se le podía admitir como parte civil dentro de este asunto.

Por consiguiente, solicita el recurrente la reposición del auto impugnado.

Consideraciones de la Corte

Como ciertamente lo señala el defensor del procesado, no hay duda que la acción civil dentro del proceso penal puede ser ejercida por las personas naturales y jurídicas perjudicadas por el delito, conforme así lo dispone el artículo 43 del Código de Procedimiento Penal.

No obstante, no puede olvidarse que, como lo señalara la Corte en la parte motiva de la providencia recurrida, es la Nación, representada por los jefes de la administración pública, la persona jurídica que puede ejercer la acción civil dentro del proceso penal.

Así, el artículo 208 de la Constitución Política establece las funciones generales de los ministros y directores de departamentos administrativos, entre las que se encuentran la de ser jefes de la administración en su respectiva dependencia y bajo la dirección del Presidente de la República, lo que los faculta para formular las políticas atinentes a su Despacho, dirigir la actividad administrativa y ejecutar la ley.

Sobre este asunto, la Sala de Consulta del Consejo de Estado señaló:

"Según el artículo 208 de la Carta los ministros y los directores de departamento son jefes de la administración, en sus respectivas dependencias.

"En ejercicio de dicha función, el ministro tiene que proveer lo necesario para la defensa de los intereses de la Nación; específicamente cuando esta llegue a hacer parte, como demandante o como demandada, en procesos que se tramiten ante la jurisdicción ordinaria.

"..."

"1. *De conformidad a las normas constitucionales y legales vigentes los ministros, directores de departamentos administrativos y los subalternos a quienes los estatutos legales correspondientes a tales dependencias les confieran concretamente esa facultad pueden constituir apoderados para que representen a la Nación, en los procesos que se adelanten ante la jurisdicción ordinaria*" (Consulta de 1° de febrero de 1993, Rad. 490, C.P. Dr. Roberto Suárez Franco).

Por lo tanto, siendo evidente que la persona jurídica es la Nación y que, como sucede en este caso, está representada por el Ministerio de Educación Nacional, resulta improcedente la revocación propuesta por el señor defensor del procesado.

Ahora bien, como quiera que en las partes resolutivas tanto del auto objeto de este recurso como de aquel que reconoció al Ministerio de Desarrollo Económico como parte civil, fechado el 10 de julio del año en curso, no expresó que dichos Ministerios actúan en representación de la Nación, se repondrán las providencias aclarándose en ese sentido.

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

RESUELVE:

REPONER las providencias del 25 de junio y 10 de julio del año en curso, por medio de las cuales se reconoció a los Ministerio de Educación Nacional y de Desarrollo Económico, como parte civil dentro de este proceso penal, en el sentido de que estos actúan en representación de la Nación.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

VIGENCIA DE LA LEY

La impugnabilidad de la sentencia y, desde luego, la procedibilidad del recurso debe regularse por la ley bajo cuyo imperio fue dictada. En anterior oportunidad expresó la Sala: "La posibilidad de apelar o recurrir contra una sentencia, puesto que es consecuencia de la sentencia misma, debe regularse según la ley bajo cuyo imperio fue pronunciada. Por tanto, las disposiciones de la ley vigente en el tiempo en que fue dada la sentencia, son las que determinan si cabe contra ella ... apelación, reforma, recurso de casación, etc" (Rad.9337. Recurso de Hecho. 12 de julio de 1994. M.P. Dr. Guillermo Duque Ruiz).

El juez debe determinar qué disposición de uno u otro ordenamiento legal le es más favorable al procesado y aplicarla en su integridad". (Casación 8359. Julio 13 de 1994. M.P.Dr.Jorge Carreño Luengas).

Corte Suprema de Justicia. - *Sala de Casación Penal.* - Santafé de Bogotá, D.C., ocho (8) de agosto de mil novecientos noventa y seis (1996).

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

Aprobado acta No. 116.

Proceso No. 11770.

VISTOS

Decide la Corte el recurso de hecho interpuesto por el defensor de Jairo José Slebi Medina, condenado por los delitos de celebración de contratos sin cumplimiento de requisitos legales y violación del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades.

ANTECEDENTES

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, Sala de Decisión Penal, mediante sentencia del 31 de octubre de 1995 confirmó la condena que el Juzgado Décimo Penal del Circuito de la misma ciudad impuso a Jairo José Slebi Medina, como autor de los delitos de "celebración de con

tratos sin cumplimiento de requisitos legales y de celebración de contratos con violación del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades ", por hechos ocurridos en los años 1990 y 1991.

Dentro del término legal, el defensor del sentenciado interpuso el recurso extraordinario de casación, el que fue concedido por auto de sustanciación fechado el 5 de diciembre de dicho año.

Con base en un informe secretarial, la Sala de Decisión del Tribunal Superior de Cúcuta, mediante interlocutorio del 24 de abril de 1996, revocó el anterior pronunciamiento y declaró improcedente el recurso extraordinario de casación.

Consideró el Tribunal que el delito por el cual se condenó al procesado, violación del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades -art. 144 del Código Penal-, tiene pena de arresto que oscila entre uno (1) a cinco (5) años, multa hasta cinco millones de pesos e interdicción de derechos y funciones públicas de dos (2) a siete (7) años.

Por lo anterior, concluye, que de conformidad con el artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el artículo 35 de la Ley 81 de 1993, el delito citado no tiene el quantum punitivo exigido para la concesión del recurso extraordinario de casación.

Inconforme con el anterior pronunciamiento, el defensor del procesado interpuso recurso de hecho, presentando dos escritos y anexando las copias de las respectivas providencias. Sus argumentos se pueden sintetizar así:

1.- Reconoce que en la época en que el procesado cometió los delitos que se le imputan, "la pena establecida estaba por debajo del rasero estipulado para recurrir en casación".

2.- Igualmente asevera que como la ley 80 de 1993, elevó el máximo punitivo para este delito a 12 años de prisión, por tal motivo se reúne la exigencia punitiva que establece el artículo 218 del Código de Procedimiento Penal.

Sobre este punto manifiesta que el texto de la norma no hace restricciones temporales, "y no puede entrarse en interpretaciones restrictivas y mucho menos para hacer restricciones doctrinales o jurisprudenciales que en esencia serían tipos nuevos que conculcarían la facultad del legislador de hacer la ley".

Consideraciones de la Corte

El Tribunal Superior de Cúcuta expuso como argumentos para revocar el auto que había concedido el recurso extraordinario de casación, que el delito de violación al régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades, por uno de los cuales se condenó al procesado, tenía para el mo

mento de la comisión del ilícito pena principal de arresto de uno (1) a cinco (5) años.

El defensor, por su parte, asevera que con la expedición del artículo 57 de la ley 80 de 1993, la pena principal de los delitos contemplados en los artículos 144, 145 y 146 del Código Penal, fue modificada por la de prisión que oscila entre cuatro (4) y doce (12) años, lo que hace procedente el recurso extraordinario de casación.

Al respecto es preciso reiterar que la impugnabilidad de la sentencia y, desde luego, la procedibilidad del recurso debe regularse por la ley bajo cuyo imperio fue dictada. En anterior oportunidad expresó la Sala: "La posibilidad de apelar o recurrir contra una sentencia, puesto que es consecuencia de la sentencia misma, debe regularse según la ley bajo cuyo imperio fue pronunciada. Por tanto, las disposiciones de la ley vigente en el tiempo en que fue dada la sentencia, son las que determinan si cabe contra ella ... apelación, reforma, recurso de casación, etc" (Rad.9337. Recurso de Hecho. 12 de julio de 1994. M.P. Dr. Guillermo Duque Ruiz).

En el caso de autos, la sentencia se profirió, como se expresó, bajo la égida de los artículos 144 y 146 del Decreto 100 de 1980 que, conforme al artículo 218 del C. de P.P., modificado por el artículo 35 de la Ley 81 de 1993, carecen del quantum punitivo que haga procedente la concesión del recurso de casacion, por lo cual se denegará.

En lo que dice relación a la favorabilidad reclamada por el impugnante, se debe tener en cuenta que en el evento sub-examine se presentó conflicto entre las normas del decreto 100 de 1980 y la ley 80 de 1993, habiéndose resuelto aplicar aquel, conforme al principio de favorabilidad, como antes se dijo.

Pero ahora el peticionario intenta que se cree una favorabilidad sui generis, en el sentido de que a los artículos del decreto 100 de 1980 que se aplicaron, se les reconozca la sanción de la ley 80 de 1993, es decir, que el hecho juzgado sea cobijado simultáneamente por normas diferentes, pues la sanción que se impuso fue la del decreto 100, citado, y teniendo en cuenta que de ella depende la procedibilidad de la casación, pretende que se cambie, de conformidad con la ley 80 de 1993, con la única finalidad de que quepa el citado recurso. Una interpretación de tal naturaleza va contra la lógica, la racionalidad del derecho y la doctrina de la Corporación que "en forma reiterada ha sostenido la imposibilidad de aplicar dos normas (la derogada y la vigente) en forma simultánea. El juez debe determinar qué disposición de uno u otro ordenamiento legal le es más favorable al procesado y aplicarla en su integridad". (Casación 8359. Julio 13 de 1994. M.P.Dr.Jorge Carreño Luengas).

De lo anterior fuerza concluir que en este específico caso no hay lugar a aplicar el principio de favorabilidad, en los términos solicitados y, por

tanto, no es procedente el recurso extraordinario de casación por vía regular, por lo que la decisión que se ataca es acertada y, por ende, el recurso de hecho no prospera.

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

RESUELVE:

NO CONCEDER el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del sentenciado Jairo José Slebi Medina.

Cópiese, devuélvase y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

ACCION DE REVISION-Titulares

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 233 del Código de Procedimiento Penal, pueden actuar como titulares de la revisión, el defensor, el Ministerio Público, el Fiscal y "los titulares de la acción civil", es claro para la Sala, en criterio que ahora se reitera, que el sólo predicamento del derecho subjetivo del que pueda ser titular una persona como presunto perjudicado del delito, no es suficiente para que pueda accionar legítimamente en revisión. Así, en decisión de 7 de marzo de 1.994, con ponencia del Dr. Juan Manuel Torres Fresneda, se afirmó:

"Cuando el ofendido o perjudicado opta por el ejercicio de la acción civil dentro del proceso penal, requisito indispensable les es constituirse formalmente en parte mediante la indispensable presentación de la formal demanda de que trata el artículo 46, y siempre y cuando concurra en la oportunidad prevista en el art. 45, esto es, hasta antes de que se profiera sentencia de segunda o de única instancia.".

Y aplicando este postulado al tema específico de la revisión, concluyó:

"Dados estos presupuestos, resulta comprensible que cuando el art. 233 del C. de P.P. señala quienes son titulares de la acción de revisión, su referencia a "los titulares de la acción civil dentro del proceso penal" debe entenderse hecha a quienes llegaron a constituirse en parte dentro de la actuación que intenta revisarse, pues fue a ellos a quienes vinculó el fallo injusto o impidió proseguir allí con la realización de su interés el auto de preclusión o cesación de procedimiento".

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santafé de Bogotá D.C., ocho (8) de agosto de mil novecientos noventa y seis (1.996).

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

Aprobado Acta No. 116.

Proceso 10392.

VISTOS

Conoce la Corte de la acción de revisión presentada por el apoderado de Luis Alberto Torres Rodríguez contra el fallo proferido el 30 de septiembre de 1.993, por el Juez de Primera instancia del Comando de la Policía Metropolitana de Santafé de Bogotá, que cesó todo procedimiento a favor de Carlos Arturo Galvis Jaramillo, por el delito de homicidio; y el proferido en segunda instancia, el 30 de abril de 1.994, por el Tribunal Superior Militar que lo confirmó.

ANTECEDENTES

1. Por información suministrada por Gustavo Torrado Moreno, sobre el comercio de estupefacientes en la calle 73 No. 15-66 de esta ciudad, el agente de la Sijin Arturo Galvis Jaramillo, llevó a cabo un operativo en dicha dirección actuando como agente encubierto, procediendo a contactar por intermedio de Torrado Moreno a José de Jesús Avila Ebrat comprándole inicialmente 20 papeletas de bazuco y solicitándole que le vendiera cien gramos más, para lo cual pactaron una cita el 24 de agosto de 1.991, a las 8:00 de la noche en la misma dirección para llevar a cabo la transacción ilícita.

A la hora y en la dirección convenidas, llegaron Torrado Moreno y el agente GALVIS JARAMILLO encontrándose allí Avila Ebrat y Rafael Torres Rodríguez, el dueño de la "mercancía". Iniciada la negociación aquél les hizo saber que se trataba de un operativo, suscitándose un tiroteo en el que resultó muerto Rafael Torres Rodríguez por cuenta del policial encubierto.

2. Las primeras diligencias, como el levantamiento del cadáver y la recepción de algunos testimonios fueron practicadas por el entonces Juzgado 115 de Instrucción Criminal Permanente de esta ciudad y posteriormente al Juzgado 84 de Instrucción Criminal quien envió el diligenciamiento al Departamento de Policía Metropolitana de la capital, donde asumió el conocimiento un juez de primera instancia.

Continuada la investigación se escuchó en indagatoria al agente Arturo Galvis Jaramillo y se le resolvió la situación jurídica absteniéndose de proferir medida de aseguramiento en su contra.

Mediante auto del 30 de septiembre de 1.993, se calificó el mérito del sumario, declarando la inexistencia de mérito para proferir resolución de convocatoria a consejo verbal de guerra contra el agente de la Policía Nacional Arturo Galvis Jaramillo, y en consecuencia se decretó a su favor el cese de procedimiento por el delito de homicidio cometido en la persona de Rafael Torres Rodríguez.

Por vía de consulta, el 25 de abril de 1994, el Tribunal Superior Militar, confirmó la anterior decisión.

3. La demanda de revisión fue presentada a nombre de Luis Alberto Torres Rodríguez, hermano del occiso y "titular de la acción civil en el juicio de la referencia", advirtiendo igualmente que durante del curso del proceso, hermanos del occiso le confirieron poder a un abogado para que se constituyera en parte civil, "cuyo objetivo no era precisamente obtener el resarcimiento de los perjuicios sino solicitar, con base en sus facultades legales, la ampliación del testimonio de Jesús Avila Ebrat pero la Secretaría o Auditoría Auxiliar del Guerra se negó reiteradamente a recibir la demanda aduciendo que no era procedente constituir parte en los procesos de la jurisdicción penal militar".

CONSIDERACIONES

1o. No obstante haberse cumplido el trámite previo para el pronunciamiento de fondo en la presente acción de revisión, advierte la Sala la imposibilidad de hacerlo, por observar que se ha violado el debido proceso al admitir irregularmente la demanda presentada por quien carecía de personería jurídica para ello.

2o. Por auto de 5 de abril de 1995, el Magistrado sustanciador que conocía de éstas diligencias, declaró ajustadas a las formalidades legales la demanda de revisión "presentada por el apoderado de la parte civil", sin advertir que en el proceso cuya revisión se pretende no existe un tal reconocimiento. Por ello, y siendo que el criterio de la Sala, que es a quien corresponde pronunciarse en este momento procesal, dicha admisión no procedía, imperativo es corregir esa irregularidad.

3o. Argumenta el demandante que al acreditar con el correspondiente registro civil de nacimiento, el nexo de consaguinidad existente entre su poderdante y el occiso, como que eran hermanos entre sí, está demostrando que es "titular de la acción civil", y bajo este supuesto, titular de la personería que lo legitima para incoar la presente acción.

4o. Sin embargo, y si bien de conformidad con lo dispuesto en el artículo 233 del Código de Procedimiento Penal, pueden actuar como titulares de la revisión, el defensor, el Ministerio Público, el Fiscal y "los titulares de la acción civil", es claro para la Sala, en criterio que ahora se reitera, que el solo predicamento del derecho subjetivo del que pueda ser titular una persona como presunto perjudicado del delito, no es suficiente para que pueda accionar legítimamente en revisión. Así, en decisión de 7 de marzo de 1.994, con ponencia del Dr, Juan Manuel Torres Fresneda, se afirmó:

"Cuando el ofendido o perjudicado opta por el ejercicio de la acción civil dentro del proceso penal, requisito indispensable les es constituirse formalmente en parte mediante la indispensable presentación de la formal demanda de que trata el artículo 46, y siempre y cuando concurra en la

oportunidad prevista en el art. 45, esto es, hasta antes de que se profiera sentencia de segunda o de única instancia.".

Y aplicando este postulado al tema específico de la revisión, concluyó:

"Dados estos presupuestos, resulta comprensible que cuando el art. 233 del C. de P.P. señala quienes son titulares de la acción de revisión, su referencia a "los titulares de la acción civil dentro del proceso penal" debe entenderse hecha a quienes llegaron a constituirse en parte dentro de la actuación que intenta revisarse, pues fue a ellos a quienes vinculó el fallo injusto o impidió proseguir allí con la realización de su interés el auto de preclusión o cesación de procedimiento".

5o. En estas condiciones, no procedía admitir la demanda de revisión presentada por el apoderado de Luis Alberto Torres Rodríguez y se impone declarar la nulidad de lo actuado a partir del auto de 5 de abril de 1995, inclusive, procediendo a su turno, a rechazarla.

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

RESUELVE:

DECLARAR la nulidad de todo lo actuado, a partir, inclusive, del auto de 5 de abril de 1995, por medio del cual se admitió la demanda de revisión presentada por el apoderado de Luis Alberto Torres Rodríguez, y en consecuencia, RECHAZAR el libelo.

Notifíquese y cúmplase

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

PRUEBA/ INDICIO

Cuando de atacar la prueba indiciaria se trata, el demandante no puede desconocer que por la naturaleza misma de este medio probatorio, los indicios se valoran en su conjunto y que por tanto es el vínculo que surge de la concordancia y convergencia de ellos, el que hace que la inferencia pase de la probabilidad a la certeza. Por tanto, si bien el ataque a los hechos indicadores debe ser independiente, esto no significa que el conjunto indiciario se cercene en su logicidad para hacerle perder el valor probatorio que solo adquiere fuerza de convicción si se valora globalmente.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. -Santafé de Bogotá, D. C., ocho (8) de agosto de mil novecientos noventa y seis (1996).

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

Aprobado Acta No.116

Proceso No. 9302.

Vistos

El Juzgado 32 Penal del Circuito de Santafé de Bogotá, en sentencia del 13 de septiembre de 1.993, condenó a Orlando Castañeda Avila a la pena principal de 51 meses de prisión y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término, como autor del delito de hurto calificado y agravado en concurso heterogéneo con el de falsedad material de particular en documento público, absteniéndose de condenar por los daños y perjuicios causados con las infracciones.

De esta determinación conoció, por vía de apelación, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de la misma ciudad, revocándola en cuanto se refiere a la abstención de condenar al procesado al pago de los perjuicios causados con los delitos objeto de imputación, haciéndolo en su defecto, en forma concreta y confirmándola en todo lo demás.

Contra esta última decisión, el defensor del incriminado interpuso el recurso de casación que ahora se resuelve.

HECHOS

A la altura de la carrera décima con calle once de esta capital, el 23 de noviembre de 1.992, el automóvil Renault 9, modelo 1.992, de color azul distinguido con las placas CRA-717, conducido por Orlando Castañeda Avila, colisionó, y al ser requerido por las autoridades de tránsito, se identificó como el dueño del vehículo, exhibiendo la tarjeta del seguro obligatorio No. 0275371-0 y la licencia de tránsito No. 91.0002873 expedida a su nombre, las que resultaron falsas, siendo privado de la libertad.

Dentro de la correspondiente averiguación se logró establecer que el automotor cuyas placas verdaderas son CHJ-259, había sido sustraído a su propietario Elkin Gabriel Hernández García el 14 de noviembre del mismo año, esto es, ocho días antes del precitado accidente, por varios sujetos que lo intimidaron con armas de fuego, cuando se disponía a salir de su residencia.

ACTUACIÓN PROCESAL

Con fundamento en el informe de accidentes la Fiscalía 126 de la Unidad Primera de Patrimonio Económico de Santafé de Bogotá, el 25 de noviembre de 1.992 inició la correspondiente investigación, vinculando mediante indagatoria al imputado, a quien le resolvió su situación jurídica el 1o. de diciembre siguiente, con medida de aseguramiento de detención preventiva por la comisión de los delitos de falsedad material de particular en documento público y hurto calificado y agravado.

Recepcionados algunos testimonios y establecida pericialmente la falsedad de los documentos presentados por el procesado, así como efectuado reconocimiento en fila de personas por el propietario del automotor, el 28 de enero de 1.993, el aludido Fiscal dispuso cerrar la investigación y el 2 de marzo del mismo año profirió resolución acusatoria en contra de Orlando Castañeda como autor de los ilícitos de hurto calificado y falsedad material de particular en documento público.

Apelada la acusación, fue confirmada por el Tribunal el 30 de marzo de 1.993 y mediante auto de fecha 14 de abril siguiente, el Juzgado 32 Penal del Circuito avocó el conocimiento de la actuación y abrió el juicio a pruebas, haciendo uso de este derecho el defensor, quien solicitó la práctica de diligencia de reconocimiento en fila de personas y ampliación de la declaración de María Claudia Ortega Vera, cuya evacuación se ordenó por el Juez. Surtida la etapa del juicio, se profirieron las sentencias de primera y segunda instancias ya reseñadas.

LA DEMANDA

La censura se dirige de manera exclusiva sobre el delito de hurto calificado y agravado. Y, con base en la causal primera, cuerpo segundo de

casación formula el demandante un cargo único contra la sentencia de segunda instancia "por violación indirecta de la ley sustancial, derivada de ostensibles errores de hecho por falsos juicios de existencia e identidad en la apreciación de diversos medios probatorios, arts. 282, 300, 301, 302, 303 del C. de P. P., lo que llevó a aplicar indebidamente los artículos 23, 26, 27, 61, 103, 107, 220, 349, 350-2 351.6.10 y 372 del Código Penal y a dejar de aplicar los Nos. 2°., 5°., 19., 20., 21 y 35 ibídem".

Así, asegura el actor que demostrará: 1°. que el procesado no es autor del delito de hurto por cuanto para la fecha y hora de los sucesos se encontraba en el lugar diferente de donde acontecieron; 2°. Que el Tribunal pasó por alto el análisis de prueba testimonial -falso juicio de existencia- y le dio a otros medios probatorios (acta de reconocimiento en fila de personas, testimonios e indicios), un alcance que no tienen -falso juicio de identidad-.

Hecha esta precisión, a la manera de conclusión previa, enfatiza el censor que el ataque lo centrará por la vía del error de hecho por "falsos juicios de existencia" y "falsos juicios de identidad".

Los primeros, los concreta así:

1. El fallador ignoró el testimonio de Ana Mercedes Castañeda Avila, rendido en la audiencia pública, donde afirmó que el 14 de noviembre de 1.992, estuvo su hermano Orlando, hoy procesado, en una reunión familiar desde las 11 A.M. hasta las 6:30 P.M., fecha y hora en que se dice sucedió el hurto del automotor .

2. También omitió el Tribunal la declaración de Adriana Castañeda Avila, quien al igual que su hermana Ana Mercedes, corrobora la versión del incriminado, en el sentido de que para el momento de los hechos se encontraba en la despedida de una amiga de ellas en un lugar distinto a aquél en que tuvieron ocurrencia.

Afianzando esta enunciación de las censuras con las pertinentes transcripciones testimoniales, pero sin penetrar en la demostración de los mismos ni menos en su incidencia en el fallo, colige directamente el demandante, que así, está demostrada la inocencia de su defendido, pues no es dable predicar de un ser humano el don de la ubicuidad.

En cuanto a los falsos juicios de identidad, señala los siguientes:

1. Se tergiversó el testimonio de Elkin Gabriel Hernández García, propietario del automóvil objeto del hurto, en la diligencia de reconocimiento en fila de personas haciéndole producir efectos diversos, como que el procesado fue uno de los asaltantes, cuando la verdad es que el declarante dudó en el señalamiento de la persona que lo despojó del vehículo. Además, el Tribunal no precisó la norma de experiencia común en que sustentaba el indicio que infiere de esta prueba y no se percató que existía un contraindicio en la falta de seguridad en el reconocimiento.

2. Se distorsionó el alcance de tres hechos indicadores, los cuales el sentenciador tomó como indicios, olvidando que el hecho indicador es el sustrato material de la construcción indiciaria, pero que en sí no es indicio. Así, de la lectura de la sentencia se tiene que el Tribunal tomó como indicios los siguientes hechos:

a. El hallazgo en poder de Castañeda Avila de los documentos falsos con que pretendía probar la calidad de propietario del automotor hurtado, se consideró como "indicio de supresión de las huellas materiales del delito".

b. La mentira del inculpado al sostener que compró el automotor a un supuesto personaje, se valoró como "indicio de mala justificación ".

c. El reconocimiento del procesado como partícipe en el hurto del automotor, aunque de él se reconoció "que no es contundente", se entendió igualmente, que el testigo " sí señaló a quien verdaderamente tenía el auto hurtado" y se entendió como un "indicio contingente".

Precisa enseguida y en orden a demostrar estas confusas premisas, los requisitos que exige el indicio para que pueda ser admitido como medio de prueba, a saber: a) el hecho indicador, b) la regla de experiencia, c) la inferencia o juicio lógico y d) el hecho indicado.

Sobre esta base y luego de fijar el marco conceptual de cada uno de estos elementos, extrae de la sentencia del Tribunal "los tres indicios", que afirma tienen el carácter de contingentes, y que, en su criterio, son el fundamento de la condena, los cuales, insiste, "son en realidad meros hechos indicadores distorsionados por el fallador y a los cuales se les dio un alcance que no tenían", que especifica, así:

a. "Indicio de supresión de las huellas materiales de delito". Sostiene que el hecho indicador de esta inferencia, lo constituye el hallazgo de documentos falsos en poder de Castañeda Avila con los cuales pretendió acreditar la propiedad del rodante, coligiéndose de ahí que por ello necesariamente es el "autor o partícipe del hurto".

No obstante, agrega, desconoció el fallador que existen otros medios de prueba contraindicadores, que destruyen las inferencias lógicas que puedan obtenerse de tal hecho indicador, como son los testimonios de Ana Mercedes y Adriana Castañeda Avila, ignorados por el sentenciador, quien tampoco mencionó la regla o máxima de experiencia en que se basó para deducir este indicio.

b. "Indicio de mala justificación". Para el demandante, el juzgador dedujo este indicio del hecho de haber inducido el procesado "de desviar la atención de la justicia con la versión de que el vehículo lo había comprado" a un tercero, sin tampoco precisar la regla de experiencia que le sirvió de fundamento, mas aun cuando ese hecho se desvirtúa con las declaraciones de Ana Mercedes y Adriana Castañeda.

c. "Indicio de reconocimiento en fila de personas". De éste afirma que no obstante el Tribunal haber sostenido que el reconocimiento de Castañeda Avila por parte el perjudicado con el hurto, "no es contundente, optó por considerarlo como otro indicio contingente en contra del procesado". Ignorándose al igual que en los dos casos anteriores, en qué regla de experiencia se fundamentó el sentenciador para llegar a esta conclusión, pues no tuvo en cuenta que "existía contraindicio que destruía su valor probatorio y apuntaba directamente a las inferencias lógicas que podían obtenerse del mencionado hecho indicador", como es el testimonio del denunciante en el que manifestó "no estar seguro de que el procesado fue uno de los hombres que lo abordaron y lo despojaron del automotor de su propiedad".

En consecuencia, colige el censor, que el Tribunal "al dar categoría de indicios contingentes a estos hechos indicadores que carecían de tal alcance e inferir de los mismos, concordancia y coherencia para edificar indicios necesarios con valor absoluto de certeza y así predicar la responsabilidad del procesado en la autoría del delito de hurto calificado y agravado", incurrió en ostensibles errores de hecho.

Propuesto así el ataque, procede el demandante a analizar los medios de prueba no atacados, calificándolos de insuficientes para sostener el fallo, por cuanto, la denuncia formulada por Hernández García nada dice sobre la individualización de los autores del hurto; es solo una prueba referente a la tipicidad, al igual que la declaración de María Claudia Ortega Vera y el informe de las autoridades de tránsito, careciéndose, por tanto, de prueba que permita inferir participación y menos responsabilidad del procesado en el atentado contra el patrimonio.

Finalmente, luego de aclarar que el cuestionamiento probatorio lo ha elaborado teniendo en cuenta solo la prueba fundamentadora de la sentencia, explica que el Tribunal dejó de valorar el testimonio de la agente de policía Adriana Hernández Marín, vertido en la audiencia pública, pero que aun teniéndolo en cuenta no suministra dato alguno sobre los hechos ni sobre la autoría o responsabilidad y que, por ende, es indiferente para el fallo.

Solicita, en consecuencia, casar parcialmente el fallo impugnado "y en su lugar se dicte sentencia absolutoria para el delito de hurto calificado y agravado en favor de Orlando Castañeda Avila, por estar demostrado que no intervino como autor o partícipe en el delito investigado".

Concepto del Procurador Tercero Delegado en lo Penal

Comienza el Ministerio Público por advertir, que el demandante no demuestra la incidencia de los errores acusados en la sentencia, limitándose a relacionar una serie de normas sin analizar su vulneración.

Con este preámbulo, y en orden a justificar su aserto, procede el Delegado a estudiar cada uno de los yerros expuestos por el recurrente, iniciando por el falso juicio de existencia que aduce de las declaraciones de las hermanas Castañeda Avila, concluyendo que el libelista se queda en la simple enunciación del cargo, limitándose a hacer genéricas argumentaciones sobre los indicios y dando por supuesto que con esos testimonios se logra rebatir el indicio de mala justificación, cuando en verdad, éstos no pueden tenerse como una prueba irrebatible de la no participación del procesado en el apoderamiento del automotor, pues, resulta evidente que éste y los documentos adulterados fueron encontrados en poder de Castañeda Avila, quien además, intentó fugarse con inmediatez a los hechos.

Sobre el falso juicio de identidad, lo cierto para el Delegado es que el sentenciador de segundo grado jamás afirmó que Hernández García hubiera estado seguro del reconocimiento y, por el contrario, valoró su versión en la justa dimensión, ya que como consta en el acta respectiva, sí existió una descripción general y el señalamiento de CASTAÑEDA AVILA, como presunto autor del delito, entre los siete que conformaban la fila. Enfatiza, además, que el fundamento del fallo fue la prueba indiciaria en su conjunto y no esta en particular.

En relación con el indicio de supresión de las huellas materiales del delito, advierte el Ministerio Público, que si bien para el actor, fue estructurado con base en el hallazgo de los documentos falsos en poder del procesado, con los que pretendía acreditar la propiedad del vehículo, debe igualmente tenerse en cuenta que como lo afirmó el a quo, es claro que con ellos se pretendía borrar la ilícita procedencia del auto, lo que introduce al hecho indicador una finalidad en el autor del delito, que permite robustecer la inferencia lógica y arribar a la conclusión de que el acusado efectivamente participó en su apoderamiento.

No es, por tanto, el simple hallazgo de los documentos lo que fundamentó este indicio, sino, además el hecho de que con ellos se buscó ocultar la ilicita procedencia del vehículo, lo cual no puede entenderse desvirtuado con las versiones de las hermanas del procesado, que ninguna referencia hicieron a tales situaciones. En últimas, el problema que pretendió abordar por el recurrente es el de un falso juicio de convicción, pues opone a los análisis del sentenciador sus propias apreciaciones probatorias, sin demostrar ninguno de los yerros posibles de alegar en sede de casación.

Sobre el indicio de la mala justificación que el casacionista arguye fue construido sin fundamento en regla de experiencia alguna, para el representante del Ministerio Público resulta evidente que el ataque está condenado al fracaso, pues lo indiscutible es que la versión del procesado sobre la compra del vehículo, riñe precisamente con esas normas. Si no presentó los documentos del caso, es dable concluir en la prueba indirecta que

se comenta. Y, de otro lado, las afirmaciones de las hermanas Castañeda Avila, no rebaten en nada este indicio.

En cuanto al indicio del reconocimiento hecho por el ofendido, precisa el Delegado, que el Tribunal sí valoró la circunstancia que según el actor no se tuvo en cuenta y de allí que no se hubiese constituido en prueba única y suficiente para sustentar la sentencia condenatoria.

Por último, para el Procurador Delegado, la crítica sobre el no señalamiento de la norma de experiencia en la construcción de los indicios, denuncia una falta de motivación que ha debido alegarse por la vía de la nulidad. No obstante, transcribe apartes de la sentencia impugnada para demostrar que sí se tuvieron en cuenta aquellas reglas, así no se hubieran titulado.

Por ende, en su criterio, la demanda no está llamada a prosperar.

CONSIDERACIONES

1. El demandante formula un cargo contra la sentencia proferida por el Tribunal, la cual acusa por error de hecho, por falso juicio de existencia y falso juicio de identidad, desconociendo en su demostración no solo el fundamento teórico y legal de este recurso extraordinario sino, además, el sustento conceptual del medio probatorio base del cargo, así el libelo aparente un cumplimiento formal de las exigencias propias para el ataque casacional por la vía indirecta.

2. En efecto, la prueba respecto de la cual dirige los reproches, es la indiciaria, y no obstante que como premisa de la reiterada enunciación de los cargos, que no demostración, se apoya en algunos conceptos doctrinales sobre la materia, a la hora de aplicar la teoría a la realidad probatoria dinamizada en el fallo del Tribunal, es manifiesta su inconsistencia al confundir los dos extremos estructurantes de esta prueba indirecta: el hecho indicador y la inferencia lógica, ya que indistintamente les da una u otra denominación, quedando todo convertido en simples afirmaciones de inconformidad, pues además, no demuestra, como también lo enfatiza el Delegado, la trascendencia de los ataques en el fallo impugnado.

3. Así y con estos inconsistentes supuestos enfrenta la problemática casacional, dividiendo los cargos en dos extremos: el uno referido a presuntos falsos juicios de existencia y el otro, a falsos juicios de identidad, método éste que tampoco respeta, permitiendo una mayor confusión a la hora de establecer el contenido y alcance de cada uno de ellos, toda vez que, además de fundir unos y otros en unas mismas argumentaciones, resulta desconociendo la autonomía de los medios probatorios y la dependencia de la prueba indirecta, que repercute en casación en la medida en que si de atacar el hecho indicador se trata, son los medios probatorios que lo sustentan los que se deben censurar, teniendo en cuenta la técnica

para ellos, y si es la inferencia lógica, igualmente y sin perder de vista sus limitantes, como también lo es, si el cargo va dirigido a la falta de razonamiento para inferir el indicio, que como lo ha precisado últimamente la jurisprudencia debe hacerse por la vía del error de hecho.

4. Además, es también necesario preanotar, que como reiteradamente y desde antiguo lo ha sostenido la doctrina de la Sala, cuando de atacar la prueba indiciaria se trata, el demandante no puede desconocer que por la naturaleza misma de este medio probatorio, los indicios se valoran en su conjunto y que por tanto es el vínculo que surge de la concordancia y convergencia de ellos, el que hace que la inferencia pase de la probabilidad a la certeza. Por tanto, si bien el ataque a los hechos indicadores debe ser independiente, esto no significa que el conjunto indiciario se cercene en su logicidad para hacerle perder el valor probatorio que solo adquiere fuerza de convicción si se valora globalmente.

5. En este caso, el demandante para cuestionar el fallo impugando parte de un falso supuesto, esto es, que el Tribunal sin elaborar el juicio lógico que le permitiera concretar la inferencia, decidió darle valor de indicio a los hechos indicadores, de ahí que haya omitido señalar las "normas de experiencia" que construye esta clase de prueba. Aquí, la confusión es evidente, ya que el hecho de que la doctrina y la jurisprudencia, y en fin el vocabulario convencional probatorio, denomine algunos indicios con el nombre que surge figurativamente de la conducta constitutiva del hecho indicador, no está significando que cuando a ello se recurre, fatalmente se esté confundiendo el indicio con el hecho indicador. Así, cuando se refirió el Tribunal al indicio de "ocultamiento de huellas" o al "de mala justificación", lo que debe entenderse es que ese ocultamiento de las huellas o esa mala justificación del delito, permiten inferir que el procesado participó en la comisión del hecho punible, que es lo que constituye el indicio, pero no lo que el recurrente sofísticamente propone.

6. De otra parte, cuando el libelista enuncia a manera de cargos, presuntos falsos juicios de existencia, es evidente que ni siquiera se aproxima a demostrarlos, pues fuera de que no especifica qué indicio ataca, si se tiene en cuenta que el soporte de la sentencia fue exclusivamente de este carácter, y que en estas condiciones sería realmente antitécnico y desenfocado pretender que con la sola afirmación genérica referida a dicha omisión probatoria se desquicie todo el supuesto fáctico de la sentencia, se desconoce además su trascendencia para quebrar el fallo objeto de impugnación.

En efecto, la mera afirmación sobre el desconocimiento en el fallo de los testimonios rendidos en la audiencia pública por las hermanas del procesado, Ana Mercedes y Adriana, de conformidad con los cuales, Orlando Castañeda Avila no pudo estar en el lugar y hora de los hechos en que le fue sustraído el automotor a Elkin Gabriel Hernández García, por

cuanto en ese día y hora se encontraba en una reunión familiar con ellas, ya que de haber sido valorados, se hubiese colegido "la inocencia del procesado", no satisface en manera alguna el deber que tenía en casacionista de cumplir con las preciadas exigencias técnicas, ni mucho menos evidencia yerro alguno en la sentencia.

7. Ahora, al pasar a los que denomina falsos juicios de identidad, procede a censurar el que dice se refiere al reconocimiento que en fila de personas hiciere Elkin Hernández, respecto del procesado, para afirmar una supuesta distorsión de este indicio, por cuanto el testigo dudó en dicha diligencia y no obstante su inseguridad, el Tribunal le dio la fuerza probatoria suficiente para a partir de allí estructurar un indicio contingente en contra del procesado. No obstante esta afirmación, en el mismo contexto de su argumento, procede a considerar este hecho como indicio, e indistintamente le da uno y otro tratamiento.

8. De todas maneras y teniendo en cuenta que, como es lo que corresponde, el reconocimiento fue valorado como hecho indicador en la sentencia, y el demandante no señala ni menos demuestra en qué consistió esa distorsión, es lo cierto que el Tribunal respetó su contenido objetivo. En efecto, al apreciar esta prueba, expresó:

"*A fortalecer ese acervo probatorio concurre el hecho de que el señor Elkin Hernández, propietario del Renault 9, objeto material del delito de hurto investigado, reconoció al procesado Orlando Castañeda Avila como uno de los sujetos que esgrimiendo armas de fuego lo despojaron del referido automotor, reconocimiento que aunque no fue contundente, sí señaló a quien verdaderamente tenía el auto hurtado*" (f. 25 Cdno. Trib.).

No desconoció entonces el ad quem que el testigo fue vacilante al señalar dentro de la fila de personas, a quien resultó ser Orlando Castañeda Avila; por ello, reiteradamente advirtió que el reconocimiento no fue contundente, que al principio el ofendido no fue muy seguro, concluyendo que "el resultado es el que da la fuerza probatoria a esta diligencia, porque a quien el denunciante señaló en esa diligencia, resultó ser Orlando Ovalle (sic) quien tenía en su poder el auto que le había sido hurtado al citado señor"; esto es, que dicha fuerza probatoria está en la coincidencia entre el reconocido y el investigado, pues el testigo afirmó que: "...me parece que la tercera de las personas que me presentaron de izquierda a derecha puede ser o pudo ser uno de los asaltantes (...) No es ese el que me parece", pero agregó: "... y el que acabo de reconocer fue la persona que se subió al carro y lo manejó" (f. 39).

Huelga anotar que como el cuestionamiento termina haciéndose del hecho indicador, esto es, al reconocimiento, no era necesario para el Tribunal especificar para su valoración norma de experiencia común alguna.

9. Igualmente y como falsos juicios de identidad se refiere el casacionista a los indicios que denomina la sentencia "supresión de huellas materiales

del hurto" y "mala justificación", haciendo consistir el hecho indicador del primero en el hallazgo de los documentos falsos con que el procesado pretendía demostrar la propiedad del automotor y el segundo, en no haberse identificado al "supuesto personaje" que dijo su defendido le había vendido el vehículo. Estos dos sustentos fácticos, dice fueron distorsionados por el Tribunal al no haber valorado los testimonios de Ana Mercedes y Adriana Castañeda, ya que de haberlo hecho, se hubiera concluido la inocencia de Castañeda Avila.

Como se ve, en este cargo lo que hace el demandante es volver a la primera censura, pues lo que realmente ataca es la no valoración de dichas declaraciones, que serían atacables por error de hecho por falso juicio de existencia, con el agravante de que inusitadamente mezcla la pretendida distorsión probatoria, que en ninguna forma demuestra.

10o. Pero además, es que resulta incomprensible que se pretenda desvirtuar el indicio derivado de la tenencia de los documentos fraudulentos, que tipificó el delito de falsedad material de particular en documento público y que no ataca el actor, con las declaraciones de las hermanas Castañeda Avila que ni siquiera se refirieron al mismo y a quienes nada les consta sobre ese particular.

11. En igual sentido, y en cuanto al indicio de mala justificación, si bien el procesado reconoció en su injurada, que cuando realizó la transacción del automotor hizo un documento manuscrito sobre el particular, lo cierto es nunca lo aportó y además, fue imposible la identificación y la ubicación del supuesto vendedor, ya que tales datos en modo alguno fueron suministrados por Castañeda Avila.

Y es que por más que el demandante se esfuerce en su antitécnico escrito en afirmar la absoluta falta de prueba para condenar a Orlando Castañeda Avila, lo cierto es que se muestra acertada la construcción de la prueba circunstancial levantada en su contra por el fallador, pues en el proceso se demostró que al encausado se le encontró en su poder el vehículo hurtado "totalmente desvalijado"; que portaba unos documentos falsos con los que pretendió presentarse como propietario legítimo del mismo; que luego del accidente buscó huir, lográndose su captura por la colaboración de varios taxistas; que el reconocimiento, así no hubiese sido contundente, de alguna manera lo ubicó como participante en el hurto con violencia, desvirtuándose con ello las explicaciones dadas en la indagatoria, integrándose una cadena causal indiciaria concordante y convergente, que permanece incólume ante las versiones mendaces de las declarantes, con las que el casacionista pretende sustentar el reproche.

Los cargos no prosperan.

Por lo expuesto, la Corte Suprema Justicia, Sala de Casacion Penal, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

No casar el fallo impugnado.

Devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

CUMPLASE.

Carlos Augusto Gálvez Argote, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Enrique Córdoba Poveda, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos Eduardo Mejía Escobar, Dúlimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

UNIDAD PROCESAL/ IMPEDIMENTO/ NULIDAD/ DEBIDO PROCESO/ FALTA DE MOTIVACION DE LA SENTENCIA

El principio de unidad procesal consagrado en el artículo 88 del Código de Procedimiento el cual reproduce el 14 del código vigente para la época de la investigación y calificación de este sumario, no es absoluto. Su desconocimiento tampoco genera, de suyo, nulidad de la actuación cumplida. Para que su inobservancia afecte la validez de los actos procesales, se requiere que lesione las garantías fundamentales, según lo establece el mismo precepto.

Cuando la incorrección sobreviene por falta de vinculación al proceso de uno o varios partícipes del hecho punible, muy excepcionalmente podría originarse nulidad por afectación de los derechos fundamentales de quienes están siendo procesados, dado que la responsabilidad penal, por principio, es individual y su declaración, por ende, no requiere la concurrencia de todos los partícipes.

2. No es lo mismo que una decisión judicial adolezca de defectos de motivación, por ser deficiente, ambivalente o contradictoria, a que el censor no esté de acuerdo con la motivación que contiene por considerarla equivocada o injusta. En el primer caso, el error será de actividad, susceptible de ser atacado dentro del marco de la causal tercera, mientras que en el segundo será de juicio, tema a ser planteado dentro del ámbito de la primera. Por ende, atenta contra el principio de no contradicción y la autonomía de las causales, mezclar, dentro de un mismo reproche, argumentaciones de una y otra índole.

3. El silencio en relación con un impedimento existente, no vicia de nulidad la actuación del funcionario judicial en quien concurre la causal, puesto que el desconocimiento de esta obligación puede ser suplida por los sujetos procesales acudiendo al instituto de la recusación, además de que la ley procesal establece correctivos propios (art. 114 C. P. P.), distintos de la rescisión de la actuación, de carácter disciplinario e inclusive penal, según el caso (Cfr. Sent. de no. 23/89, Mag. Pte. Dr. Gómez Velásquez y Auto de abril 14/94, Mag. Pte. Dr. Duque Ruiz, entre otras).

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

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

Aprobado acta No. 116.

Proceso No. 10632.

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de 12 de octubre de 1994, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta condenó al procesado JAIME CARDENAS SERPA a la pena principal privativa de la libertad de veintiocho (28) meses de prisión, como responsable del delito de homicidio culposo.

ANTECEDENTES

El 4 de octubre de 1990, aproximadamente a las 10:30 de la noche, en la discoteca Génesis del Municipio de Guamal (Magdalena), José Luis Cantillo Montenegro, administrador del establecimiento, recibió un disparo de arma de fuego en el rostro, que determinó horas después su deceso.

En el lugar se encontraban Jaime Cárdenas Serpa, quien portaba el arma con la cual se causó la herida, Gonzalo López Rodríguez, para entonces Juez Segundo Civil del Circuito de El Banco (Magdalena), Luis Eduardo Carvajal Saucedo, Juan Manuel Cadena Alfaro y Parménides Sánchez Rangel.

El Juzgado Promiscuo Municipal de Guamal inició la investigación por estos hechos y vinculó al proceso mediante declaración indagatoria a Jaime Cárdenas Serpa, quien, en su primera versión, manifestó que al llegar al establecimiento dio a guardar un maletín y una pistola calibre 3.8, y que al reclamarlos, cuando se disponía a dejar el lugar, al administrador se le cayó el arma, produciéndose el disparo que le causó la muerte. Después, en ampliación de indagatoria, explicaría que entre el doctor Gonzalo López Rodríguez y Luis Eduardo Carvajal Saucedo se presentó una discusión que terminó en agresión física, y que él, con el ánimo de calmarlos, hizo un disparo al aire, pero que el doctor López Rodríguez se le abalanzó a quitarle el arma para utilizarla contra Carvajal Saucedo, quien salió corriendo, y que por evitar que se la quitara se presentó el segundo disparo, que hizo impacto en el cuerpo del administrador, (fls.4, 22 y 156-1).

En términos similares a esta segunda versión, había declarado en el proceso Juan Manuel Cadena Alfaro (fls.43 y 107). Otro de los testigos, Parménides Sánchez Rangel, relata los momentos previos a los disparos, hasta cuando se presentó el problema entre el doctor Gonzalo López Rodríguez y Luis Eduardo Carvajal Saucedo, pues afirma que cuando las detonaciones se escucharon, se hallaba en el baño (fls.44-1).

Luis Eduardo Carvajal Saucedo y Gonzalo López Rodríguez, a quienes se les escuchó bajo juramento, aceptan que entre los dos se presentó un problema, pero difieren en cuanto al desenlace de los hechos. El primero, dice que Jaime Cárdenas Serpa hizo inicialmente un disparo por detrás de ellos, y que como el doctor López Rodríguez le pedía el arma para matarlo, decidió salir corriendo, porque no se iba a dejar matar, habiendo escuchado una segunda detonación cuando abandonaba la discoteca (fls.35-1).

El doctor López Rodríguez, asegura que solamente hubo un disparo, mucho después de que Carvajal Saucedo se retirara del lugar, hecho a espaldas suyas, y que minutos más tarde se dio cuenta que había un herido, al cual trató de auxiliar (fls.65).

Por auto de 9 de octubre de 1990, el Juzgado Promiscuo Municipal de Guamal dictó medida de aseguramiento de detención preventiva contra Jaime Cárdenas Serpa, por el delito de homicidio (fls.50-1). Posteriormente, el sumario sería enviado al Juzgado Tercero de Instrucción de El Banco para que prosiguiera la investigación (fls.112 y ss).

En el proceso aparece la constancia de que el Juzgado Noveno de Instrucción Criminal Ambulante, a cuyo cargo estuvo durante un tiempo la averiguación, expidió copias al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta para que investigara penalmente la conducta del doctor Gonzalo López Rodríguez, en atención a su condición de Juez de la República, y que el Juzgado Tercero de Instrucción Criminal de El Banco, adonde el Tribunal, después de practicar pruebas, remitió las diligencias por competencia, se abstuvo de iniciar sumario por auto de 19 de julio de 1991 (fls.153, 163, 259-1).

Cerrada la investigación, se la calificó con resolución acusatoria por el delito de homicidio en modalidad culposa, mediante proveído de 1° de noviembre de 1991 (fls.275 y ss).

Rituada la causa, el Juzgado Tercero Penal del Circuito de El Banco, mediante sentencia de 5 de julio de 1994, condenó al procesado Jaime Cárdenas Serpa a la pena principal de 28 meses de prisión, multa de tres mil pesos y suspensión por un año en el ejercicio del cargo desempeñado, y a las accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas y suspensión de la patria potestad por el mismo término de la pena privativa de la libertad, como autor responsable del delito de homicidio culposo (fls.364 ss-2).

Impugnado este fallo, el Tribunal, mediante el que ahora es objeto del recurso extraordinario de casación, lo confirmó, con exclusión de la pena de suspensión en el ejercicio del cargo, la cual revocó por no guardar relación la conducta ilícita con la actividad laboral que el acusado venía desarrollando. Adicionalmente, dispuso la expedición de copias para in-

vestigar el posible delito de porte ilegal de armas, y para que la Fiscalía estudie la posibilidad de revocar el auto inhibitorio de 19 de julio de 1991, frente a la eventual concurrencia de causas culposas (fls. 9 y ss. del cuaderno No. 3).

LA DEMANDA

Tres cargos con apoyo en la causal tercera de casación, y dos con fundamento en la primera, presenta el casacionista contra la sentencia impugnada.

Causal tercera

Cargo primero: Violación del derecho de defensa, por rompimiento de la unidad procesal, derivada de la no vinculación al proceso del doctor Gonzalo López Rodríguez, quien, al tratar de arrebatarle el arma a su representado, produjo la muerte del administrador.

A pesar de ello, no fue vinculado al proceso mediante indagatoria ni declaración de persona ausente, y, extrañamente, sin mediar esa vinculación, es excluido de toda responsabilidad en la resolución de acusación por el Juez Instructor, quien es su copartidario y amigo.

Esto, afectó el derecho de defensa de Cárdenas Serpa, porque los funcionarios judiciales, en afirmaciones "sofísticas y mendaces", señalan que fue éste el causante del segundo disparo, cuando opuestamente era quien evitaba que se usara el arma (fls.38-3).

Apoyado en los artículos 29 de la Carta y 220-3 del Código de Procedimiento Penal, pide que se decrete la nulidad de la actuado a partir de la calificación del sumario, con el fin de que se vincule al doctor Gonzalo López Rodríguez.

Cargo segundo: Violación del debido proceso por indebida motivación de la resolución de acusación y las sentencias de instancia. Sostiene el impugnante que en estas decisiones se dejó de analizar la cuestión fáctica, pues, la primera, lejos de ocuparse de su defendido, lo hizo del doctor López Rodríguez para excluirlo de toda responsabilidad en los hechos, sin entrar a precisar las causas del disparo. Y, la sentencia de segunda instancia, que se pasea en citas de persuadores, no hace más que confirmar al a quo, sin hacer un "justo análisis fáctico y jurídico del hecho. Se está condenando a quien no merece condena y al responsable simplemente se le pide sea investigado" (fls.39-3).

Cargo tercero: Violación del debido proceso, por encontrarse la Juez Promiscua Municipal de Guamal impedida para conocer de la actuación, por cuanto en los hechos aparecía comprometido el doctor Gonzalo López Rodríguez, Juez Primero Civil del Circuito de El Banco, quien era su superior funcional en materia civil.

Igual acontecía con el Juez que calificó el mérito del sumario, con quien el implicado doctor López Rodríguez tenía vínculos de colegaje, paisanaje y de partido. El Circuito de El Banco no debió ser la sede de este juicio, porque allí el otro acusado era Juez. Esto determinó que a su protegido, quien tenía derecho a un juicio justo e imparcial, se le condenara a sabiendas de que fue el doctor López Rodríguez quien trató de arrebatarle el arma.

Pide que se decrete la nulidad de lo actuado a partir de la clausura del sumario, para que se haga una investigación plena e integral.

Causal primera

Cargo primero: La sentencia es violatoria de los artículos 29 de la Constitución Nacional y 40 del Código Penal, por errores en la apreciación de la prueba, al estimar el fallador que se da "la culpabilidad a título de culpa y no de caso fortuito" (fls.40-3).

Dice que si se miran las pruebas obrantes en el proceso, se advertirá que el problema se presentó entre el doctor Gonzalo López Rodríguez y Luis Eduardo Carvajal Saucedo, y que su defendido se limitó a hacer un disparo al aire para calmar los ánimos. Quizás esto estimuló a López Rodríguez, pero lo cierto, de acuerdo con la prueba, es que quien trató de quitarle el arma y quería matar a Carvajal Saucedo era el Juez. Se pregunta, entonces, ¿dónde está la culpabilidad culposa de mi defendido? (fls.41 ibidem).

Cargo segundo: Se presenta como subsidiario del anterior. Se hace consistir en violación directa de la ley sustancial, por desconocimiento del "principio de legalidad en lo que se refiere al principio In Dubio Pro Reo" (fls. 41 ibidem).

Para el impugnante, la compulsa de copias contra el Juez López Rodríguez en la sentencia impugnada, está mostrando que algo tiene que ver con los hechos. Los investigadores, calificadores y juzgadores, sostienen que fue su prohijado quien disparó el arma contra el occiso, pero sobre eso no hay certeza. Si se mira de nuevo "la película", se puede decir que el responsable del disparo fue el Juez López Rodríguez y no su defendido, y existiendo duda, no debió dictarse sentencia condenatoria sino absolutoria.

Pide que se case la sentencia recurrida y se dicte la que deba reemplazarla.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal sugiere a la Corte no casar la sentencia impugnada, pues considera que ninguno de los cargos está llamado a prosperar.

Respecto de la nulidad por ruptura de la unidad procesal, sostiene que el artículo 14 del estatuto de 1987, reproducido por el 88 del actual, es explícito en señalar que tal fraccionamiento no genera nulidad de la actuación siempre que no afecte las garantías constitucionales, es decir el debido proceso y el derecho de defensa, de donde ninguna incidencia procesal tiene, que se deje de vincular una persona cuando dicha vulneración no se presenta, posición que respalda con doctrina de esta Sala.

Sostiene que el Tribunal deslinda acertadamente la responsabilidad del procesado, dentro del ámbito de la culpabilidad culposa, y que no es que se quiera entronizar la impunidad respecto de personas no vinculadas y que puedan tener alguna responsabilidad individual de tipo penal por razón de comportamientos jurídicamente reprochables, porque la Procuraduría puede pedir que se expidan copias, o el funcionario ordenarlas de oficio. Por tal motivo, considera acertada la decisión del ad quem de expedir copias para "que se determine la responsabilidad penal de las personas no vinculadas y por hechos presuntamente dejados de investigar" (fls.16 cd. Corte).

En cuanto a la nulidad por falta de motivación de la resolución acusatoria y las sentencias de instancia, concluye, después de transcribir apartes de cada una de estas decisiones judiciales, que la alegada irregularidad no existe.

Y, al referirse a la nulidad del proceso por estar los funcionarios instructores impedidos para aprehender su conocimiento, sostiene, luego de hacer hincapié en la oportunidad procesal para proponer su recusación, que el casacionista no prueba en forma alguna que su defendido haya resultado lesionado en sus garantías fundamentales; ni se advierte de qué modo sus actuaciones estuvieron precedidas de parcialidad, de manera que hayan afectado los derechos del acusado, "pues, deslindados los ámbitos de reponsabilidad penal, la presunta parcialidad generadora del impedimento que censura el casacionista, se presentaría respecto del Juez Gonzalo López Rodríguez mas no de su prohijado Jaime Cárdenas Serpa" (fls.19 ibidem).

Sostiene que, dentro de este contexto, no le asiste legitimidad al casacionista para hacer este tipo de alegaciones, en cuanto que el acto que ataca no le causa ningún agravio.

En relación con el cargo planteado al amparo de la causal primera, por violación de los artículos 29 de la Carta y 40 del Código Penal, la Delegada advierte ab initio lo equívoco del planteamiento, al incluir la demanda a un mismo tiempo alegaciones propias de errores in procedendo y errores in indicando.

Complementariamente, sostiene que, a pesar de que el casacionista no individualiza técnicamente el cargo planteado, es posible colegir que

proponc un error de hecho generado por un falso juicio de identidad, por errónea apreciación de la prueba. No obstante, no identifica los elementos de convicción indebidamente apreciados, ni la injerencia del yerro en el fallo, sino que se limita a plantear una serie de aseveraciones personales respecto de la ocurrencia de los hechos y la evaluación de la prueba realizada por el fallador, sin concretar el cargo. Además, no indica la consecuencia del supuesto yerro alegado, y confunde de modo impropio en su disertación las formas de culpabilidad previstas en el artículo 35 del Código Penal con las causales excluyentes precisadas en el artículo 40 ibidem.

Al analizar el último cargo, presentado también con fundamento en la causal primera, por violación directa de la norma que consagra el principio in dubio pro reo, y desconocimiento del artículo 29 de la Carta, la Delegada retoma lo dicho sobre la indebida presentación de estas dos proposiciones. Al margen de esto, el recurrente no precisa técnicamente el cargo que postula, ni señala el sentido de la violación, lo que genera por sí solo la improsperidad del reproche.

Dice que cuando la censura se hace consistir en violación directa de la ley sustancial, es lo propio prescindir de la estimación probatoria, pero que el censor no lo hace, puesto que invita a la Corte a revisar el proceso para que declare que no fue el procesado, sino otra persona, el responsable del disparo que segó la vida de Cantillo Montenegro. De allí que el planteamiento correcto, hubiera sido por la vía indirecta, con indicación del error de hecho o de derecho que redundó en la falta de aplicación o aplicación indebida del precepto de la duda, y el lleno de los requisitos técnico formales precisados por la doctrina y la jurisprudencia (art.445 C. d P. P.).

Destaca, finalmente, que ninguno de los fallos de instancia se fundamentó en la duda, y que, por ende, no cabe pensar en violación de la ley sustancial, por cuanto cualquier incertidumbre quedó excluida cuando se dedujo responsabilidad al acusado a título de culpa (fls.5 a 26 del cuaderno de la Corte).

Se considera

Por consultar la prioridad con que han de ser examinados los cargos en el recurso de casación, la Sala aprehenderá el estudio de la demanda en el mismo orden propuesto por el actor.

Causal tercera

Cargo primero: Ruptura de la unidad procesal.

El principio de unidad procesal consagrado en el artículo 88 del Código de Procedimiento -el cual reproduce el 14 del código vigente para la época de la investigación y calificación de este sumario-, no es absoluto.

Su desconocimiento tampoco genera, de suyo, nulidad de la actuación cumplida. Para que su inobservancia afecte la validez de los actos procesales, se requiere que lesione las garantías fundamentales, según lo establece el mismo precepto, demostración que no intenta el impugnante.

Cuando la incorrección sobreviene por falla de vinculación al proceso de uno o varios partícipes del hecho punible, muy excepcionalmente podría originarse nulidad por afectación de los derechos fundamentales de quienes están siendo procesados, dado que la responsabilidad penal, por principio, es individual y su declaración, por ende, no requiere la concurrencia de todos los partícipes.

Ahora bien, si lo que se pretende plantear es una nulidad por violación al derecho de defensa, por no haber sido incorporada al proceso la declaración del doctor Gonzalo López Rodríguez, siendo fundamental para la determinación de la responsabilidad del procesado, el cargo tampoco tendría posibilidad de salir adelante, porque su testimonio obra en el expediente.

Cuando más, podrá sostenerse que el funcionario instructor se equivocó al no ordenar su vinculación al proceso, pero este desacierto no puede erigirse en motivo de invalidación de la actuación procesal subsiguiente.

Nótese que el doctor Gonzalo López Rodríguez, a quien el demandante señala como autor del hecho, si bien no fue oído en declaración indagatoria, lo fue dentro del mismo como testigo, de donde se sigue que el juzgador pudo conocer y analizar su versión, y que la defensa tuvo la oportunidad de controvertirla, no solo a lo largo del proceso sino en el momento mismo de su producción, pues en ella estuvo presente el abogado de Cárdenas Serpa (fls.65-1). De suerte que ningún perjuicio puede alegarse por la circunstancia analizada. Mucho menos, si se tiene en cuenta que en el lugar de los hechos se hallaban otras personas, que declararon sobre la forma como éstos tuvieron ocurrencia (fls.65- 1).

No se escapa, que el error realmente denunciado a través de este reparo, más que de actividad procesal sería de apreciación probatoria, naturaleza que se pone en evidencia en el desarrollo de la censura cuando el recurrente manifiesta que los funcionarios judiciales, "en afirmaciones sofísticas y mendaces señalan que fue mi defendido el causante o autor del segundo disparo", ataque que, por estructurar un error in iudicando, que no in procedendo, debió haberse planteado por la vía de la causal primera, cuerpo segundo.

Y, si de lo que se trata, es de cuestionar la decisión inhibitoria proferida por el Juzgado Tercero de Instrucción Criminal de El Banco en favor del doctor Gonzalo López Rodríguez, dentro de la actuación preliminar iniciada con base en las copias enviadas por el Juzgado Noveno de Instrucción Criminal al Tribunal Superior, como parece colegirse del desa-

rrollo de la censura, baste decir que tal inconformidad debió expresarse en oportunidad, dentro de la actuación respectiva, no ahora en sede de casación, puesto que a través de este recurso solamente es posible atacar la legalidad de la sentencia, la cual constituye su objeto.

No prospera la censura.

Cargo segundo: Defectos de motivación de la resolución acusatoria y las sentencias.

No es lo mismo que una decisión judicial adolezca de defectos de motivación, por ser deficiente, ambivalente o contradictoria, a que el censor no esté de acuerdo con la motivación que contiene por considerarla equivocada o injusta. En el primer caso, el error será de actividad, susceptible de ser atacado dentro del marco de la causal tercera, mientras que en el segundo será de juicio, tema a ser planteado dentro del ámbito de la primera. Por ende, atenta contra el principio de no contradicción y la autonomía de las causales, mezclar, dentro de un mismo reproche, argumentaciones de una y otra índole.

En esta inconsistencia técnica incurre el censor, quien, en un mismo contexto argumentativo, propone indiscriminadamente ambas hipótesis, al sostener, de una parte, que la resolución de acusación y las sentencias no fundamentaron la cuestión fáctica, y de otra, que en el fallo del Tribunal no hubo un "justo análisis fáctico y jurídico del hecho" (fls.39-3).

Además de esto, el desarrollo del cargo es incompleto, puesto que a la genérica afirmación de que las citadas providencias carecen de motivación fáctica, porque los funcionarios no precisaron la causa del disparo fatal, no se agrega ninguna otra, ni siquiera en relación con las posibles incidencias de esta supuesta omisión en el ejercicio del derecho de defensa del procesado.

Al margen de estas inconsistencias de carácter técnico formal, se tiene que las críticas planteadas a través de este cargo no son ciertas, como lo destaca la Delegada en su concepto y lo confirma el contenido de las multicitadas providencias. En la resolución de acusación, por ejemplo, dentro del acápite que se denomina "PRUEBAS RECAUDADAS Y EVALUACION DE LAS MISMAS", el funcionario instructor hizo, entre otras, las siguientes precisiones al analizar la versión del procesado y su responsabilidad en los hechos:

"Si el doctor Gonzalo López se hubiera tirado sobre el cuerpo de Jaime Cárdenas Serpa, en virtud al peso con la contextura del Dr. Rodríguez, hubiera, tumbado o se hubiera llevado al suelo a Jaime Cárdenas que se la gana en altura o estatura pero no en peso y fijémonos que Cárdenas Serpa se encontra (sic) lo suficientemente con tragos por cuanto desde las 10 de la mañana estaba tomando cerveza en los kioscos del puerto de las Chalupas. Dice Cárdenas Serpa que el doctor Gonzalo López alcanzó a golpearlo

en la muñeca de la mano derecha al esgrimirlo con el arma. Se pregunta el Juzgado con qué golpeó Gonzalo López a Jaime Cárdenas por la mano derecha. De haberse producido un golpe fuerte o contundente en esta parte del cuerpo de Jaime Cárdenas, posiblemente en virtud a la razón natural atín (sic) raciocinio lógico, el arma se hubiera caído y posiblemente se hubiera disparado estando en las condiciones de inseguridad como lo anota el procesado. El imprudente fue el señor Cárdenas Serpa al hacer un disparo con arma de fuego pistola 9 mm, en un momento inadecuado: en un sitio que estaba en ese momento ocupado y utilizado por parroquianos o personas que se encontraban consumiendo trago; Jaime Cárdenas se encontraba entre amigos y precisamente por esta imprudencia del señor Cárdenas Serpa, se produjo el disparo que le causó la muerte al joven Jose Luis Cantillo Montenegro. El juzgado se pregunta por qué mintió el señor Jaime Cárdenas Serpa en su indagatoria inicial en un ámbito gradual que desvirtúa la totalidad de la situación en que dice se produjo el disparo para luego tratar de eludir una responsabilidad y tratar de compartirla con un tercero? Cierto es, que el procesado no estaba obligado a confesar en su injurada pero tampoco es prudente mentir en una forma tan palpable y prohiberante como lo hizo, para hacer ver inicialmente que se trataba de un accidente provocado posiblemente por la misma víctima o por un caso fortuito..."

"Se repite, Jaime Cárdenas fue imprudente al sacar una pistola y hacer un disparo al aire, lo cual enervó (sic) los ánimos de los que allí se encontraban habiéndose producido con posterioridad el hecho irreparable e irrefutable de la muerte violenta de Jose Luis Cantillo Montenegro" (fls.279 y 280-1).

Y, al concretar los cargos, puntualizó:

"*... de acuerdo con las pruebas aportadas y analizadas, Jaime Cárdenas Serpa es responsable por imprevisión de lo previsible; o sea por IMPRUDENCIA, en la muerte violenta de Jose Luis Cantillo Montenegro. Su conducta se ajusta a los preceptos del Libro Segundo Título XIII Capítulo Primero art. 329 del Código Penal, denominado homicidio culposo en armonía con el artículo 37 del Código Penal. Luego típica, antijurídica y culpable en grado de culpa ha sido la conducta asumida por Jaime Cárdenas Serpa, como autor material del delito de homicidio culposo*" *(fls.282-1).*

En el fallo de primera instancia, proferido por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de El Banco, se dijo:

"*De la declaración de Luis Eduardo Carvajal Salcedo y principalmente de la ampliación de indagatoria del sindicado le surge su responsabilidad porque su proceder imprudente motivó o trajo como consecuencia tan lamentable tragedia ya que si él no hubiera sacado y disparado la pistola que portaba en esas circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon los hechos no habría ocurrido la muerte del joven José Luis Cantillo Montenegro, a pesar de lo alegado por él en el sentido de que la pistola*

estaba desasegurada, con el gatillo montado y se le disparó la segunda vez al tratar de esquivar al doctor Gonzalo López, quien trató de quitársela y lo golpeó en la muñeca de la mano derecha donde tenía dicha arma, lo cual fue desvirtuado por el juez instructor. O sea que éste es un caso de culpa sin previsión o inconsciente porque el acusado no previó el resultado previsible aunque estaba en condiciones de preverlo; habiendo cometido un error de conducta por su imprudencia que tiene relación de causalidad con el resultado dañoso o muerte producida, lo cual una persona medianamente previsora y reflexiva se abstendría de realizar para evitar posibles consecuencias nocivas como la ocurrida.

"En el caso fortuito los efectos no son previstos ni humanamente previsibles; que pueden tener origen interno o externo imposible de evitar aún en caso de que sea predecible; de ahí que el hecho punible que nos ocupa no sea un caso fortuito" (fls.361-2).

Y, en segunda instancia, el Tribunal, al asumir el estudio del fallo en el punto objeto de la impugnación, fundamentalmente dirigida a reclamar el reconocimiento de un acontecer fortuito (fls.373-2), fue generoso en la exposición de los motivos por los cuales desechaba esa pretensión. En su análisis, que acompañó de citas y comentarios doctrinales, puntualizó:

"En tal virtud, Jaime Cárdenas no podía estar desenterado de que la discoteca Génesis era un sitio de diversión, donde concurren personas de diferentes sexos y edades a departir e ingerir bebidas alcohólicas, que es un lugar de escasa área donde la luz artificial es poca, circunstancia que no podía desconocer, se repite, porque lo visitaba con relativa frecuencia y, si así no fuera, es obvio suponer que esa clase de establecimiento se destinan a las actividades someramente relacionadas. Por otra parte, venía consumiendo cerveza desde las horas de la mañana de ese mismo día, sin atender el reglamento alusivo al porte de armas de fuego que prohibe llevarlas consigo donde se realiza una manifestación pública, en sitios cerrados donde es permitida la afluencia de personas sin restricción alguna, máxime si allí expenden sustancias embriagantes... Todo lo cual indica sin mayor esfuerzo, la forma culposa en que se comportó el defendido del recurrente.

"La falta de precaución o prudencia se hace más palpable y censurable, cuando a más de lo dicho, esgrime un arma al parecer de uso privativo de las fuerzas armadas, en los precisos instantes en que los ánimos de dos de los iniciales contertulios estaban altamente exacerbados y alterados, como consecuencia de la clase de ofensas infligidas recíprocamente. Aun cuando la intención en principio, fuera loable, el hecho de presentar armas en un momento tan inoportuno cual es, dentro de una discusión, resultaba a todas luces imprudente, desatinado e insensato; máxime, haciéndose notar, con tamaña detonación en recinto cerrado sin guardar la más mínima precaución, de que al eventual rebote del proyectil era previsible causar serias lesiones a cualquiera de los allí presentes, cuestión que era lógico prever

dada la permanencia de varias personas en el escenario de los trágicos acontecimientos.

"También, quedó demostrado para el sindicado sancionado, su inexcusable incuria e imprudencia al sacar su arma cuando se encontraba tan cerca de quienes discutían tan acaloradamente, quedando al descubierto dicha posesión cuando al hacer un disparo la hizo mas notoria, porque tal como ocurrió, era la oportunidad para que uno de los fogosos enfrentados, ambos, o cualquiera de los concurrentes ofuscado o llevado por los efectos del alcohol, hubiera procedido a despojarlo del arma con intenciones retaliativas o simplemente defensivas, bajo el equívoco de que la actitud de Cárdenas Serpa era directamente ofensiva. Consideraciones que unidas a las otras reflexiones dan margen suficiente para deducir sin mayor esfuerzo mental, un comportamiento totalmente imprudente por ser previsible la probable causación de algún mal a la integridad o salud de quienes allí se encontraban, derivado de lo riesgoso de aquella conducta en las eventualidades premeritadas.

"Siendo lo anterior tan cierto de ocurrir, como de ser completamente previsible, que dentro de una mente sensata no puede descartarse la probabilidad de un supuesto accidente, de donde debió el hoy condenado, suponer ante las eventualidades relatadas, la producción de un trágico resultado. El simple hecho de romper los lazos del autocontrol arriesgándose a hacerlo para emprender tan delicada y cuestionada actitud, es vulnerar o desconocer el deber de cuidado que la doctrina denomina culpa por asunción del riesgo.

"Empero, atreverse a lanzarse sobre riesgos innecesarios sin miramientos a descomplicadas normas de prudencia y cuidado objetivo, nacidos de una vida decantada a través de las situaciones de la interacción cotidiana, que suelen repetirse en el tiempo y en el espacio, determinan sin mayores argumentaciones ni apegos a profundas meditaciones, que la conducta sometida a estudio de la Sala es inconcusamente culposa...

"Lo anterior es predicable de Cárdenas Serpa, quien debió examinar y figurarse imaginando todas las posibles situaciones de peligro y, abstenerse de dar principio o iniciación siquiera a la conducta asumida, pero si se arriesgó, estaba en la obligación de tomar todas las precauciones que el caso exigía antes de aventurarse imprudentemente a desafiar un riesgo al cual no estaba obligado" (fls.15, 16 y 17 cuaderno No.3).

(...)

"Se plantea por la defensa un caso fortuito en la ocurrencia del trance cuando se realizaba el forcejeo, pero aquí no se parte del momento en que se oponía el uno al otro para ganar el arma, la situación analizada se circunscribe a los momentos que antecedieron a la lucha cuerpo a cuerpo, es el momento anterior que debe dirigir el criterio del juriscente para acertar sobre los orígenes del desencadenamiento culposo.

(...)

"Lo fortuito, en el ámbito jurídico, se tiene en consideración únicamente cuando existe una relación de causalidad entre la acción del hombre y el resultado. Esta figura solo tiene cabida cuando en la acción del sujeto agente no se puede ver ni dolo ni culpa, ya que nunca se quiso el resultado, ni lo ha causado por negligencia ni imprudencia. En pocas palabras, el caso fortuito se produce cuando ningún reproche, ni siquiera de simple ligereza, se puede dirigir contra el autor del hecho.

"Si el ilícito culposo consiste en acciones y omisiones voluntarias no maliciosas, penadas por la ley y perpetradas sin intención perversa, pero sin la debida diligencia, se ha de concluir, que la fortuitidad pretendida queda totalmente descartada por las razones en asaz esbozadas, mirado el problema en concreto y examinado el caso en su desarrollo histórico" (fls. 20 y 21-3).

Vistas estas transcripciones, que, se repite, son parte de los planteamientos hechos en la resolución de acusación y en las sentencias de instancia en relación con los hechos y la responsabilidad penal del procesado, no se entiende la razón de ser de la censura, salvo, claro está, que el recurrente, como lo deja traslucir en el desarrollo que de ella hace, no comparta la motivación de estas decisiones, situación que, como ya se anotó, nada tiene que ver con el cargo enunciado.

Ningún fundamento serio tiene, por tanto, este reparo.

Cargo tercero: No haberse declarado impedidos la Juez Promiscua Municipal de Guamal y el Juez Tercero de Instrucción Criminal de El Banco, existiendo motivo para hacerlo.

Ha de señalarse, en primer término, como ya lo ha hecho la Corte en otras oportunidades, que el silencio en relación con un impedimento existente, no vicia de nulidad la actuación del funcionario judicial en quien concurre la causal, puesto que el desconocimiento de esta obligación puede ser suplida por los sujetos procesales acudiendo al instituto de la recusación, además de que la ley procesal establece correctivos propios (art.114 C. P. P.), distintos de la rescisión de la actuación, de carácter disciplinario e inclusive penal, según el caso (Cfr. sent. de nov.23/89, Mag. Pte. Dr. Gomez Velázquez y Auto de abril 14/94, Mag. Pte. Dr. Duque Ruiz, entre otras).

En el primero de dichos pronunciamientos se dijo, por ejemplo, sobre este particular:

"El que los Magistrados no hubieran declarado su impedimento (art.535 C.P.P.), no lleva a caracterizar su actuación de inválida. El sistema imperante (hoy parcialmente modificado por el Decreto 1861/89, mira como desaconsejable (preconceptos, rutina, etc.) el que un funcionario actuante

en la etapa sumaria de algunos procesos, repita su intervención en la causa. Pero incumplida esta previsión, por desatención de sus autores, y también por las demás partes, quienes deben proceder a su recusación, el juicio no puede correr los mismos avatares de una falta de competencia objetiva (aspectos territoriales, funcionales, etc).

"En el evento de falta de competencia subjetiva, el legislador advierte motivos no convenientes para mantener su juzgamiento en cabeza de un determinado funcionario y propicia su separación. Pero no dándose ésta, por circunstancias que no envuelven un comportamiento delictuoso, debe mantenerse la eficacia de la actuación cumplida. La situación comentada no difiere, en su razón de ser del instituto de los impedimentos y recusaciones y por tanto en éste y en aquel otro aspecto debe asumirse una misma solución. Hay correctivos diferentes al de la invalidación del proceso rituado en contravención de estos preceptos y ellos se refieren, cuando hay causa fundada, al ámbito disciplinar".

Independientemente de esto, se tiene que los motivos presentados por el recurrente como de excusación, están lejos de aproximarse a las causales de impedimento previstas en el Código de Procedimiento Penal. Tan de bulto se presenta esta situación, que el censor, al desarrollar el cargo, no menciona las normas legales que respaldan su planteamiento, lo cual es apenas explicable, como quiera que ni el paisanaje, ni las coincidencias ideológicas, ni la relación funcional, están contempladas por la ley procesal como motivos de inhibición.

Por tanto, se desestima la censura.

Causal primera

Cargo primero: Violación de los artículos 29 de la Carta Política y 40 del Código Penal.

Nada más distante de lo que debe ser un planteamiento jurídico técnico en casación, que la alegación que presenta el impugnante en este ámbito. Dos proposiciones abiertamente contradictorias, sin ni siquiera desarrollar, es todo cuanto ofrece su contenido.

El quebrantamiento al debido proceso está erigido como causal de nulidad en el artículo 304,2 del Código de Procedimiento Penal. Por eso, su invocación en sede extraordinaria, debe hacerse por la vía de la causal tercera. A su turno, la violación del artículo 40 del Código Penal, por desconocimiento de una cualquiera de las causales de inculpabilidad allí previstas, procesalmente acreditada, sería un error de juicio, con asiento en la causal primera.

Como se puede observar, cada motivo esgrimido por el recurrente tiene su propia vía de ataque, y por ende, sus propias consecuencias jurídicas, por lo que resulta un contrasentido invocarlos simultáneamente, en

especial si la causa de la violación es la misma, como se plantea en el caso sub judice.

Es también evidente la falta de fundamentación de la censura, pues la afirmación relativa a que la acción sobrevino por caso fortuito, no tiene soporte distinto de la simple conclusión personal del libelista. Por parte alguna, identifica el error de apreciación probatoria en que pudo haber incurrido el fallador, si por omisión, suposición, tergiversación, indebida incorporación o falsa valoración, ni los medios de prueba sobre las cuales habrían recaído, como era su deber, si partía de enunciar violación a la ley sustancial proveniente de la apreciación probatoria.

Además, no deja de tener razón el representante del Ministerio Público, cuando sostiene que el recurrente inexplicablemente confunde las formas de culpabilidad con las causales que la descartan.

Inexaminable, por tanto, deviene esta censura.

Cargo segundo: Violación directa de la ley sustancial por desconocimiento del principio in dubio pro reo.

No mayor diferencia se advierte entre la sustentación de este cargo y el anterior. Todo el planteamiento se reduce a la afirmación de que "si se mira de nuevo la película", se puede decir que el responsable del disparo fue el Juez López Rodríguez y no el procesado, y que, en caso de duda, ha debido dictarse sentencia absolutoria.

Aun cuando este reparo, por su absoluta falta de fundamentación, no mereceria respuesta alguna, ha de decirse que la proposición del recurrente es equivocada, porque el ataque por violación directa presupone la aceptación de los hechos y las conclusiones probatorias de la sentencia, los cuales ab initio entra a desconocer. Es por esta razón, como se ha dicho, que una tal violación directa solamente puede presentarse cuando la sentencia reconoce que existe duda en el proceso sobre la materialidad del hecho o la responsabilidad del procesado y, a pesar de ello, el juzgador condena, situación que no se presenta en el caso en estudio.

Suficientes son estas consideraciones para que la censura sea rechazada.

Casación oficiosa

Insistentemente la Corte ha venido sosteniendo que la imposición de la pena accesoria de suspensión de la patria potestad debe ser motivada, puesto que su aplicación está deferida al criterio del Juzgador, quien al deducirla debe expresar las razones de su decisión, indicando la relación que la sanción guarda con el hecho que se imputa (art.52 Código Penal).

En el presente caso, se desconocen los motivos que los falladores de instancia pudieron haber tenido para la aplicación de esta pena acceso-

ria, ya que respecto de ella nada se dijo en las sentencias, y de la naturaleza y circunstancias del hecho punible, no surge la necesidad de su aplicación. Por esto, deberá invalidársele, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 228 del estatuto procesal.

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:

1. DESESTIMAR la demanda de casación presentada por el defensor del procesado Jaime Cárdenas Serpa.

2. CASAR PARCIALMENTE, de manera oficiosa, 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. CUMPLASE.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

POLICIA JUDICIAL/ ALLANAMIENTO

Es evidente que cuando el morador de un domicilio presta su autorización para el ingreso, no es indispensable que preceda orden judicial, porque dentro de la autonomía de los ciudadanos está la de permitir la entrada a las personas que ellos estimen, incluidos los representantes de la autoridad, es por ello que en tales circunstancias no se puede hablar de una diligencia irregularmente practicada.

"a) El allanamiento es la forma legal mediante la cual la autoridad pública penetra a determinados lugares que gozan de protección jurídica, contra la voluntad de sus moradores, con el fin de producir determinados resultados, entre otros, la captura de alguna persona, el decomiso de una cosa, el registro de un bien, la obtención de pruebas, el control de perturbación, etc.

"Entonces, una es la diligencia en sí y otra sus consecuencias... el allanamiento como tal debe ajustarse a esas exigencias legales para que traduzca todo su accesorio valor y mérito. Pero no debe tomarse como 'allanamiento' toda penetración a domicilio ajeno. Cuando surge la oposición a esta entrada, el recurso legal es el allanamiento, para lo cual se disponen, en el procedimiento, los requisitos propios que deben cumplirse. Pero cuando el morador del mismo accede voluntariamente, resulta improcedente esta preceptiva jurídica y la revisión que ese lugar privado carece de esta connotación.

"... De ahí que el Decreto número 1355 de 1970, artículo 73, señala que el 'acceso al domicilio o a sitio privado donde se ejerza trabajo o recreación familiar, requiere consentimiento de su dueño, o de quien lo ocupe', obtenido el cual no es dable hablar de 'allanamiento' propiamente, sino de una actividad policiva o judicial diferente que tiene una caracterización distinta y unas consecuencias diversas". (Sentencia 10 Sept./85, M.P. Gustavo Gómez Velásquez, G. J. CLXXXI p. 565).

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santafé de Bogotá D.C., ocho (8) de agosto de mil novecientos noventa y seis (1996).

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

Aprobado acta No. 116.

Proceso No. 9173.

VISTOS

Está acusada ante la Corte, la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Tunja, de fecha ocho (8) de septiembre de mil novecientos noventa y tres (1993), por medio de la cual se confirmó parcialmente el fallo dictado por el Juzgado Décimo Penal del Circuito de la misma ciudad, que condenó a CESAR HERNANDO MAHECHA GOMEZ Y a MARIO CARRILLO MAHECHA a la pena principal de veinte (20) años de prisión y a las accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas y suspensión de la patria potestad, como coautores de los delitos de homicidio agravado y hurto calificado y agravado.

El ad quem revocó la pena accesoria de suspensión de la patria potestad que le fuera impuesta a César Hernando Mahecha Gómez y la aprobó en lo demás.

Concedido el recurso extraordinario de casación y agotado el trámite pertinente, en el cual el Procurador Tercero Delegado en lo Penal solicita desestimar la demanda por fallas de técnica, ha de resolverse lo que sea de ley.

HECHOS

El día 14 de abril de 1991, en las horas de la noche, el señor Augusto Moreno Rojas, conductor del taxi distinguido con las placas XXA 322, de marca Renault 9, y su compañero Rafael Soto Suárez comunicaron por radioteléfono a la Agencia Copetrán de la localidad de Barbosa que salían para un viaje a la ciudad de Tunja, sin que se volviera a tener noticia de ellos.

Luego de la natural búsqueda por parte de sus parientes se les avisó por parte de la Policía Nacional que a la entrada de la población de Cómbita (Boyacá), había dos cadáveres cuyos rasgos coincidían con los de las personas que antes habían desaparecido.

ACTUACIÓN PROCESAL

Allegada la diligencia de levantamiento de los cadáveres, el Juzgado Décimo de Instrucción Criminal de Tunja dispuso adelantar indagación preliminar el día 16 de abril de 1991, ordenando entre otras pruebas la recepción de varios testimonios y la retención del vehículo de servicio público en que se transportaban las víctimas.

Con informe número 089, emitido por la Policía Nacional de la Estación de Barbosa el día 30 de mayo de 1991, se puso a disposición del instructor a Luis Alejandro Bolívar Ariza, Héctor Bolívar Suárez, Luz Fabiola Gómez Gómez y Angel Andrés Pardo y en ese mismo día se ordenó la apertura de la investigación.

Escuchados en diligencia de indagatoria, la situación jurídica fue resuelta con medida de aseguramiento de detención preventiva contra Héctor Bolívar Suarez, Luz Fabiola Gómez Gómez y Angel Andrés Pardo, como coautores de los delitos de homicidio y hurto calificado y agravado, y abstención respecto de Luis Alejandro Bolívar Ariza.

Posteriormente, el mismo despacho judicial dispuso la vinculación al proceso mediante indagatoria de otras personas, entre las que se encontraban Mario Carrillo Mahecha y César Hernando Mahecha Gómez.

Una vez oídos, también fue proferida en su contra medida de aseguramiento de detención preventiva, como coautores de los delitos de homicidio y Hurto calificado y agravado.

La investigación se cerró con auto del 9 de septiembre de 1991 y el 23 de octubre siguiente se calificó el mérito del sumario con resolución de acusación contra César Hernando Mahecha Gómez y Mario Carrillo Mahecha, como coautores de los delitos de concierto para delinquir, homicidio agravado y hurto calificado y agravado y contra el último también por porte ilegal de armas; contra José Enrique Galindo Mahecha, como coautor del ilícito de concierto para delinquir y se cesó todo procedimiento en favor de Luis Alejandro Bolívar Ariza, Héctor Bolívar Suárez, Angel Andrés Pardo, Luz Fabiola Gómez Gómez, José Onasis Gómez, Blanca Lucía Molina Sánchez y Aracely Osorio Bustos.

La demanda de constitución de parte civil, se admitió por auto del 3 de abril de 1992.

El Juzgado Décimo Penal del Circuito de Tunja, ante petición formulada por uno de los sujetos procesales en la diligencia de audiencia pública, decretó la nulidad de la resolución de acusación, el 28 de agosto de 1992, al estimar que al haberse imputado los delitos de porte ilegal de armas y concierto para delinquir se desconocieron las normas sobre competencia, atribuida a la justicia regional y, además, se cometieron otras informalidades que llevaron a la violación del derecho de defensa.

El proceso fue calificado nuevamente por la Fiscalía Novena Especializada, el 19 de octubre de 1992, con resolución de acusación contra César Hernando Mahecha Gómez y Mario Carrillo Mahecha como coautores de los delitos de homicidio agravado y hurto calificado y agravado.

Celebrada la audiencia de juzgamiento por el Juzgado Décimo Penal del Circuito de Tunja se pronunció la sentencia el día 26 de marzo de

1993, en la que se condenó a César Hernando Mahecha Gómez y Mario Carrillo Mahecha a la pena principal de 20 años de prisión y a las accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas por el término de 5 años y a la suspensión de la patria potestad por el mismo término. Igualmente se les condenó al pago de 1250 gramos oro como daños materiales y 500 gramos del mismo metal como daños morales.

Apelada la sentencia, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Tunja mediante la suya del 8 de septiembre de 1993, la confirmó parcialmente al revocar la sanción accesoria de la suspensión de la patria potestad que le fuera impuesta a César Hernando Mahecha Gómez.

LOS ARGUMENTOS DE LA DEMANDA

La defensora de los procesados formula dos cargos contra la sentencia de segunda instancia. El primero de ellos al amparo de la causal primera de casación, por la existencia de un error de derecho generado por un falso juicio de legalidad al haberse tenido en cuenta la diligencia de registro practicada en Zipaquirá por la policía, cuando ésta ya carecía de competencia para ello; puesto que el artículo 334 del Código de Procedimiento Penal vigente para la época de los hechos, los autorizaba en casos de urgencia o fuerza mayor acreditada, pero que se ha debido tener en cuenta que cuando ello sucedió el Juzgado de instrucción criminal había iniciado la investigación preliminar desde hacía cuarenta días, por lo cual el Comandante de Policía de Zipaquirá no podría por iniciativa propia practicar dicho registro.

Termina concluyendo que la referida diligencia debe desestimarse, por haber sido practicada sin la observancia de las formalidades esenciales para su validez.

El segundo cargo es formulado sobre la base de haber incurrido el sentenciador en error de hecho por falso juicio de identidad, al haberse cometido yerros en la apreciación de los medios de convicción

Muestra su desacuerdo con las reflexiones del Tribunal, cuando esta Corporación partiendo del hecho de que los procesados hubiesen estado el día del insuceso en Barbosa, concluyó que lo estaban preparando y que hacían parte de la banda de " los paperos", y con ello construyó de entrada los llamados indicios de preparación y de capacidad moral para delinquir.

Asevera, igualmente que no existe una sola prueba en este sentido y menos que no hubieran estado haciendo lo que ellos afirman, esto es jugando tejo y bañándose en el río.

Estima que se malinterpreta el testimonio de Nicolás Villamizar cuando se le pone a decir que al momento de despedirse los vio marchar hacia la agencia de Copetrán, cuando en realidad lo que le preguntaron fue dónde quedaba el terminal y que allí averiguaban dónde quedaba Copetrán.

Que en tales condiciones la consideración del Tribunal de que los procesados se marcharon en el taxi conducido por Moreno Rojas, no tiene sustento probatorio, porque ese aserto no lo afirma nadie y ello, además, contradice la costumbre que tenía el occiso de no transportar a ningún desconocido por fuera del predio urbano de Barbosa y que cuando ello ocurría iba hasta la agencia y comunicaba con quiénes y adónde viajaría.

Que si sus representados no conocían al taxista se debe concluir que viajaron con otras personas.

Igualmente estima que las afirmaciones del fallo en el sentido de que el occiso aceptó el viaje porque los vio con Onasis, no tienen respaldo procesal.

La aseveración del sentenciador de que en el taxi han debido viajar cinco pasajeros y el testimonio de María Esperanza Rueda Malagón de la cafetería de Arcabuco que testifica que sólo vio a cuatro pasajeros, los dos que reconoció por las fotos de la prensa y dos más que le parecieron menores de edad, lleva a la libelista a preguntarse ¿dónde estaba el quinto pasajero y si uno no viajó cuál de ellos era?

Destaca igualmente el interrogante que le suscita el hecho de que Villamizar afirme haberse despedido a las seis y media de la tarde, mientras que aparece demostrado que el occiso reportó el viaje por radioteléfono a las ocho u ocho y media de la noche. Entonces, qué sucedió en ese lapso?

En referencia al reconocimiento que hiciera María Esperanza Rueda Malagón dice que si bien es cierto que señaló en una fotografía a Hernando Mahecha Gómez, como una de las personas que estaban aquella noche en el taxi conducido por Moreno, también lo es que sostuvo que no estaba muy segura, situación que se confirmó en la diligencia de reconocimiento en fila de personas en la que mostró a una persona diferente.

En cuanto al testimonio de Pedro Nel García Gómez, quien depone que cuando regresaba a Barbosa vio el carro de Moreno a la altura de Ventaquemada, que le había pitado porque el conductor era amigo, pero que no le había respondido el saludo, considera que con esta declaración lo único que se prueba es que el automóvil era conducido hacia Bogotá pero no que dentro de él viajaban sus dos representados.

Con relación a la diligencia de allanamiento efectuada en la residencia de Blanca Lucía Molina Sánchez, sostiene que el Tribunal tuvo en cuenta lo afirmado por el agente Héctor A. Rojas respecto a haber hallado los documentos del taxi dentro de un canasto en una de las alcobas, pero que los demás policiales que intervinieron se limitan a decir que éstos fueron encontrados donde se practicó el registro " en una habitación de dicho domicilio ".

Advierte que no se estableció cuántas habitaciones tenía esa residencia, pero sí consta que en la misma había varios inquilinos y que por ello no se encuentra demostrado que los documentos hubieran sido encontrados en la ocupada por Mario Carrillo Mahecha.

Acepta que dentro del allanamiento realizado en Barbosa a la residencia de la familia Bolívar, en esta ocasión ordenado por un juez, fueron encontrados el buso y la tarjeta de identidad de uno de los occisos, pero que el Tribunal simplemente aludió a este hecho sin analizarlo, siendo que comprometía fundamentalmente a José Onasis Gómez G. y, además, existiendo contra él otros indicios, pues tenía relación con el occiso y, según la familia, era el único que podía esconder esos elementos allí.

Destaca que en la sentencia se haya resaltado que el vehículo pudo ser encontrado por la colaboración que Mahecha Gómez prestó al Teniente Aldana Avila, pero que ello tampoco sirve de fundamento para concluir que éste haya participado en la comisión de los hechos delictivos investigados, porque en relación con esta hipótesis existe la posibilidad del error.

Recuerda la presunción que existió en nuestra legislación cuando el objeto hurtado era encontrado en poder de una persona, pero que ésta ya no existe y, por tanto, no se puede deducir que por Mahecha Gómez haber entregado el taxi fue porque se lo hurtó.

Tampoco admite como evidencia la afirmación del Teniente Aldana Avila quien dijo que el procesado le manifestó que el vehículo se lo habían hurtado en los departamentos de Santander o Boyacá, pues ello puede obedecer a una información conocida previamente a la declaración.

Termina concluyendo que:

"La sentencia objeto del recurso no se adapta a estos requisitos pues en ella -y espero haberlo demostrado-, la condena de mis representados se fundamenta en meras suposiciones, y además, se pasan por alto múltiples aspectos favorables a su causa, precisamente porque el Tribunal apreció erradamente las pruebas, v. gr. en cuanto cimentó la incriminación en hechos que nada concreto prueban -como la presencia de aquellos en Barbosa el día de los hechos, y las premisas en que estructura los indicios de preparación, de la oportunidad para delinquir, de participación y de la capacidad moral, para delinquir-, mientras lo cierto es que los medios de convicción aportados al proceso, solamente permiten concretar, en definitiva: " Un indicio en contra de César Hernando Mahecha Gómez, consistente en la entrega que hizo del vehículo hurtado, bastante dudoso... y otro contra Mario Carrillo Mahecha, derivado de su residencia en la casa de Zipaquirá donde se encontraron los papeles del taxi hurtado y otros provenientes del hecho punible, también dudoso..."

Solicita se case la sentencia y se absuelva a los procesados.

OPINIÓN DEL PROCURADOR TERCERO DELEGADO EN LO PENAL

En referencia al primer cargo, estima que la censora está equivocada " pues la diligencia a que hace referencia fue traída al proceso por solicitud del Juez de Instrucción que tenía a cargo la investigación, mediante oficio del veinte de junio de mil novecientos noventa y uno (fl.302), lo que en manera alguna permite afirmar que hubiera sido ilegalmente aportada al proceso".

Estima igualmente equivocada la propuesta formulada por la impugnante sobre la invalidez de la diligencia de allanamiento, pues conforme a las estipulaciones del Decreto 050 de 1.987 la policía judicial tenía como una de sus atribuciones la de "practicar el registro de personas y de bienes muebles e inmuebles".

"Aparte de ello, no se puede olvidar que su práctica obedeció al conocimiento que se tenía de las operaciones que realizaban los integrantes de una banda a la que pertenecían los procesados, a efecto de lo cual los cuerpos investigativos de Boyacá, Cundinamarca, Santander y Barbosa debían realizár, por solicitud que les había hecho el juez de instrucción, todas las diligencias tendientes a su localización y recuperación de los objetos hurtados".

Destaca que por parte de la demandante no se tuvieron en cuenta todas las circunstancias contenidas en el fallo donde se enfatiza cómo por las investigaciones realizadas por la policía se había logrado capturar a varios de los miembros de la banda de " los paperos ", que ese día habían fallado en el intento de atracar una estación de gasolina y se les encontraron armas, habiendo sido capturados Mario Carrillo Mahecha y César Hernando Mahecha Gómez.

Observa igualmente que la diligencia de allanamiento no tuvo las características de una penetración forzada, sino que por el contrario la moradora les permitió voluntariamente el ingreso a los representantes de la autoridad.

"En efecto, de las declaraciones juradas de quienes participaron en las diligencias se desprende que para su práctica 'se cumplieron las formalidades' y que los agentes del orden acudieron al inmueble acompañados del Personero Municipal, funcionario éste que tiene asignadas las funciones de velar por el cumplimiento de la Constitución y la ley y de proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos quien no hizo manifestación alguna de que se hubieran vulnerado las normas pertinentes, con lo que se presume la legalidad de la actuación".

Recuerda jurisprudencia de la Corporación donde se hace alusión a la validez de los registros realizados con el consentimiento de sus moradores.

Termina solicitando no se case el fallo impugnado.

En referencia al segundo cargo dice que la censora menciona una serie de pruebas, sin que de ellas se puede determinar en qué consiste la supuesta tergiversación que anuncia. "En efecto, jamás demostró que el juzgador otorgara un alcance diferente al contenido material de las pruebas o que las pusiera a decir lo que en realidad no dicen".

"Antes que ello, terminó atacando la sentencia por falso juicio de convicción pues lo que cuestiona no son los hechos que se desprenden de las pruebas, sino el proceso de análisis que se efectuó sobre ellas".

Afirma que se limitó a decir que el sentenciador de segunda instancia había preconstituido los indicios de preparación y de la capacidad moral para delinquir, pero que el reproche así formulado le imponía demostrar la tergiversación que el fallador hizo de los hechos indicadores, pero no reprochar las conclusiones a las que llegó, porque finalmente lo que termina proponiendo son simples consideraciones de tipo personal.

"La censura no demuestra que el juzgador le hubiera otorgado un sentido objetivo diverso a lo que la prueba expresa de manera directa sin intermediación de inferencia o deducciones y así predicarse el falso juicio de identidad que se aduce".

"Así la actora dirige parte de su alegato a exponer lo que en su sentir se desprende de la prueba testimonial -que se ocupó de reseñar en la demanda- para concluir que el día de autos sus representados se dedicaron a realizar actividades 'diferentes a las que supone el Tribunal' (bañarse en el río, jugar tejo, etc) y sin más consideraciones asegura que no obra prueba en contrario"

Con respecto a los hechos indicadores sostiene que no menciona todos los que son conocidos en el proceso, ni demuestra que las bases del indicio fueron tergiversadas, para comprobar que las inferencias del juzgador carecían de respaldo fáctico.

Destaca cómo la providencia impugnada tuvo en cuenta lo manifestado, entre otros, por Héctor Bolívar, Flor María Suárez de Bolívar, Luis Alejandro Bolívar, Andrés Pardo, José Onasis Gómez.

Igualmente, la censora pretende demostrar que el único hecho indicador del que partió el juzgador es la declaración de Nicolás Villamizar, cuando la realidad es que se fundamentó en muchos otros, como el aviso que hizo por radio la víctima que se dirigía hacia Tunja, la declaración de los familiares sobre la información que obtuvieron en el peaje de Arcabuco, la diligencia de allanamiento donde se hospedaban los procesados, en la que se hallaron, entre otros efectos, documentos de identificación de una de las víctimas del hecho, y la declaración de María Esperanza Rueda Malagón, empleada de la cafetería El Encanto en la población de Arcabuco.

Lo anterior lo lleva a conceptuar que la demandante "se queda corta en sus argumentos, algunos de los cuales dedica a resaltar aspectos que

de resultar ciertos, en nada cambiarían el sentido del fallo; por ejemplo, que la afirmación del Tribunal consistente en que Moreno Rojas nunca transportaba extraños es contraria a los testimonios ya que, en su opinión, ello sirve para colegir que otras personas fueron las autoras de los hechos o bien, los interrogantes que no se despejaron, como el número de pasajeros que iban en el taxi, la hora de salida de los sentenciados, el reconocimiento fotográfico efectuado por la testigo María Esperanza Rueda".

Termina concluyendo que no se demostró y no existe ninguna tergiversación en el análisis probatorio porque "Como puede observarse, las inconformidades resaltadas no demuestran una tergiversación de las pruebas sino su clara intención de contraponer sus tesis a las del Tribunal, lo que sería suficiente para desechar el cargo".

Consideraciones de la Sala

El primero de los cargos formulados contra la sentencia es por el supuesto yerro cometido por los juzgadores al valorar la diligencia de allanamiento practicada a una residencia de Zipaquirá, en donde se encontraron los documentos de identidad de una de las víctimas y de otras personas que al parecer habían sufrido similares ataques, además de un vehículo hurtado, por cuanto se realizó sin las formalidades legales al no haber sido ordenada por un funcionario judicial.

Ante todo se debe afirmar que el día en que fue realizada la diligencia reprochada habían sido capturados, entre otros, los dos actuales procesados luego de un frustrado ataque a una estación de gasolina en esa misma ciudad y se les encontraron armas. Además se sabía de la existencia de una banda conocida como la de "los paperos", dedicada fundamentalmente al hurto de vehículos automotores, que en esos días había cometido numerosos hechos delictivos, por lo cual las autoridades de policía se desplazaron a la residencia de Santa Isabel, en donde estaban viviendo los procesados y se hallaron los elementos que se han destacado.

Es precisamente por estos antecedentes que los policiales se hicieron acompañar del personero municipal para que presenciara la realización de la diligencia y, previa autorización de la moradora de ese sitio, procedieron a practicar el registro con los resultados positivos ya mencionados.

Es evidente que cuando el morador de un domicilio presta su autorización para el ingreso, no es indispensable que preceda orden judicial, porque dentro de la autonomía de los ciudadanos está la de permitir la entrada a las personas que ellos estimen, incluidos los representantes de la autoridad, es por ello que en tales circunstancias no se puede hablar de una diligencia irregularmente practicada.

Como si ello no fuera suficiente a la diligencia asistió el Personero Municipal quien en su declaración informa que se les permitió el ingreso

de manera voluntaria y la diligencia se realizó sin ninguna clase de anormalidades.

En una oportunidad anterior la Sala se había pronunciado al decir sobre este aspecto:

"a) El allanamiento es la forma legal mediante la cual la autoridad pública penetra a determinados lugares que gozan de protección jurídica, contra la voluntad de sus moradores, con el fin de producir determinados resultados, entre otros la captura de alguna persona, el decomiso de una cosa, el registro de un bien, la obtención de pruebas, el control de una perturbación, etc.

"Entonces, una es la diligencia en sí y otra sus consecuencias ... el allanamiento como tal debe ajustarse a esas exigencias legales para que traduzca todo su accesorio valor y mérito. Pero no debe tomarse como 'allanamiento' toda penetración a domicilio ajeno. Cuando surge la oposición a esta entrada, el recurso legal es el allanamiento, para lo cual se disponen, en el procedimiento, los requisitos propios que deben cumplirse. Pero cuando el morador del mismo accede voluntariamente, resulta improcedente esta preceptiva jurídica y la revisión de ese lugar privado carece de esta connotación.

"... De ahí que el Decreto Nro. 1355 de 1970, art. 73 señala que 'el acceso al domicilio o a sitio privado donde se ejerza trabajo o recreación familiar, requiere consentimiento de su dueño, o de quien lo ocupe', obtenido el cual no es dable hablar de 'allanamiento' propiamente, sino de una actividad policiva o judicial diferente que tiene una caracterización distinta y unas consecuencias diversas" (Sentencia 10 Sept./85. M.P. Dr. Gustavo Gómez Velásquez, G.J.CLXXXI p.565).

En las condiciones anteriores y estando de acuerdo con el criterio del Procurador Tercero Delegado en lo penal se debe rechazar el cargo formulado.

El segundo cargo que se formula contra la sentencia de segunda instancia al amparo de la causal primera de casación, es porque a juicio de la recurrente el sentenciador incurrió en un error de hecho generado por un falso juicio de identidad, por distorsión de los medios probatorios en que se fundamenta la sentencia.

Se debe observar, en primer lugar, que la recurrente no realiza ningún esfuerzo por demostrar en qué consiste la tergiversación, sino que se limita a hacer una larga enumeración de medios probatorios y a sacar de ellas sus propias conclusiones y, como es apenas obvio, divergentes de aquellas a que arribaron los sentenciadores.

Es así como comienza su libelo diciendo que sobre la premisa de que los procesados estuvieron el día de los hechos en Barbosa, sumado a las

informaciones periodísticas de pertenecer a la banda de "los paperos", el Tribunal consideró que la razón de su estadía era para preparar el terreno de los hechos delictivos a cometer.

Es evidente que no se trata de ninguna tergiversación, porque está suficientemente demostrado no por uno, sino por una pluralidad de testimonios que los procesados permanecieron el día de los hechos en dicha población e, incluso, estuvieron en la casa de familia Bolívar, ubicada precisamente al frente de la de los Soto, la del joven acompañante del taxista que también sucumbió en el hecho criminal. En la casa de esa familia se encontró, posteriormente, el buso que el menor llevaba el día de su muerte y su tarjeta de identidad.

Es preciso destacar que Carrillo Mahecha ha venido negando sistemáticamente que hubiere estado ese día en Barbosa porque, como ya se dijo, con prueba testimonial plural se demostró lo contrario.

En esta casa vivía y trabajaba José Onasis Gómez, desvinculado de este proceso, pero capturado en Zipaquirá junto con los procesados, un mes más tarde de estos hechos, precisamente luego de la ocurrencia de numerosos delitos que se imputan a quienes hoy son procesados.

No se trata, entonces, solamente de la presencia de Carrillo y Mahecha en Barbosa el día de los homicidios, sino de la ubicación de la casa y las cosas que en la misma fueron encontradas, pues la familia Bolívar afirma que la única persona que podía ingresar tales elementos y esconderlos en el sitio donde fueron hallados, era José Onasis Gómez.

En el testimonio de Nicolás Villamizar pretende encontrar una tergiversación del hecho indicativo, en cuanto a que el Tribunal afirma que el deponente los vio marcharse con destino a las oficinas de Copetrán, cuando en realidad lo que dijo fue que le habían preguntado por el lugar que debían tomar para desplazarse al terminal, contestándoles que caminaran hasta la cuadra siguiente, subieran y que ahí averiguaban dónde quedaba Copetrán.

Es equivocada la postura de la censora, porque en primer lugar, como ya se expresó, no se trata del único testimonio que ubica a los procesados ese día en Barbosa y, en segundo lugar, indicarles dónde quedaba el terminal de transportes y obviamente el sitio donde les podían ubicar las oficinas de Copetrán, no constituye la tergiversación que la recurrente pretende demostrar, toda vez que, además, son otros los hechos indicadores que demuestran, sin lugar a dudas, la presencia de los procesados ese día en esa población.

La impugnante hace una serie de consideraciones muy subjetivas para sostener que como era costumbre de la víctima no viajar con personas desconocidas fuera del perímetro urbano, fueron otros ciudadanos distintos a los procesados los que viajaron con la víctima esa noche fatal. Cons-

trucciones que hace con reflexiones muy personales y acomodadas a las pretensiones de la censura, porque el hecho de que una persona asuma un comportamiento determinado, no quiere decir que siempre actúe así, porque la experiencia nos demuestra que pese a los hábitos que generalmente tienen todos los seres humanos, en ocasiones rompen con ellos y actúan de una manera diversa.

Además, no se pueden analizar los diversos indicios de una manera separada, como lo hace erradamente la demandante, porque los que construyó el sentenciador de instancia no se circunscribieron al hecho de que los procesados hubiesen estado en la población de Barbosa y fueran vistos desplazarse con dirección al terminal donde estaban ubicadas las oficinas de Copetrán, sino el haberse encontrado elementos pertenecientes a las víctimas en la casa, precisamente, donde habitaban los procesados y en la información detallada que suministró uno de ellos para encontrar el vehículo hurtado en un parqueadero público de la población de Pacho.

Los indicios cuando son plurales, como en este caso, tienen que ser analizados de manera conjunta y complementaria, porque separadamente el primero de ellos nos indica únicamente la presencia de Carrillo y Mahecha en Barbosa, pero unido a los demás nos ofrece conocimiento suficiente para concluir cuáles fueron las otras actuaciones cumplidas por ellos.

De todas maneras, no se debe olvidar que los procesados reconocen haber sido amigos de Onasis Gómez desde varios años atrás, que el día de los hechos estuvieron durmiendo en la casa de un cuñado del mismo, ubicada al frente de la de una de las víctimas, y que en tales circunstancias, como lo dijeron razonablemente las instancias, es perfectamente posible que por haberlos visto el taxista con una persona conocida, hubiera accedido a transportarlos fuera de la población sin realizar la conducta de prudencia a la que siempre estaba acostumbrado, esto es, ir hasta la oficina de Copetrán para informar para dónde y con quién salía.

En lo concerniente a la declaración de María Esperanza Rueda Malagón quien presta sus servicios en la cafetería de Arcabuco y que informó sobre la presencia de cuatro personas en ese establecimiento y no cinco como se supone que fueron los que realmente viajaron, ello no constituye ninguna tergiversación, porque es perfectamente posible que alguno se hubiera quedado en el vehículo o hubiese preferido aprovechar la parada para realizar otra actividad.

En cuanto al hecho de manifestar que no estaba segura que la fotografía que señaló fuera la correspondiente a una de las personas que esa noche estuvo en la cafetería por ella atendida, no reduce la credibilidad de este testimonio, sino que, por el contrario, da idea de su seriedad en cuanto a que no hace afirmaciones rotundas que en este caso serían dudosas, si se tiene en cuenta que en una ficha de carretera son muchas las

personas que una dependiente ve a diario y ello unido a la circunstancia de haber informado que de las cuatro personas que arrimaron dos eran muy jóvenes, uno de más o menos 14 0 15 años -cuando se sabe que una de las víctimas, precisamente el acompañante del taxista apenas tenía 16 años- refuerza el grado de convicción que en las instancias se le dio a la deponente.

Tampoco se observa distorsión en el contenido de la declaración de Pedro Nel García Gómez, taxista que al regresar hacia Barbosa vio el taxi de su amigo, razón por lo cual le pitó, pero sin que hubiera podido distinguir a sus ocupantes, y que lo que demuestra es que a esa hora el taxi seguía con destino a la ciudad de Bogotá.

Igualmente se le debe aclarar a la casacionista que el hecho de que no se haya precisado en qué habitación fueron encontrados los documentos pertenecientes a la víctima, ni cuántas tenía dicha residencia, son aspectos que no tienen mayor trascendencia, puesto que se encuentra fehacientemente demostrado que los procesados desde hacía cerca de un mes vivían allí, y la señora que permitió el ingreso de las autoridades fue clara en manifestarlo.

Pretender quitarle capacidad incriminatoria al hecho de haber sido uno de los procesados quien indicó a las autoridades dónde se encontraba el vehículo hurtado, peca contra la lógica, pues no obra en el proceso ningún elemento de convicción que lleve a conclusión distinta a la de que sabía dónde estaba el automotor, porque fue uno de los autores de los punibles juzgados.

No existe entonces ninguna tergiversación, pues los hechos indicadores son plurales y partiendo de ellos los juzgadores llegaron a conclusiones lógicas y a la certeza. La conjugación e ilación de la totalidad de los indicios que fueron tenidos en cuenta es suficiente para llegar, de manera inequívoca, a imputar la autoría y responsabilidad de los procesados en los hechos que fueron motivo de juzgamiento. Por lo mismo en la sentencia impugnada no se dieron los errores de legalidad y de identidad que formula la impugnante, por lo cual, y compartiendo el criterio del Procurador Tercero Delegado en lo Penal, los cargos formulados se deben rechazar.

Finalmente, no aparece diáfana la cesación de procedimiento proferida por el entonces Juzgado Décimo de Instrucción Criminal a favor de José Onassis Gómez Gómez, el 23 de octubre de 1991 (fls.525 y ss), si se tiene en cuenta que llevó a pernoctar a la casa donde vivía, la víspera de los hechos, a Carrillo y Mahecha, que pasó con ellos el día precedente a la noche del insuceso, que se señala como la persona que pudo haber llevado la cédula y el buso de una de las víctimas al inmueble donde vivía y que fue capturado con los citados procesados en la ciudad de Zipaquirá, cuando se movilizaban en un campero dentro del cual se encontraron armas de fuego sin salvoconducto.

Por tal motivo, se dispondrá la compulsación de copias para que los funcionarios competentes determinen si es del caso investigar al citado funcionario.

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

RESUELVA:

1.- NO CASAR el fallo impugnado.

2.- COMPULSAR las copias a que se hace referencia en la parte motiva.

Cópiese y devuélvase a la oficina de origen.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO/ RESOLUCION DE ACUSACION

Del texto del artículo 37 del Código de Procedimiento Penal, modificado por la Ley 81 de 1993, se infiere que su aplicación no supone negociación alguna, que los cargos tienen como único sustento las pruebas hasta ese momento legalmente incorporadas al expediente, y que la aceptación formal de éstos ante el Fiscal por parte del sindicado, sitúa ipso facto el proceso en el momento de dictar sentencia; sin que por ese hecho los actos procesales legalmente omitidos o las pruebas dejadas de practicar constituyan violación del debido proceso.

A partir de esos presupuestos, la equivalencia sugerida por el artículo 37B-2 del Código de Procedimiento Penal, entre el acta del artículo 37 y la resolución acusatoria, no puede entenderse en sentido distinto del que etimológicamente corresponde a la locución empleada por el legislador: valga decir que de "igualdad en el valor, estimación, potencia o eficacia de dos o más cosas" (Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española); pues, contrario al alcance que pretende el censor: con el apoyo cuando menos parcial de la Delegada, reclamando más que una equivalencia la formulación práctica de una resolución de acusación, lo que hace la norma es asimilar los efectos de dos actos que se saben disímiles, para que la sentencia tenga siempre como soporte una acusación legal, ya que es apenas obvio que la equivalencia se predique de cosas que no son idénticas entre sí.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santafé de Bogotá, D.C., ocho (8) de agosto de mil novecientos noventa y seis (1996).

Magistrado Ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda.

Aprobado por Acta No. 116

Proceso No. 9622.

Vistos

Decide la Sala el recurso extraordinario de casación interpuesto por el Procurador Judicial 173 de la Ciudad de Tunja en contra del fallo proferi-

do por el Tribunal Superior de ese Distrito el 23 de marzo de 1994, mediante el cual confirmó, ajustando a la legalidad la pena accesoria de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas, la sentencia anticipada del Juzgado Noveno Penal del Circuito de Tunja que condenó a Héctor Reyes Castillo a la pena principal de 134 meses de prisión, la accesoria ya indicada y el pago de los perjuicios morales y materiales tasados en 100 y 1000 gramos oro, respectivamente, por el delito de homicidio.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

A eso de las siete la noche del 9 de agosto de 1993 Héctor Reyes Castillo abandonó una tienda de la vereda "Páramo Centro" en el Municipio de Samacá, donde había estado departiendo con unos amigos, pasando a abordar el automotor en que se disponía a desplazarse. En ese momento recibió el reclamo airado de José Pastor Sánchez Sánchez, quien le expresó su inconformidad porque Reyes aún no respondía por el arreglo de las bicicletas de sus hijos y que había arrollado días antes con su vehículo, pero como respuesta el procesado disparó su revólver sobre Sánchez, causándole la muerte. El proyectil que impactó a la víctima siguió su recorrido, para terminar lesionando levemente a Nilson Sánchez.

Adelantadas las primeras diligencias por la Unidad de Fiscalía que practicó el levantamiento del cadáver, la actuación pasó a la Fiscalía Décima Especializada de Tunja donde se impartió la orden de apertura, para de allí adelantar la investigación, oyendo en ella la explicación injurada del procesado a quien le resolvió su situación provisional mediante detención preventiva por los delitos de homicidio y lesiones personales.

Conocida esta providencia y avanzando la instrucción con el recaudo de otros medios, entre ellos una diligencia de inspección y el acopio de las pericias sobre el reconocimiento de los ofendidos, el 9 de noviembre del mismo año en memorial suscrito conjuntamente por el procesado y su defensor, hizo el primero la manifestación expresa de acogerse a la sentencia anticipada reglada entonces por el artículo 37 del Código de Procedimiento Penal, bajo las modificaciones introducidas por la Ley 81 de 1993.

Citada la diligencia de audiencia para el día siguiente, a ella concurrieron el Fiscal, el procesado, su defensor y el Secretario, quedando expresa constancia en cuanto el funcionario titular hizo *"una síntesis del acervo probatorio, llegando a la conclusión de que el único responsable y autor de la muerte de José Pastor Sánchez Sánchez, es el hoy sindicado Héctor Reyes Castillo"*

El procesado a su vez admitió ser el *"responsable del hecho punible de Homicidio en la persona de José Pastor Sánchez Sánchez, por ser su autor"*, y el defensor añadió *"...que está de acuerdo con los cargos, su autoría y su responsabilidad en cabeza de su defendido."*

A continuación el Fiscal hizo "una explicación de los beneficios de la aplicación del Art. 37 del C.P.P., de los cuales dan su acuerdo y aceptación tanto el sindicado como su defensor" y remató con "una explicación de los pasos a seguir en el Art. 37 del C.P.P.", culminando allí la diligencia.

Por reparto ejerció el control de legalidad de la actuación el Juzgado Noveno Penal del Circuito de aquella misma ciudad, y como consecuencia expidió la sentencia anticipada del 29 de noviembre de 1993, mediante la cual condenó al procesado por el delito de homicidio, reconociéndole las rebajas proporcionales atinentes al artículo 37 del Código de Procedimiento Penal y a la presentación y confesión voluntaria del hecho (artículo 296 ibídem), lo que explica la tasación de la pena principal ya vista.

En contra de esta decisión interpusieron el recurso de alzada el procesado y el Ministerio Público, insinuando el primero que se había desatendido su actuar en legítima defensa, su falta de intención homicida en cuanto solo pretendía asustar a su oponente, y en el ámbito del procedimiento, por el hecho de no haber sido sometido a audiencia.

Por parte del Procurador Judicial se planteó que la sentencia se había proferido pretermitiendo el ejercicio cabal de la defensa que fue inactiva durante el curso de la audiencia, añadiendo que la Fiscalía había desconocido el artículo 37 del Código de Procedimiento Penal, en cuanto en él se imponía cumplir en aquel acto "los mismos requisitos de la resolución de acusación", pese a lo cual el acto no ilustraba un relato de los hechos, ni el resumen de las pruebas, ni la calificación del hecho.

Después de que el procesado cambiara su abogado, el nuevo representante adicionó la alegación básicamente sobre los mismos reclamos, pero el Juzgado sin dar explicación alguna solamente le concedió la alzada al Ministerio Público.

No obstante, al conocer de la apelación, tomó el Tribunal en cuenta los dos recursos propuestos, y de manera amplia y pormenorizada se refirió a las razones dadas por cada uno de los recurrentes. Así, por caso, le respondió al procesado analizando los medios probatorios que reafirmaban la ocurrencia del hecho, su adecuación típica y la responsabilidad de Reyes Castillo como su autor, entrando a acoger con amplitud las motivaciones dadas en la primera instancia para excluir la justificante aducida o la falta de intención homicida. En su lugar, se hizo la revisión de los factores que orientaron hacia la tasación de la pena, hallándolos ajustados a derecho, y en relación con la inexistencia de audiencia se le aclaró al inconforme que la del artículo 37 del Código de Procedimiento Penal constaba en acta por él mismo suscrita, solo que ella no era, por sus características, ni de la solemnidad, ni de la extensión de una vista ordinaria.

Y en relación con las razones dadas por el Procurador, se respondió resaltando que no por breve, el acta de la audiencia realizada dejaba de

cumplir sus fines procesales, pues se trataba de un equivalente a la resolución de acusación, pero dentro de la cual la esencia estaba dada por la expresión del procesado respecto de su manifiesta aceptación de los cargos contemplados al definir su situación jurídica, requisitos que en esencia estaban reunidos, como quedaba clara la aceptación que de ellos se hacía por parte del procesado, con el respaldo de su representante. Por otra parte, tampoco resultaban de recibo los reclamos por falta de defensa, cuando se hacía evidente que el procesado siempre estuvo representado por su abogado de confianza, quien tuvo en la instrucción una actividad seguida y diligente.

Pese a las razones dadas, y a la reducción de la pena de interdicción para dejarla en el límite legal, fue persistente la inconformidad de la Procuraduría, por cuya iniciativa se interpuso el recurso extraordinario que ahora se define.

LA DEMANDA

Con invocación de la causal tercera de casación del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, formula el Señor Procurador Judicial Penal 173 de la ciudad de Tunja un solo cargo contra de la sentencia de segundo grado, al estimarla proferida dentro de un proceso viciado de nulidad por inobservancia del artículo 37B, en consonancia con el 442 del Código de Procedimiento Penal.

En apoyo de su crítica transcribe los argumentos expuestos con motivo de la alzada, entrando a expresar que el segundo inciso del artículo 37B obliga que en el acta de acuerdo previo a la sentencia anticipada se deben reunir los requisitos de la resolución acusatoria, que no son otros que la relación de los hechos investigados y de las circunstancias que los rodearon, la indicación y evaluación de las pruebas y la calificación jurídica de los mismos, exigencias cuyo desconocimiento viola el derecho de defensa al procesado.

En el caso de estudio, el acta elaborada por la Fiscalía Décima Especializada omite dichos requisitos, pues "Solamente allí se hace una síntesis muy breve de lo ocurrido en la audiencia, sin que se refleje realmente lo que allí ocurrió, y si el procesado o su defensor alegaron o tuvieron oportunidad de hacerlo, alguna circunstancia aminorante de su responsabilidad".

Añade que pese a estar asistido el procesado por su defensor, no consta que ese abogado hubiera ejercido una verdadera defensa, en cuanto se limitó a aceptar los cargos de la Fiscalía, sin abogar por el reconocimiento de circunstancias favorables a su representado, con evidente vulneración del derecho que representaba.

Al contrario de lo que sostiene el Tribunal, estima insuficiente la constancia de que el Fiscal hubiera realizado una síntesis probatoria para

sustento de la conclusión a la que llega, e insuficiente que los cargos formulados en la resolución de situación jurídica deban tenerse como ciertos, ya que estos pueden sufrir variaciones como resultado de pruebas posteriores. "Un acta concebida en términos tan precarios -añade- no es más que un medio de adivinación por parte del juez, ya que no conoce, y no puede conocer, las verdaderas circunstancias en que acontecieron los hechos...".

No considera que con la solicitud y participación del defensor en la práctica de pruebas, como sostiene el Tribunal, se haya realmente ejercido el derecho de defensa, pues el silencio que guardó el abogado "ante la afirmación del Fiscal de que su defendido es responsable", sin consideración de las circunstancias inherentes al hecho, constituye una falta de defensa.

La alegación concluye afirmando que se violó el debido proceso por no haber sido debidamente formulados los cargos, y el derecho de defensa por falta de intervención adecuada del abogado que representaba al acusado, por lo que se hace viable la declaratoria de nulidad como así en efecto lo demanda.

Concepto del Ministerio Público

En criterio del Señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, el origen constitucional del debido proceso lo hace de imperativo cumplimiento por las autoridades judiciales o administrativas encargadas de adelantar los respectivos trámites.

Ese debido proceso es aquel que satisface las exigencias y condiciones necesarias para la efectiva materialización de los derechos sustanciales; es decir, el que cumple con las formas propias del juicio, que en criterio de la Sala "hacen relación a la gama de garantías reconocidas Constitucional e internacionalmente en favor del ciudadano para preservarle del arbitrio de la autoridad del Estado cuando se ve envuelto en la función punitiva" (sentencia de 30 de enero de 1990). Formas que se transgreden por la omisión de actos procesales "que son trascendentales y afectan notoriamente el conjunto de exigencias y garantías que constituyen la médula del proceso" (sentencia del 8 de abril de 1988).

Por otra parte considera que para un proceso debido: "no puede existir acusación sin previa investigación y no puede dictarse sentencia si no existe previa acusación fáctica y jurídicamente sustentada", ya sea en el procedimiento regular o en el especial que permite la terminación anticipada del proceso.

Si bien esta última forma conlleva una abreviación del procedimiento, ello no exime de la obligación constitucional y legal de acusar (artículo 250 de la Constitución), y de ahí la equivalencia entre el acta que contiene

los cargos aceptados y la resolución acusatoria prevista por el artículo 378 del Código de Procedimiento Penal; lo que implica que por lo menos contenga "el sustento probatorio de la existencia del delito, circunstancias de tiempo modo y lugar en que ocurrió, así como aquellas que individualicen la responsabilidad, el grado de participación y demás circunstancias atenuantes o agravantes que permitan al juez tasar la pena". De lo contrario, el juez se ve en la imposibilidad de fallar con base en los hechos y circunstancias aceptados por el procesado.

En el presente caso, de la expresión genérica contenida en el acta del folio 207 no puede deducirse una acusación concreta, a pesar de la síntesis que se dice hizo del acervo probatorio el Fiscal, puesto que no se sabe a que pruebas se refiere ni la valoración otorgada; tanto que el análisis de las evidencias lo hizo el Juez para determinar las circunstancias del hecho que le permitieron concretar la adecuación típica (artículo 323 del Código Penal modificado por el artículo 29 de la Ley 40 de 1993) y la rebaja del artículo 299, ibidem, sin apoyo en el acta mencionada.

En el sentido anterior la Delegada se muestra acorde con las apreciaciones del libelista que califica el acta extendida como un medio de adivinación para el Juez, descartando con él la posibilidad de suplir la acusación con la resolución de situación jurídica, por cuanto una y otra pieza obedecen a exigencias probatorias distintas, y destinadas a cumplir papeles fundamentales disímiles en diferentes etapas del proceso.

De aceptarse el argumento del Tribunal, la acusación abarcaría tanto el homicidio como las lesiones personales inferidas a Nilson Sánchez que fueron incluidas en la medida de aseguramiento, siendo que entre esa resolución y la diligencia de audiencia se les fijó una incapacidad definitiva de 10 días, al punto de que para el momento del acuerdo ya no constituían delito sino contravención especial (artículo 1-9 de la Ley 23 de 1991) de competencia de las autoridades de policía.

También se vulneró el derecho de defensa, al no poder determinar lo que aceptó el procesado, "pues el acta no dejó constancia siquiera que se le haya preguntado si aceptaba la conclusión del Fiscal" ni se le permitió expresar con libertad su voluntad. De ahí la inconformidad que hizo manifiesta al apelar ante el Tribunal, donde advierte que si no era procedente la aplicación del artículo 29 del Código Penal le tuvieran en cuenta que su intención no era causarle la muerte a su agresor sino una lesión, por eso hizo un solo disparo, y si actuó así fue para defenderse y evitar que Sánchez materializara las amenazas de muerte. Lo que demuestra que solamente por la sentencia se vino a enterar de las condiciones impuestas.

Es más, en el acta la única manifestación expresa sobre aceptación de los cargos la hace el defensor, cuando según la ley corresponde hacerla al procesado porque es quien está renunciando a las garantías procesales y a la presunción de inocencia.

Destaca la inconsistente argumentación del Tribunal que, luego de negar la nulidad con desconocimiento de lo que es el Estado Social y Democrático de Derecho, hace un extenso estudio de los postulados que lo rigen para confirmar la rebaja por confesión.

Finalmente, dice que como no existe acusación "jurídico-legalmente entendida" y los cargos no fueron aceptados, debe declararse la nulidad de lo actuado a partir del acta de audiencia anticipada y, en ese sentido, sugiere a la Corte casar la sentencia impugnada.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Del texto del artículo 37 del Código de Procedimiento Penal, modificado por la Ley 81 de 1993, se infiere que su aplicación no supone negociación alguna, que los cargos tienen como único sustento las pruebas hasta ese momento legalmente incorporadas al expediente, y que la aceptación formal de éstos ante el Fiscal por parte del sindicado, sitúa ipso facto el proceso en el momento de dictar sentencia: sin que por ese hecho los actos procesales legalmente omitidos o las pruebas dejadas de practicar constituyan violación del debido proceso.

A partir de esos presupuestos, la equivalencia sugerida por el artículo 37B-2 del Código de Procedimiento Penal, entre el acta del artículo 37 y la resolución acusatoria, no puede entenderse en sentido distinto del que etimológicamente corresponde a la locución empleada por el legislador, valga decir que de "igualdad en el valor, estimación, potencia o eficacia de dos o más cosas" (Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española); pues, contrario al alcance que pretende el censor, con el apoyo cuando menos parcial de la Delegada, reclamando más que una equivalencia la formulación práctica de una resolución de acusación, lo que hace la norma es asimilar los efectos de dos actos que se saben disímiles, para que la sentencia tenga siempre como soporte una acusación legal, ya que es apenas obvio que la equivalencia se predique de cosas que no son idénticas entre sí.

Desde luego que el acta controvertida, suscrita a muy pocos días de la vigencia de la ley 81 de 1993, no es un modelo de lo que debe ser esa diligencia. Pero a pesar de ello ha de reconocerse que responde a las elementales exigencias del artículo 37 que difieren notoriamente de las establecidas para la audiencia especial prevista en el artículo 37A, que en ocasiones confunde el recurrente, y de ahí la diferencia en la denominación de los actos autorizados: "sentencia anticipada" y "audiencia especial".

Nótese también, que con la modalidad prevista en el artículo 37, la justicia no busca solucionar problemas de duda probatoria, ni auspiciar, por lo mismo, discusiones sobre la adecuación típica del hecho o sus modalidades de ocurrencia, como sí ocurre con la del 37A. No. Lo que en

el caso del artículo 37 se persigue es acelerar la terminación de un proceso en el que la responsabilidad y la modalidad del hecho se muestran ya con suficiente diafanidad, al punto de haber permitido definir la situación provisional del procesado, caso en el cual éste se limita a aceptar esa valoración del funcionario relacionada con los hechos, las pruebas y su responsabilidad, aceptación que lo lleva a renunciar a otras etapas del proceso, probatorias y de alegaciones, lo que por implicar reducción en el desgaste judicial, le genera como contraprestación la generosa rebaja de una tercera parte de la pena, advertido como queda desde entonces, que el resultado final habrá de ser, en todo caso, un fallo de condena.

Así, pues, que desde el punto de vista del procesado, quien ya ha sido alertado sobre las pruebas con que se cuenta sobre los hechos, su participación y la connotación y consecuencias penales que unos y otra le traen para enfrentar la reacción legítima del Estado, este trámite abreviado se presenta como la aceptación expresa de su responsabilidad y la renuncia a la culminación de la instrucción, al proferimiento de una formal resolución acusatoria con los recursos que conlleva, y a la nueva práctica de pruebas y de la diligencia de audiencia en la etapa de juzgamiento, a cambio del tratamiento favorable ya anunciado.

Desde luego que es de la necesidad legal de una acusación previa a la sentencia, y de la congruencia entre estos dos estadios de donde surge la exigencia legal de asimilar a la resolución acusatoria el acta contentiva de "Los cargos formulados por el fiscal y su aceptación por parte del procesado", para que ésta tenga plena validez en el plenario. Pero también es cierto que esas son las únicas exigencias que sobre el particular hace el citado artículo 37 -inciso tercero- del Código de Procedimiento Penal, siendo las demás que se quieran imponer, requisitos sin arraigo normativo.

Por eso, si el acta cumple a cabalidad con esas dos formalidades, mal puede pretenderse, como lo exigen aquí el casacionista y la Delegada, que concentre otros requisitos adicionales, y mucho menos aquellos que con notoria confusión exige el Procurador Judicial recurrente, cuando pretende equiparar al parecer ese acto con el de una vista pública ordinaria o una audiencia especial, en donde el defensor pudiera rebatir la imputación o sus modalidades, pues ello iría en contra de la naturaleza de una sentencia anticipada, que no podría ser sino condenatoria, y de un procedimiento reducido, incompatible con un nuevo debate probatorio.

Es más: habida cuenta que la suscripción del acta interrumpe en forma definitiva la actividad probatoria, no es posible aducir desconocimiento de las pruebas u ocultamiento de circunstancias favorables al procesado, pues tanto conocen éste y su defensor la actuación, que es precisamente su dominio el que explica su opción por el anticipo de una sentencia adversa pero atenuada, lo que les lleva, como aquí sucedió, a impetrarla sin más en el momento que consideran adecuado, quedando de por medio

como garantía para la acción pública la intervención del Fiscal que para el caso de duda podría ampliar la injurada o completar las evidencias, y para la legalidad la revisión del juez como garante del respeto por los derechos fundamentales.

Por lo demás, este ha sido el entendimiento que a la equivalencia entre la resolución de acusación y el acta de aceptación de cargos le ha dado esta Sala de la Corte como se puede colejar en providencia del 4 del pasado mes de marzo, de la cual resulta pertinente reproducir los siguientes apartes:

"Equivaler en su sentido natural, es valer por igual, tener la misma eficacia, igual aptitud, connotación que nada tiene que ver con los requisitos formales requeridos para la validez del acto equiparado. La equivalencia, está exclusivamente referida a los efectos procesales que la resolución acusatoria produce como decisión, verbigracia, limitar el marco fáctico y jurídico de la sentencia, servir de referencia para efectos de la prescripción, o establecer la terminación del sumario.

Si el legislador hubiera querido que el acta de aceptación de cargos y de audiencia especial se tradujera formalmente en una resolución de acusación, conforme a los requerimientos del artículo 442 del estatuto procesal, devendría inane la exigencia del artículo 37A, en cuanto dispone que en la audiencia se deben analizar aspectos como la adecuación típica, el grado de participación, la forma de culpabilidad, entre otros, que, como se sabe, son propios de la calificación del sumario.

...Sobre el punto específico del contenido material del acta, la norma no admite discusión. Si la solicitud se presenta en el sumario, el acta deberá registrar los cargos formulados por el fiscal y la manifestación de voluntad del procesado de acogerse total o parcialmente a ellos. Si se remonta al juicio, no habrá necesidad de registrar los cargos, puestos que estos serán los formulados en la resolución acusatoria. Bastará que se deje constancia de su aceptación integral por parte del acusado, pues es oportuno precisar que en esta segunda etapa del proceso no tienen cabida las aceptaciones parciales.

...para que el sindicado pueda acogerse al instituto de la sentencia anticipada en la etapa del sumario es requisito indispensable que se haya dictado medida de aseguramiento en su contra, y que ésta se encuentre ejecutoriada, condición que no tiene finalidad distinta a la de garantizarle el conocimiento de la imputación con el propósito de que sobre ese marco de referencia pueda decidir libremente si la acepta (art. 389 C. de P.P.). Solamente si el Fiscal decide agregar hechos o variar la calificación provisional de la medida de aseguramiento, lo cual puede hacer sin necesidad de modificar la providencia respectiva, se impondría de su parte una explicación al respecto, pues si la imputación cambia, surge para el procesado el derecho de conocer los motivos de esta modificación, para con ese conocimiento de causa decidir si la acoge."(Casación de marzo 4 de 1996, Magistrado Ponente Dr. Fernando Arboleda Ripoll)

Ahora bien, dadas las críticas puntuales que hace el recurrente, con el parcial aval de la Procuraduría Delegada, resulta forzoso precisar con vista en el expediente lo que sigue:

-Es cierto que en el acta de aceptación de cargos no aparece la estimación crítica de la prueba que se dice hizo el Fiscal para inferir que fue Héctor Reyes Castillo el único causante de la muerte de José Sánchez Sánchez. Pero ésta alusión que a ello hace la Secretaría, lo que significa es que esas consideraciones sí se hicieron previa la conclusión del cargo, y como el funcionario no adicionó ningún condicionamiento, queda en claro que la imputación contenida en el auto que definió la situación provisional del procesado quedaba reiterada y como fundamento del fallo anticipado, tal como lo entendieron en el acto el procesado y su defensor, y en los fallos de instancia los funcionarios judiciales.

- Que esa providencia previa había decretado la detención por los delitos de homicidio y de lesiones, mientras que el único cargo se formalizó y falló por homicidio constituye otro hecho intrascendente, porque para el momento de suscribir el acta ya se había demostrado que la incapacidad no trascendía la segunda infracción del ámbito de las contravenciones, y así lo entendió el Juzgado al excluir de la condena las heridas sufridas por Nilson Sánchez, de las cuales dispuso dar conocimiento a las autoridades policivas.

- Se dice luego que el cargo no pormenorizó la intencionalidad de la conducta, ni analizó la excusa de la defensa justa. Ello, sin embargo, se contradice con amplitud cuando se mira la providencia que le sirvió de base al procesado para acogerse al artículo 37.

Allí se dice de forma precisa que la intención de matar no es solo la que se confiesa, sino la que surge bajo las circunstancias dentro de las cuales el ataque se realiza. En este caso el procesado utilizó un revolver, lo disparó a muy corta distancia, y alimándole a partes vitales del cuerpo de la víctima, y ello llevó a decir al ordenar su detención:

"*... no cabe duda que -REYES- tenía la intención de acabar con la vida de Sánchez pues de lo contrario el disparo hubiese sido al aire o a un sitio del cuerpo no vital para acabar con el problema como él quiere decirlo...*" ello porque el acusado admitió haber disparado "para asustar" al ofendido, hipótesis que se dejó expresamente descartada, como se rechazó la excusa de la defensa justa consultando la prueba de testigos, según se evidencia en este otro aparte:

"*El testigo de excepción citado por el sindicado y con los otros testigos Yúber Castellanos, es también claro y preciso en afirmar que él no le vio ninguna clase de cuchillo al hoy occiso, pues tenía sus manos una en el espejo y otra en el vidrio de la puerta, lo que descarta en forma definitiva que tuviera cuchillo en sus manos; pero todavía es más claro y preciso cuando*

afirma que él no le vio levantar la mano al occiso con cuchillo para herir o dar muerte a REYES y es más, va mucho más allá cuando afirma que durante todo el tiempo de la discusión en ningún momento estuvo en peligro la integridad personal de HECTOR REYES, es decir de que fuera herido o se le causara la muerte."

Es de reconocer que para estos casos el equivalente de la resolución de acusación no es la resolución que define la situación jurídica provisional al procesado, sino el cargo que formaliza el Fiscal dentro del acta en que esa imputación se acepta. Pero lo que no es dable es ignorar que cuando en aquella pieza se han dejado plasmadas las circunstancias de la infracción y estas no sufren modificación ni por las pruebas, ni por alguna precisión expresa de la Fiscalía, media entre ellas una evidente integración, pues no se puede olvidar que es precisamente el conocimiento de la imputación que se contiene en la medida de aseguramiento el que impulsa al procesado a solicitar que bajo esas premisas se le anticipe la sentencia, premisas que en el caso de la especie se han de dar por realizadas, en la medida en que el acta no revela modificación alguna de la incriminación primera.

- Tampoco puede acoger la Sala la crítica encaminada a desvirtuar la aceptación del cargo bajo el supuesto de que entenderlo constituía un acto de adivinación, porque no solamente al definir la situación provisional se precisaba que la imputación se hacía por el delito de homicidio intencional, sin adición de agravantes ni modalidades, sino que en el acta consta la ratificación de esa misma imputación y solo de ella, sin que asome equívoco respecto del entendimiento que tuvo el imputado, cuando textualmente en el acta se consigna:

"El procesado manifiesta que es responsable del hecho punible de Homicidio en la persona de José Pastor Sánchez Sánchez", lo que pone en evidencia que aún por encima de una posible deficiencia en la consideración fiscal, para el procesado ni para el defensor mediaron dudas respecto a que la acusación se hacía por esa infracción y no por otra.

Complementariamente puede verse que los reparos del enjuiciado ante la sentencia se limitaron a insistir en sus excusas de legítima defensa y falta de intención que ya habían sido expresa y ampliamente rechazadas, de modo que su expresión apenas si constituye inoportuna reivindicación de su indagatoria, carente ya de interés para recurrir en lo que no le fuera atañedero con la pena.

-Y en lo que se refiere a la posible falta de defensa que acusó primero el casacionista ante la instancia, y ahora en su libelo ante la Corte, debe reconocerse que la razón le asiste al Tribunal cuando aduce que Héctor Reyes Castillo fue debidamente representado en la instrucción por su abogado, el mismo que coadyuvó su petición de terminación anticipada, y asesoró su aceptación formal del cargo de homicidio, donde ratificó que

como apoderado estaba "de acuerdo con los cargos, su autoría y su responsabilidad en cabeza de su defendido."

Esta expresión no puede interpretarse sino a manera de aval para la legalidad del acto y para el entendimiento de la imputación por parte del procesado, junto con todas las consecuencias y repercusiones penales y procesales que allí le había explicado el funcionario.

Lejos está, entonces, de probarse un desamparo o indefensión del acusado en algún momento trascendental de la actuación, sin que encuentre cabida aquella interpretación extrema del casacionista que vio en la falta de alegación de circunstancias de favor durante la presentación del cargo, una reprochable inactividad del abogado, lo que solo revela su confusión entre las diferentes vías de los artículos 37 y 37A del Código de Procedimiento Penal. A cambio el Procurador se desentiende de la efectiva orientación profesional, que fue la que llevó a conseguir para HECTOR REYES un descuento mayor a la mitad de la una pena que de otro modo le hubiera sido impuesta, porque en lugar de un mínimo legal de 25 años de prisión, vio reducida su sanción a un poco más de once (11) años.

El cargo, por lo expresado, no prospera.

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

RESUELVE:

NO CASAR el fallo impugnado.

Cópiese, devuélvase y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

TERMINO-Prórroga

La petición de prórroga de términos debe hacerse al funcionario judicial donde éstos deben transcurrir.

La perentoriedad de los términos y oportunidades procesales que establece el artículo 118 del C. de P.C., aplicable al evento por el principio de integración, resulta inevitable concluir que la demanda, introducida cinco días después de la fecha límite para ello, es extemporánea, y por ende debió declararse, la deserción del recurso por el Tribunal conforme lo ordena el inciso final del artículo 224 del C. de P.P., pues una demanda extemporánea equivale a la no sustentación del recurso.

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

Magistrado Ponente: Dr. *Dídimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta No.116-ag.8/96.

Proceso No. 11549.

Para efectos del examen formal de la demanda de casación que dispone el artículo 226 del C. de P.P., ha sido remitido a esta Corporación el escrito presentado por la defensa del procesado JORGE ELIECER PARRA GUZMAN como sustentación del recurso extraordinario interpuesto contra la sentencia dictada el 23 de octubre de 1995 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, en la que se le condena como coautor responsable del delito de hurto calificado y agravado.

Consideraciones de la Corte

Sería el caso de adelantar el examen en referencia, si no observara la Corte que la demanda de casación ha sido presentada extemporáneamente, generándose una irregularidad insubsanable que vicia la actuación. En efecto:

1o.- Contra la sentencia de segunda instancia el señor defensor interpuso el recurso de casación, el que le fue concedido el 29 de noviembre de 1995, mediante auto que dispuso los traslados pertinentes. (fl. 61 cd.Tr.).

2o.- En obedecimiento, la Secretaría del Tribunal corrió el traslado, dejando constancia de que venció el término para presentar demanda el 15 de febrero de 1996 a las seis (6:00 p.m.) de la tarde. (fls. 71 y 75 cd.Tr.).

3o.- Pasada la hora judicial, el 15 de febrero a las seis de la tarde y dos minutos (6.02 p.m.) (fls. 78-87v.), fue presentado ante el Tribunal un escrito en copia al carbón, contentivo de la introducción de una demanda de casación, cuyo texto llega hasta el titular "Hechos materia de juzgamiento" (fl. 86), y a partir del cual aparece la afirmación de su signatario de que el día 10 de los mismos mes y año, en el "traslado por cambio de residencia" por parte suya se extravió o presumiblemente le había sido sustraída una caja en donde guardaba la copia del proceso y el texto restante de la demanda.

Por esta razón solicitó a la Secretaría que "por fuerza mayor" le aceptase "la adición o complemento" -lo que en sentido estricto no es una petición de prórroga de términos-, que presentaría al día siguiente antes de las seis de la tarde.

4o.- Pero fue hasta el día 19 de febrero, ya cuando transcurría el término para alegar de los no recurrentes (fl. 88), que el profesional allegó su demanda -que califica de "adición y complemento" - (fls. 95-104v.), junto con cinco páginas originales de lo que había presentado en copias al carbón el 15 de febrero, siendo ese escrito el que ahora ocupa la atención de la Sala y, en cuyo encabezamiento solicita inexplicablemente a la Corte le otorgue calidad de prórroga a los días en que rebasó el término.

Sea lo primero, recordar al memorialista que la petición de prórroga de términos debe hacerse al funcionario judicial donde éstos deben transcurrir, y, en segundo lugar, que de acuerdo con la actuación la supuesta solicitud de prórroga de término incluida por el señor defensor en su escrito del 15 de febrero de 1996, fundado en la fuerza mayor resultante del extravío del material requerido para completar la demanda, fue introducida cuando ya había transcurrido el término para presentar este escrito ante la Secretaría de la Sala Penal del Tribunal, pues ocurrió pasadas las seis de la tarde (6:00 p.m.) del día de vencimiento, el 15 de febrero de 1996, convirtiéndose ese retardo en impediente para la consideración por parte del Tribunal, de la infortunada circunstancia, que no obstante haber sucedido cinco días antes de la fecha límite, según la afirmación del peticionario, no logró motivarlo a asumir oportunamente el correctivo legal conforme lo autorizaba el artículo 172 del C. de P.P., operante solo a petición del sujeto procesal interesado.

Ante esta realidad y la perentoriedad de los términos y oportunidades procesales que establece el artículo 118 del C. de P.C., aplicable al evento por el principio de integración, resulta inevitable concluir que la demanda, introducida cinco días después de la fecha límite para ello, es extemporánea, y por ende debió declararse, la deserción del recurso por el

Tribunal conforme lo ordena el inciso final del artículo 224 del C. de P.P., pues una demanda extemporánea equivale a la no sustentación del recurso.

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

RESUELVE:

DECLARAR LA NULIDAD de lo actuado a partir, inclusive del auto que ordenó el envío del proceso a la Corte. En consecuencia, declarar desierto el recurso de casación presentado a nombre de Jorge Elliécer Parra Guzmán, contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá que lo condena por el delito de hurto calificado y agravado en perjuicio de la firma 'Veedol International Limited'. En firme, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

PRUEBA/ DEMANDA DE CASACION

No necesariamente los orificios de penetración son iguales, aun cuando el arma con que se hagan los diversos disparos sea la misma, por cuanto las características de aquellos varían no sólo por el calibre del proyectil, sino por su calidad, esto es, si son de alta o baja velocidad, por la distancia desde la cual se disparó, por la inclinación en el momento de penetrar en el blanco (porque si el ingreso al organismo es de frente formando un ángulo de 90 grados el orificio es perfectamente diferente a si entra sumamente inclinado sobre la superficie de impacto), por la región anatómica sobre la cual se produjo el impacto, etc. Es entonces perfectamente posible que heridas ocasionadas con una misma arma sean diferentes en sus cualidades, por lo que la circunstancia de que aparezcan orificios de entrada de diverso diámetro no puede llevar a la conclusión que fueron hechos con armas de diverso calibre.

Así las cosas, el que en el análisis de las necropsias los juzgadores de instancia hubieran omitido hacer consideraciones sobre la dimensión de las heridas producidas a las víctimas no constituye ningún error.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santafé de Bogotá D.C., catorce (14) de agosto de mil novecientos noventa y seis (1996).

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

Aprobado Acta No. 119.

Proceso No. 9232.

VISTOS

Procede la Sala a decidir el recurso de casación interpuesto por el defensor y el procesado Luis Alberto Rojas Holguín contra la sentencia del veinte (20) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993), por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín confirmó, sin modificaciones, la proferida el quince (15) de septiembre de ese mismo año por el Juzgado veintiséis Penal del Circuito de esa ciudad, en la cual

fue condenado a la pena principal de 30 años y seis meses de prisión y a las accesorias de rigor como autor responsable del doble homicidio cometido en las personas de Elías Alzate Guisao y Luz Marina Arcila Ramírez y porte ilegal de armas de defensa personal.

El recurso fue admitido y la demanda fue declarada ajustada a las prescripciones formales que establece el Código de Procedimiento Penal. Igualmente se escuchó el criterio del Procurador Primero Delegado en lo penal quien solicitó no se casara el fallo impugnado.

Procede la Sala a resolver lo pertinente luego de hacer una síntesis de los siguientes

Hechos

Ocurrieron en las horas de la noche del 30 de enero de 1.993, cuando los hermanos Luis Guillermo y Jorge Elías Alzate Guisao con sus compañeras permanentes Viviana Saray Palacio y Diana Catalina Montoya Nieto se encontraron en el parque Bolívar de la ciudad de Medellín. Mientras éstas conversaban, Jorge Elías descansaba en un muro que circunda los jardines de ese parque y Luis Guillermo esperaba en un lugar cercano que su compañera se desocupara para retirarse. Desde allí pudo percibir que ésta era empujada por dos hombres, uno de los cuales procedió a disparar contra Jorge Elías, ocasionándole la muerte de inmediato por un impacto en el cráneo, habiendo sido herida en el pulmón Luz Marina Arcila Ramírez, lesión que le ocasionaría la muerte poco después. La señora citada transitaba casualmente, en ese momento, por el lugar en compañía de un amigo.

De manera inmediata los agentes del orden que estaban en las cercanías iniciaron la persecución de los antisociales y lograron la captura de Luis Albeiro Rojas Holguín, quien fue reconocido por los allegados de la víctima como uno de los autores de los hechos ilícitos.

Actuación procesal

Con base en el informe policivo, la Fiscal número 2 adscrita a la SIJIN MEVAL declaró abierta la respectiva investigación el día 31 de enero de 1993.

En el mismo día se escuchó en diligencia de indagatoria al aprehendido Luis Albeiro Rojas y luego de recibirse varios testimonios, se le resolvió la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva, como autor de los delitos de doble homicidio y porte ilegal de arma de defensa personal.

Perfeccionada la instrucción se cerró el 5 de abril de 1993 y el 11 de mayo siguiente se calificó el mérito del sumario con resolución de acusación contra el procesado, como autor de los delitos de homicidio cometido

en las personas de Jorge Elías Alzate Gutsao y Luz Marina Arcila Ramírez y porte ilegal de armas de defensa personal.

El expediente pasó al Juzgado 26 de Penal del Circuito de Medellín que por auto del 25 de mayo de 1993 dió inició a la etapa del juicio.

Luego de practicar algunos medios de prueba se celebró la audiencia de juzgamiento y al cubo de ella se pronunció la sentencia de primera instancia en la que se condenó a Rojas Holguín a la pena principal de 30 años y seis meses de prisión y a la accesoria de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por un término de 10 años.

Apelado el fallo, el Tribunal Superior de Medellín lo confirmó mediante el suyo que lleva fecha del 20 de octubre de 1993 y que hoy es motivo de esta impugnación extraordinaria.

LOS ARGUMENTOS DE LA DEMANDA

El defensor del procesado presenta dos cargos contra la sentencia, al amparo de la causal primera de casación por presunta violación indirecta, sin que especifique cuál es la clase de error que origina la vulneración de la ley sustancial.

Del desarrollo de la primera censura se deduce que el ataque se refiere a un presunto error de derecho en que incurrió el sentenciador por la valoración que le dió a los medios de convicción y ello surge de su afirmación inicial cuando al referirse a la prueba testimonial expresa: "... si se examinan primero los testimonios en forma individualizada de los declarantes y se comparan sus versiones textualmente en su descripción y contextualmente en su determinación, se deducen sin discusión numerosas contradicciones que demeritan la fuerza probatoria, que quiso darle el fallador para sustentar la condena del procesado".

Luego analiza los testimonios de Luis Guillermo Alzate Gutsao, de Catalina Montoya Nieto, de Viviana Saray Palacios Ceballos y de Yelen Enrique Muñoz Agudelo para aseverar que es manifiesta la pobreza probatoria existente y plantear varios interrogantes al cuestionar que dónde aparece la prueba de sanidad de las víctimas y por qué no se practicó la prueba del guantelete al procesado y por qué habiendo sido capturado en sitio muy cercano al de los hechos no se le encontró el arma homicida. Así mismo, que cuál la razón para no haberse perseguido al otro partícipe de la agresión y por qué "en la sentencia no se examinó la prueba técnica reveladora de una gran duda sobre la acusación de Luis Albeiro Holguín como autor de los dos disparos fatales que lesionaron las humanidades de Alzate y Arcila, y que posteriormente ocasionaron su deceso?"

Posteriormente expresa que los agujeros de penetración de los proyectiles son de diverso tamaño, situación que indica que fueron disparados por armas igualmente diferentes y destaca que en los protocolos de ne-

cropsia se describen heridas con orificios de tamaño diverso, lo que lo lleva a afirmar que "se está violando abiertamente el art.26 del C.P., al endilgársele una supuesta acción concursaria heterogénea a Luis Albeiro Rojas Holguín, como consecuencia de un error en la estimativa probatoria, que para el caso es de hecho por cuanto no se tuvo en cuenta estos experticios".

Lo anterior lo lleva a concluir en la existencia de una violación indirecta de las normas aplicadas. "La misma acusación se le puede hacer a la sentencia, al sobrevalorar las exposiciones de los familiares de Alzate Guisao". Termina solicitando se case el fallo acusado.

El segundo cargo también lo formula al amparo de la causal primera, por la violación indirecta de normas sustanciales, y lo hace consistir en la demostrada participación de otro sujeto que ni fue perseguido, ni investigado y que lo lleva a afirmar: "Hubo error judicial, al omitir una completa investigación persiguiendo al otro sujeto que dijeron los declarantes irrumpió al teatro de los acontecimientos, hubo error judicial, al no hacer ningún esfuerzo, para lograr el reconocimiento del presunto responsable de los hechos, lo hubo también, al no averiguar sobre la presanidad de los obitados".

Sostiene que estos vicios llevaron a que los hechos se calificaran como un concurso homogéneo, sin tener en cuenta que "participó otro sujeto plenamente determinado por los declarantes".

Destaca igualmente que no se dio cumplimiento a la estimación de los perjuicios como lo ordenó la ley y que se erró por dar por demostrados hechos que no lo están plenamente, para concluir asevorando que "y esta aplicación a la conducta del procesado, erradamente aducida, indujo a aplicarle una dosificación penal desproporcionada".

Termina solicitando se case el fallo y se absuelva al procesado.

El criterio del Procurador Primero Delegado en lo Penal

Solicita no se case la sentencia e inicia el análisis de la demanda, destacando los errores técnicos de la misma que dificultan conocer el verdadero sentido y alcance de la impugnación.

Sostiene que pese a haberse acogido a la causal concreta de la violación indirecta por supuestos errores del sentenciador en la apreciación de la prueba" limita el cargo en su presentación a la afirmación según la cual de los hechos y pruebas no emerge prueba plena completa de responsabilidad para su patrocinado. Sus argumentaciones convergen a atacar la consecuencia del supuesto error de hecho, sin indicar con claridad en qué consistió el error mismo, el cual tampoco identifica, pero del contexto se deduce como un falso juicio de identidad por tergiversación de la prueba, en relación con los testimonios que sirvieron para fundamentar la senten-

cia condenatoria y por falso juicio de existencia por omisión, al no tener en cuenta las pruebas técnicas de necropsia".

Critica al censor que se limite a plantear interrogantes a la Corte y que la argumentación se dirija a destacar la omisión en la práctica de algunas pruebas, procedimiento que no es usual en esta sede extraordinaria.

Que en ninguna parte realiza esfuerzos por demostrar en qué consistió la presunta tergiversación probatoria y que realmente lo único que hace es demostrar su inconformidad con la credibilidad que el sentenciador le dió a determinados testimonios.

Estima que el sentenciador hizo un análisis ponderado y juicioso del acervo probatorio y que "el falso juicio de existencia por omisión se daría en cuanto a la no consideración de las necropsias de Jorge Elías Alzate Guisao y Luz Marina Arcila Ramírez, de manera parcial como se deduce de la censura, pues solamente el libelista echa de menos la no referencia a la disparidad de las dimensiones de los diámetros de las heridas que presentaban los cadáveres de donde se infiere que lo que pretende demostrar es que los orificios que presentaban los cuerpos no fueron producidos por una misma arma ni tampoco por una misma persona".

Acepta que si bien los protocolos de necropsia se tuvieron en cuenta sólo para determinar objetivamente la muerte violenta de las víctimas y no para el aspecto reclamado por el censor, " también lo es que esta omisión no es relevante o esencial para atribuir la responsabilidad en cabeza del hoy sentenciado Luis Albeiro Rojas Holguín porque quedó claramente determinado en el plenario que había una empresa criminal y tanto éste como el que logró evadirse son responsables de ambos homicidios por coautoría (autoría funcional), pues ambos acordaron y llevaron a cabo la comisión del hecho objeto de la investigación y para este caso no resulta determinante precisar cuál de ellos fue el causante de una u otra herida...."

Solicita el cargo sea desechado.

En referencia al segundo cargo destaca que el libelista no indicó la clase de error que plantea, esto es, si se trata de error de hecho o de derecho, ni la modalidad del mismo, "pero de su lectura pareciera que se tratara de una tergiversación de las pruebas por parte de los falladores que excluyeron el principio del in dubio pro reo consagrado en el artículo 445 del C. de P. P., pero desenvuelve la censura incurriendo en la misma equivocación que se expuso en el primer cargo, al omitir la demostración del error que alega".

Destaca igualmente que trata de fundamentar el reproche con apoyo en consideraciones del anterior cargo, olvidando que cada ataque se debe hacer de manera autónoma y con una fundamentación propia.

Que del contexto de la demanda no se puede ni siquiera deducir inequívocamente en qué consiste el yerro del juzgador como tampoco se

preocupa el censor de indicar la relación que el mismo hubiera tenido con la decisión que se recurre.

Afirma que a la convicción del fallador opone el casacionista la suya, por lo cual termina solicitando se rechace el cargo planteado.

Consideraciones de la Sala

Razón le asiste al Agente del Ministerio Público cuando destaca las numerosas falencias técnicas que exhibe el libelo, porque en el cargo primero habla de violación indirecta de ciertas normas sustanciales, pero no dice cuál es el error que la produce, si de hecho o de derecho, ni la modalidad del mismo, ni en qué consistió, ni la trascendencia que tuvo sobre el fallo impugnado.

Así mismo, e ignorando que la demanda de casación no es un alegato de instancia ni un escrito de libre elaboración, sino que debe ceñirse a precisos y lógicos parámetros legales, en una misma censura, y violando el principio de la contradicción, plantea cargos excluyentes, pues anuncia e intenta demostrar una violación indirecta de la ley sustancial, por errores in indicando, para ahí mismo formular errores in procedendo, cuando censura, entre otras, la falta de actividad del juez al no haber establecido la presanidad de las víctimas o practicado la prueba del guantelete al procesado.

En virtud del anterior desacierto, que es común a los 2 cargos esgrimidos, y teniendo en cuenta que a la Corte, en virtud del principio de limitación, no le es permitido corregir el libelo, la censura está condenada al fracaso.

Pero tampoco le asiste razón al actor, pues, en definitiva, se limita a sostener que entre los testimonios de cargo hay muchas contradicciones que demeritan su fuerza probatoria, pero que ni siquiera se preocupa por destacar, pues su labor consistió en hacer una síntesis de los que considera como fundamentales en la sentencia, para finalmente terminar mostrando su inconformidad con la credibilidad que a los mismos les dió el fallador, esbozando un error de derecho por falso juicio de convicción, pretendiendo equivocadamente que su criterio prevalezca sobre el de aquel, sin tener en cuenta que la sentencia viene amparada por la doble presunción de acierto y legalidad. También, y como si tratara de una tercera instancia, plantea a la Corporación una serie de interrogantes, que ni siquiera por metodología argumentativa trata de resolver, para demostrar la incidencia que los mismos hubieran podido tener en el fallo cuestionado.

Respecto a los protocolos de necropsia, destaca la descripción de los orificios y diámetro de las perforaciones causadas en las víctimas y los proyectiles, para inferir que fueron hechas por armas de diverso calibre y que si ello es así, es porque en el hecho delictuoso participó otro sujeto y

fueron varios los agresores que utilizaron diversas armas y que, por lo mismo, su defendido no es el autor de ambos homicidios.

Completamente equivocado se encuentra el censor, porque no necesariamente los orificios de penetración son iguales, aun cuando el arma con que se hagan los diversos disparos sea la misma, por cuanto las características de aquellos varían no sólo por el calibre del proyectil, sino por su calidad, esto es, si son de alta o baja velocidad, por la distancia desde la cual se disparó, por la inclinación en el momento de penetrar en el blanco (porque si el ingreso al organismo es de frente formando un ángulo de 90 grados el orificio es perfectamente diferente a si entra sumamente inclinado sobre la superficie de impacto), por la región anatómica sobre la cual se produjo el impacto, etc. Es entonces perfectamente posible que heridas ocasionadas con una misma arma sean diferentes en sus cualidades, por lo que la circunstancia de que aparezcan orificios de entrada de diverso diámetro no puede llevar a la conclusión que fueron hechos con armas de diverso calibre.

Así las cosas, el que en el análisis de las necropsias los juzgadores de instancia hubieran omitido hacer consideraciones sobre la dimensión de las heridas producidas a las víctimas no constituye ningún error.

Más aún, en el proceso aparece demostrado que fueron dos las personas que dispararon, lo cual tampoco puede llevar a deducir, como lo pretende el censor, que al procesado sólo se le impute un homicidio, pues estamos en presencia de un claro caso de coautoría, en el que los partícipes de consuno y previo acuerdo de voluntades quisieron la muerte de Jorge E. Elías Alzate y previeron y aceptaron como posible que en el decurso de su ejecución pudieran producirse otros resultados como consecuencia de su actuar criminoso. Así, como lo estimó el Ministerio Público, poco interesa cuál fue el autor de una u otra herida, pues cada uno debe responder por la totalidad del resultado.

En definitiva la fundamental discrepancia del demandante con la sentencia radica en que no se encuentra conforme con la credibilidad que las instancias dieron a los medios de convicción y aspira a que su criterio predomine sobre éstas, pretensión que, como se dijo, es imposible.

Por lo expuesto, de conformidad con el planteamiento del Procurador Delegado, la censura será rechazada.

El cargo segundo no corre con mejor suerte, porque las deficiencias técnicas son igualmente evidentes, pues comienza enunciando la existencia de una violación indirecta, sin determinar la clase de error que la ha podido ocasionar, ni la modalidad del mismo.

En su desarrollo incurre no sólo en protuberantes deficiencias sino en ostensibles contradicciones, ya que inicia el discurso enumerando los que en su criterio son errores judiciales, pero no los demuestra, quedándose en la simple mención.

También, aunque afirma la existencia de una violación indirecta de la ley sustancial, esto es, una infracción proveniente de errores en el juicio del fallador, los que presenta son errores de actividad o in procedendo, como omitir una completa investigación, no lograr el reconocimiento del presunto responsable, no averiguar la presanidad del obitado, etc.

Por otra parte y aunque sostiene que pretende la absolución de su defendido, contradictoriamente acepta su responsabilidad cuando se duele de que los hechos se hayan calificado como un concurso homogéneo de punibles siendo que en ellos "participó otro sujeto plenamente determinado por los declarantes" y cuando asevera que al procesado se le aplicó una dosificación penal desproporcionada.

Así mismo, olvida la autonomía con que deben ser presentados los diversos cargos y repite argumentaciones formuladas en el primero, particularmente aquellas relacionadas con el tamaño de los orificios ocasionados por los disparos de arma de fuego, para luego predicar que el error judicial denunciado se origina en no haberse realizado una correcta investigación respecto del otro partícipe en los hechos que han sido motivo de investigación.

Igualmente, olvida su condición de defensor y formula un ataque que no puede provenir de su calidad de tal, ya que reclama que no se hubiera hecho una estimación de los perjuicios, que estaría perfectamente dentro del interés y la competencia de la parte civil si se hubiese constituido, pero no en el de él. El solo planteamiento lo coloca en contradicción con los intereses que le fueron confiados profesionalmente.

En las condiciones precedentes y teniendo en cuenta que a la Corte no le es permitido subsanar los yerros del impugnante, de conformidad con el criterio del Procurador Primero Delegado en lo penal, se debe rechazar el cargo formulado.

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.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CASACION DISCRECIONAL/ DEFENSA TECNICA

Es verdad que no todos los procesados estuvieron asistidos por abogados titulados durante la fase instructiva y/o parte del juicio, sino por estudiantes de derecho pertenecientes a consultorios jurídicos de universidades reconocidas por el Estado; pero también lo es que dicha representación no genera per se nulidad del proceso por desconocimiento del derecho a una defensa técnica, puesto que el artículo 30 del decreto 196 de 1971 (reglamentario del ejercicio de la abogacía), y el inciso 2° del 148 de la codificación procedimental penal, faculta a los estudiantes de derecho de tales consultorios jurídicos para intervenir en actuaciones procesales como la que ahora ocupa la atención de esta Sala, disposición que fue encontrada exequible por la Corte Constitucional, sentencia C-049 de febrero 8 de 1996, M.P. Dr. Fabio Morón Díaz:

"...La ley puede habilitar defensores que reúnan al menos las condiciones de egresados o de estudiantes de derecho pertenecientes a un consultorio jurídico...

...Incluso como defensores en asuntos penales, como lo advierte el inciso 2° del artículo 148 del Decreto 2700 de 1991, que será declarado exequible".

Esta habilitación había sido aceptada previamente por la propia Corte Constitucional, desde antes de proferirse el fallo aquí impugnado excepcionalmente, Sentencias SU-044 y C-071 de febrero 9 y 23 de 1995, M. P. Drs. Antonio Barrera Carbonell y Carlos Gaviria Díaz, respectivamente:

"La ley no puede autorizar a cualquier persona para intervenir en la defensa de un sindicado: solamente en casos excepcionales en que no pueda contarse con abogado titulado puede habilitar defensores que reúnan al menos las condiciones de egresados, o estudiantes de derecho pertenecientes a un consultorio jurídico..., pues de esta forma se consigue el objetivo de que dichos defensores sean personas con cierta formación jurídica".

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. - Santafé de Bogotá, D.C., agosto catorce (14) de mil novecientos noventa y seis (1996).

Magistrado Ponente Dr. *Nilson Pinilla Pinilla.*

Aprobado Acta No.119.

Proceso No. 10716.

VISTOS

Decidirá la Sala sobre la aceptación o rechazo del recurso excepcional de casación interpuesto por el Procurador Octavo en lo Judicial Penal, contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá, en proceso por los delitos de hurto calificado y agravado, en grado de tentativa.

ANTECEDENTES

A eso de las diez de la mañana del 5 de junio de 1994, en momentos en que el ciudadano Jaime Eduardo Mompotes transitaba por un sector del parque de los Mártires de esta ciudad capital, acompañado de dos pequeños hijos, fueron interceptados por dos mujeres y un hombre, quienes exhibiendo armas cortopunzantes (tres cuchillos) intimidaron a Mompotes para que les entregara una máquina de escribir marca Brother que llevaba consigo, avaluada en selenta mil pesos; cuarenta mil pesos en dinero efectivo y una chaqueta de cuero que tenía puesta, no sin antes amenazar con herir a sus niños si no accedía a sus requerimientos; propósito que se vio frustrado por la oportuna intervención de una patrulla de la Policía Militar, que les dio captura.

El 14 de octubre del mismo año, el Fiscal Setenta y Uno de la Unidad Primera Local de Patrimonio calificó el mérito del sumario con resolución acusatoria contra Jhon Jairo Convers López o Jairo Enrique Cárdenas Correa, Martha Lucía Suárez o Carmenza Caro y Gloria María Echeverry Gómez o Gloria Elena Restrepo Rivera (los segundos nombres fueron posteriormente establecidos), por los delitos de hurto calificado y agravado en grado de tentativa; enjuiciamiento notificado personalmente a los procesados detenidos, a uno de los defensores y al agente del Ministerio Público y por anotación en estado a los demás sujetos procesales.

Adelantado el juicio, el Juzgado Setenta y Ocho Penal Municipal de esta ciudad, mediante sentencia de 1° de febrero de 1995 puso fin a la instancia, condenando a los encausados a la pena principal de cinco (5) años de prisión, cada uno, como coautores del delito imperfecto imputado; a la sanción accesoria de rigor y al pago en concreto de los perjuicios causados; fallo apelado por un procesado y un defensor y confirmado el 7 de abril del mismo año, por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito, con la única modificación de rebajar a 55 meses y 6 días de prisión la pena

correspondiente a cada uno de los sentenciados, dosificación que fue aclarada mediante providencia de fecha 25 ibidem.

La impugnación

En tiempo oportuno, el señor Procurador Octavo en lo Judicial Penal solicita de la Corte "examinar la viabilidad de admitir y tramitar el recurso extraordinario de Casación por la vía excepcional" del inciso tercero del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, porque a su juicio el fallo impugnado "comporta violación de derechos fundamentales de los procesados y su estudio podría contribuir al desarrollo de la jurisprudencia en el ámbito de la punibilidad del delito tentado y consumado, en lo atinente a su dosificación".

Argumenta que los procesados no fueron asistidos por abogado titulado durante la etapa investigativa ni durante el juicio, sino por estudiantes de derecho pertenecientes a consultorios jurídicos, lo que hizo que la defensa se tornara "desacertada, pasiva e ineficaz" a los intereses de los acusados, configurándose una nulidad procesal. Además, pudo haberse incurrido en error relativo a la dosificación de la pena al no enmarcarse dentro de los parámetros previstos en el artículo 61 del Código Penal, lo cual condujo a imponerles una sanción que supera la deducida en otros casos por el mismo punible consumado.

Agrega que en las sentencias condenatorias se dedujo en contra de los acusados las circunstancias de agravación punitiva contempladas en los numerales 2° del artículo 350 y 1° del artículo 372 del Código Penal, sin que la primera haya sido considerada en la resolución de acusación y sin que exista suficiente claridad respecto a la segunda.

Consideraciones de la Corte

La solicitud para ser revisada en sede de casación la sentencia de segunda instancia proferida por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de esta ciudad capital, por la vía excepcional contemplada en el inciso tercero del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, proviene de parte legitimada para recurrir, como lo es el representante del Ministerio Público y fue presentada dentro del término de ejecutoria de la sentencia impugnada, advirtiéndose que el impugnante adujo de manera breve y concisa las razones que lo llevan a acudir a este excepcional medio impugnatorio, con lo cual se satisfacen los requisitos formales para estudiar su aceptación.

Sin embargo, en criterio de la Sala los argumentos expuestos respecto a su viabilidad, no ameritan imprimirle al recurso el trámite de rigor.

En primer lugar, es verdad que no todos los procesados estuvieron asistidos por abogados titulados durante la fase instructiva y/o parte del

juicio, sino por estudiantes de derecho pertenecientes a consultorios jurídicos de universidades reconocidas por el Estado; pero también lo es que dicha representación no genera per se nulidad del proceso por desconocimiento del derecho a una defensa técnica, puesto que el artículo 30 del decreto 196 de 1971 (reglamentario del ejercicio de la abogacía), y el inciso 2° del 148 de la codificación procedimental penal, faculta a los estudiantes de derecho de tales consultorios jurídicos para intervenir en actuaciones procesales como la que ahora ocupa la atención de esta Sala, disposición que fue encontrada exequible por la Corte Constitucional, sentencia C-049 de febrero 8 de 1996, M.P. Dr. Fabio Morón Díaz:

"...*La ley puede habilitar defensores que reúnan al menos las condiciones de egresados o de estudiantes de derecho pertenecientes a un consultorio jurídico ... incluso como defensores en asuntos penales, como lo advierte el inciso 2° del artículo 148 del Decreto 2700 de 1991, que será declarado exequible.*"

Esta habilitación había sido aceptada previamente por la propia Corte Constitucional, desde antes de proferirse el fallo aquí impugnado excepcionalmente, sentencias SU-044 y C-071 de febrero 9 y 23 de 1995, M.P. Drs. Antonio Barrera Carbonell y Carlos Gaviria Díaz, respectivamente:

"*La ley no puede autorizar a cualquier persona para intervenir en la defensa de un sindicado; solamente en casos excepcionales en que no pueda contarse con abogado titulado puede habilitar defensores que reúnan al menos las condiciones de egresados, o estudiantes de derecho pertenecientes a un consultorio jurídico..., pues de esta forma se consigue el objetivo de que dichos defensores sean personas con cierta formación jurídica.*"

En segundo término, el peticionario simplemente apercibe el hipotético quebranto de las normas legales reguladoras de la dosificación punitiva, o un excesivo rigor en el tiempo impuesto, denotando el análisis sobre la tentativa, sin señalar si es que existe un vacío jurisprudencial sobre estos temas, o la advertencia de jurisprudencias encontradas que sea preciso unificar, como tampoco se aprecia de donde se deriva el agravio que en la dosimetría se haya cometido contra derechos fundamentales de los condenados.

No puede olvidarse que es al juez competente, en su sano criterio y dentro de los respectivos límites legales, a quien corresponde esta tasación razonable, en punto que fue considerado y acatado en segunda instancia, con disminución en más de cuatro meses.

Conviene asimismo aclarar que en las instancias no resulta agravada la pena específicamente por la circunstancia prevista en el numeral 2° del artículo 350 del Código Penal, sino que para la calificación del hurto se efectuó una ponderación integral del hecho en sí de la gravedad de la violencia contra las personas (numeral 1° ib.), resultando por lo demás

innecesario "el desarrollo de la jurisprudencia" sobre la eventual discrepancia entre el pliego de cargos y el fallo, respecto de causales específicas de agravación, en donde ya es prolija la doctrina de esta Sala.

Respecto de la cuantía de que trata el numeral 1° del artículo 372 ib., a que también alude el agente del Ministerio Público, existe claridad acerca de que el valor de los objetos cuyo ilícito apoderamiento se frustró superaba la suma de cien mil pesos; esta circunstancia fue expresamente considerada en el pliego de cargos (f.125), y cuando se tomó la decisión motivo de estas consideraciones aun no se había pronunciado la Corte Constitucional sobre el entendimiento de tal cuantía en términos de valor constante (Sentencia C-070, febrero 22/96, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz), novedad que no puede ahora ser analizada oficiosamente por esta vía.

No encontrándose establecido el quebranto de algún derecho fundamental que obligue a su restablecimiento, ni habiéndose postulado motivación adecuada para el cambio o unificación de la jurisprudencia nacional sobre el punto específico de la punibilidad, la Corte dentro de la potestad discrecional que le otorga el artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, inciso 3°, no encuentra procedente acceder a esta excepcional vía impugnatoria.

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

RESUELVE:

NO ACEPTAR el recurso excepcional de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público contra la sentencia dictada dentro de este proceso por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá.

Devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

REDENCION DE PENA POR TRABAJO O ESTUDIO/ LIBERTAD PROVISIONAL/ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA/ COMPETENCIA

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 ibidem, es decir, excepcional y provisionalmente 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.

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

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

Aprobado Acta N° 120 (agosto 15 de 1996).

Proceso 10169.

VISTOS

Procede la Sala a resolver solicitud de "Redención de pena por trabajo y deporte" que presenta el procesado Manuel Elkin Ballesta Guzmán, quien se encuentra recluido en la Cárcel Nacional del Distrito Judicial de Montería (Córdoba)

LA CORTE CONSIDERA

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 efectuados 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 ibidem, es decir, excepcional y provisionalmente 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, 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 tiene 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 por el procesado Manuel Elkin Ballesta Guzmán.

Notifíquese y cúmplase,

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

PARTE CIVIL-Auto admisorio

El auto admisorio de la demanda de parte civil dentro del proceso penal, es de aquellos que cobran ejecutoria formal, pues al estar supeditado a la prueba en la legitimidad del demandante, puede ser revocado por el respectivo funcionario cuando esta legitimidad aparezca desvirtuada en el proceso, ya que la presencia de este sujeto procesal no es presupuesto necesario para el adelantamiento del trámite, ni condiciona el proferimiento de actos posteriores, al punto que la actuación debe llevarse a cabo así no exista parte civil reconocida.

Lo anterior porque si bien la posibilidad de revocar tal proveído no se halla regulada de manera expresa en la legislación procesal vigente, como si lo estaba en el anterior estatuto procedimental (artículo 44 Decreto 050 de 1987) ha de entenderse que el artículo 204 del Código de Procedimiento Penal, faculta al funcionario para tomar una determinación en ese sentido si la prueba sobre legitimidad en la personería del demandante ha sido modificada.

Aunque la razón de ser de la parte civil en el proceso penal, es precisamente perseguir la indemnización del agravio privado inferido con la comisión del delito (artículo 1494 C.C.), cuando se ha dispuesto mediante providencia en firme, como sucede en este caso, que la presuntamente ofendida, no fue víctima sino que con su conducta pudo haber realizado, igualmente, una de las formas típicas de afectación de la administración pública, penalmente castigada, su pretensión indemnizatoria pierde toda legitimidad, imponiéndose su separación del devenir procesal a efecto de mantener un estricto equilibrio en el adelantamiento del juicio, pues su intervención, ante la ausencia de interés jurídico para ello, puede resultar perjudicial para los fines de la administración de justicia en la búsqueda de la verdad material.

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

Aprobado acta No. 116. Agosto 8/96

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

Proceso: 11221

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la Parte Civil contra el proveído mediante el cual, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, resolvió revocar la admisión de la demanda de parte civil, dentro del juzgamiento que se adelanta contra la doctora Gladys Elena Zapata Duque, ex Fiscal Seccional Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito, con sede en El Carmen de Viboral (Antioquia).

1. Antecedentes

1.1.- Con fundamento en la denuncia penal presentada por la señora Aleyda María López contra la doctora Gladys Elena Zapata Duque, Fiscal Seccional Delegada ante los Juzgados del Circuito, con sede en El Carmen de Viboral (Antioquia) y en pruebas recaudadas durante la etapa de indagación preliminar, el 14 de julio de 1994 la Unidad de Fiscalía Delegada ante los Tribunales Superiores de los Distritos Judiciales de Medellín y Antioquia dispuso abrir investigación penal contra la funcionaria ordenando vincularla mediante indagatoria, diligencia esta que se llevó a efecto el 21 de julio del mismo año.

1.2.- Luego de allegar otros elementos de convicción, el 13 de octubre de 1994, definió la situación jurídica con imposición de medida de aseguramiento de detención domiciliaria por el delito de concusión (fls. 139 y ss. cno. copias), decisión que quedó formalmente ejecutoriada (fl.168).

1.3. Previamente haber cerrado la etapa investigativa, mediante providencia del 29 de junio de 1995 calificó el mérito del sumario con resolución de acusación por el mismo delito que motivó la medida de aseguramiento. En ese proveído, aceptó la demanda de constitución de parte civil presentada a nombre de la denunciante (fls. 266 y ss. cno. copias).

1.4.- Recurrida en apelación la providencia calificatoria, la Unidad Nacional de Fiscalía Delegada ante la Corte Suprema de Justicia en resolución expedida el 10 de agosto de 1995, confirmó la acusación pero modificando la calificación jurídica que de los hechos hizo la primera instancia, para, en su lugar, declarar que la imputación corresponde al delito de cohecho propio descrito en el artículo 141 del Código Penal (fls.297 y ss. cno. de copias).

1.5.- Con fundamento en la decisión calificatoria de segunda instancia, la Unidad de Fiscales Delegados ante los Tribunales Superiores de Distrito Judicial de Antioquia y Medellín, ordenó compulsar copias del

expediente "para que sea investigado el delito de cohecho en que pudo haber incurrido la señora Aleyda María Vargas" (fl. 307).

1.6.- Llegado el proceso enjuiciatorio a conocimiento de la Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia, se ordenó, por el Magistrado Sustanciador, "dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 446 del Código de Procedimiento Penal, esto es poner el expediente "a disposición común de los sujetos procesales, por el término de treinta días hábiles, para la preparación de la audiencia pública, solicitar las nulidades que se hayan originado en la etapa de instrucción que no se hayan resuelto y las pruebas que sean conducentes" (fl. 310).

1.7.- Mediante memorial presentado el 11 de septiembre de 1995, el defensor solicitó al Tribunal "examinar la viabilidad de revocar la personería para actuar, en adelante, a la Parte Civil reconocida" en el proceso, en razón de haber sufrido modificación la calificación jurídica de los hechos (fl. 313).

1.8.- Por escrito presentado el 9 de octubre de 1995, el representante de la parte civil solicitó "DECRETAR LA NULIDAD de lo actuado a partir de la providencia de fecha 10 de agosto del año que discurre (1995), donde se desata la Segunda instancia variando la resolución de acusación del DELITO DE CONCUSION, al DELITO DE COHECHO PROPIO" (fls. 396 y ss. cno. copias).

2. La providencia impugnada

El Tribunal "en atención a la solicitud del señor defensor y considerando que por tratarse de un proceso de partes es prioritario en el contradictorio dejar claramente establecida la personería sustantiva de los sujetos procesales, sobre todo frente al nuevo rumbo que ha tomado la acusación con providencia de segunda instancia" se ocupó del tema "antes de emitir cualquier otro pronunciamiento relacionado con el trámite ordinario del juicio", resolviendo revocar la admisión de la demanda de parte civil presentada a nombre de la denunciante Aleyda María López (fls. 417 y ss. cno. de copias).

Advierte el Tribunal que "con la connotación jurídica que el *ad quem* dio a los hechos investigados, es ley del proceso que en este caso la demandante no es sujeto pasivo de ninguna infracción penal sino agente de otro reato contra la Administración Pública, pues como propiciadora de un cohecho activo, y a fuer de ser este un delito bilateral, su conducta es constitutiva de un cohecho por dar u ofrecer, por lo que ella aduce como perjuicio material no es otra cosa que el precio de la corrupción".

Este cambio en la calificación jurídica de los hechos, dice, condujo a que se deslegitimara la causa adelantada por la Parte Civil, por haber

perdido vigencia los presupuestos que se tuvieron en cuenta para ser admitida como tal en el proceso, pues la condición de este sujeto procesal se pierde, no solamente cuando se indemnizan los perjuicios ocasionados con el delito, sino, también, cuando se establece que la pretensión está fundada en el propio dolo, esto es en causa ilícita, como sucede con el delito de cohecho.

3. Argumentos del recurrente

Estima que en el presente caso no concurre ninguno de los modos consagrados en la legislación para declarar la extinción de las obligaciones nacidas con el hecho punible, como tampoco la exigencia de haberse proferido preclusión de la instrucción, cesación de procedimiento o sentencia absolutoria, para admitir la imposibilidad legal de proseguir la acción civil dentro del proceso penal en curso.

Considera igualmente, que al haberse calificado el sumario con resolución de acusación por el delito de cohecho, esta adecuación es meramente provisional y puede sufrir variación en el curso del juicio, como consecuencia de las pruebas que durante él se recauden o porque el juzgador encuentra que hubo error en la calificación jurídica de los hechos objeto de investigación.

Por lo anterior, porque hay una petición de nulidad aún no resuelta y porque existe una solicitud de pruebas que conduciría a conservar la calificación inicialmente impartida en el curso de la instrucción, estima que la Parte Civil posee legitimación para continuar actuando en el proceso que se adelanta y, en esa medida, demanda de la Corte la revocatoria de la providencia impugnada (fls. 426 y ss. cno. copias).

Se Considera

Destaca la Sala que el auto admisorio de la demanda de parte civil dentro del proceso penal, es de aquellos que cobran ejecutoria formal, pues al estar supeditado a la prueba en la legitimidad del demandante, puede ser revocado por el respectivo funcionario cuando esta legitimidad aparezca desvirtuada en el proceso, ya que la presencia de este sujeto procesal no es presupuesto necesario para el adelantamiento del trámite, ni condiciona el proferimiento de actos posteriores, al punto que la actuación debe llevarse a cabo así no exista parte civil reconocida.

Lo anterior porque si bien la posibilidad de revocar tal proveído no se halla regulada de manera expresa en la legislación procesal vigente, como sí lo estaba en el anterior estatuto procedimental (art. 44 Decreto 050 de 1987) ha de entenderse que el artículo 204 del C. de P.P. faculta al funcionario para tomar una determinación en ese sentido si la prueba sobre la legitimidad en la personería del demandante ha sido modificada.

Ya en relación con el caso *sub judice* resulta necesario aclarar que aunque la Corte no tiene ninguna posibilidad de adentrarse en el estudio de la calificación impartida por la Fiscalía, porque de hacerlo incurriría en desbordamiento de la competencia para decidir aspectos que no son objeto del recurso de alzada (art. 217 del C. de P.P. modificado por el artículo 34 de la Ley 81 de 1993), es lo cierto que la providencia recurrida se hace depender de aquella que, como se sabe, y acertadamente lo concluye el Tribunal, en el esquema actual del proceso delimita el marco fáctico y jurídico sobre el cual debe versar el juzgamiento.

En efecto, si bien la investigación se inició con fundamento en la denuncia presentada por Aleyda María López contra la ex Fiscal Gladys Elena Zapata Duque, y a estos hechos se les dio, inicialmente, la connotación de ser constitutivos de concusión, pues así se definió en la resolución de situación jurídica y fue calificado el mérito del sumario en primera instancia, lo que originó la admisión como parte civil de la denunciante, es también cierto que al momento de desatarse la apelación interpuesta por el defensor de la sindicada, la Unidad de Fiscalía Delegada ante la Corte encontró que las pruebas revelaban la presencia de un delito de cohecho, en cuya comisión, atendiendo ese carácter que la doctrina identifica de bilateral, se hallarían involucradas como sujetos activos de la conducta, tanto denunciante como sindicada, y, con esa modificación, le impartió confirmación al llamamiento a juicio.

Ahora bien, aunque la razón de ser de la parte civil en el proceso penal, es precisamente perseguir la indemnización del agravio privado inferido con la comisión del delito (art. 1494 C.C.), cuando se ha dispuesto mediante providencia en firme, como sucede en este caso, que la presuntamente ofendida, no fue víctima sino que con su conducta pudo haber realizado, igualmente, una de las formas típicas de afectación de la administración pública, penalmente castigada, su pretensión indemnizatoria pierde toda legitimidad, imponiéndose su separación del devenir procesal a efecto de mantener un estricto equilibrio en el adelantamiento del juicio, pues su intervención, ante la ausencia de interés jurídico para ello, puede resultar perjudicial para los fines de la administración de justicia en la búsqueda de la verdad material.

No se trata, entonces, como lo alega el recurrente, de separársele de la actuación por haber concurrido alguna de las causales que extinguen las obligaciones derivadas del hecho punible, ni por haberse proferido decisión adversa a lo pretendido en la demanda, sino simplemente porque, en las actuales circunstancias, frente a la realidad fáctica del proceso resulta evidente que, ante una pretensión resarcitoria originada en actos de corrupción reprochables y punibles, las aspiraciones patrimoniales de la parte que representa poseen causa ilícita que no genera el nacimiento de obligación civil alguna (art. 1524 C.C.), con lo que carece de legitimidad para continuar interviniendo, como se dejó visto y, en esa medida, des-

aparece la condición jurídica de perjudicada u ofendida con el hecho punible que inicialmente se le atribuyó a la denunciante.

Esta circunstancia, mientras no varíe, impide que la Parte Civil pueda seguir participando en el adelantamiento de la causa, menos cuando la legitimidad para ello, en el momento de ahora, se quiere derivar por el impugnante de unas pruebas no recaudadas que, en su criterio, conducirían a la modificación de la calificación jurídica, retornándola a aquella que fue negada por la Fiscalía de segunda instancia al desatar la alzada interpuesta por la defensa contra la acusación.

Por esos motivos, advierte la Sala que la impugnación interpuesta no está llamada a prosperar y, en consecuencia, se impone mantener la providencia recurrida, para que el Tribunal proceda a continuar con el juzgamiento.

Ello no impide, como es obvio, que el Juzgador haciendo uso de su facultad discrecional para decretar pruebas de oficio, disponga el recaudo de las que echó de menos la parte que es separada del proceso, y tampoco, que con fundamento en ellas, de ser necesario, oportunamente adopte los correctivos que el juicio amerite.

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

RESUELVE:

CONFIRMAR la providencia objeto de apelación, por lo anotado en la motivación de este auto. Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

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.

DELITO POLITICO

De la Aplicabilidad de la Ley:

El texto de la Ley 104 de 1993 se prestaba a variadas interpretaciones acerca de la aplicabilidad o no de sus normas referentes a las causales de extinción de la acción y de la pena en casos de delitos políticos, contenidas en el Título III de la Primera Parte de la mencionada Ley, artículos 48 y siguientes, a los miembros de las llamadas "Milicias Populares".

Los artículos 48 a 60C de la Ley 104 de 1993, modificada y adicionada por la Ley 241 de 1995, señalan la procedencia de la concesión, para el asunto concreto que hoy ocupa a la Sala, de la cesación de procedimiento, siempre y cuando el peticionario se ajuste a las siguientes condiciones:

a.- Que confiese, haya sido o fuere denunciado o esté siendo procesado por hechos constitutivos de los delitos políticos de rebelión, sedición, asonada, conspiración o los conexos con éstos.

b.- Que no haya sido aún condenado mediante sentencia ejecutoriada.

c.- Que le haya sido expedida por el Ministerio de Justicia y del Derecho la correspondiente certificación y haya sido remitida por esa dependencia gubernamental a la autoridad judicial ante quien se deba adelantar el trámite, y

d.- Que no se trate de delitos atroces, genocidios, homicidios cometidos fuera de combate o con sevicia o colocando a la víctima en estado de indefensión, secuestro o a actos de ferocidad o barbarie.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D.C., veinte (20) de agosto de mil novecientos noventa y seis (1996).

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

Aprobado Acta No. 101 (10 07 96)

Proceso: 11439

VISTOS

Decide la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia la impugnación presentada por el defensor del procesado Andrés Emilio Bedoya Quintero, contra la decisión del 15 de diciembre de 1994, por medio de la cual el Tribunal Nacional negó la aplicación de la Ley 104 de 1993 en favor del procesado.

HECHOS

El 10 de septiembre de 1992, el agente de la Policía Nacional Carlos Mario Zapata Tamayo abordó a las 4:55 de la tarde en zona céntrica de Medellín (Antioquia), un taxi-colectivo de servicio público para que lo transportara a él y a su esposa, María Magnolia Torres Cárdenas, hasta el barrio llamado Popular 1. En el mismo colectivo se subió una pareja y un infante, apeándose del automotor al llegar al puente conocido como "Los balsos" la mujer y el niño, sitio en el que el hombre que acompañaba a aquellos y que se había quedado en el colectivo sentado junto a Zapata Tamayo, le puso a éste un revólver en la cintura al tiempo que le preguntaba si se trataba de "un raya" obligándolo a identificarse mediante la exhibición de su carné de miembro de la Policía Nacional.

El viaje continuó con el conductor al mando del colectivo, Zapata Tamayo encañonado y su esposa, de la que el agresor, identificado posteriormente como Andrés Emilio Bedoya Quintero, no sabía el vínculo con Zapata, como testigo, advirtiéndole el portador del arma a Zapata que los "policías eran unos sapos, que eran muy pocos los que querían a las milicias" al tiempo que le impedía descender del vehículo al llegar a su destino para obligarlo a seguir hasta el paradero de la ruta, donde lo hizo bajar con las manos puestas en la cabeza, para descerrajarle dos tiros, con el revólver pegado a la cabeza, en la región auricular izquierda, justo cuando el agente Zapata ponía el pie en el piso, rematándolo con dos disparos más en la región occipital izquierda.

Consumado el crimen, el asesino se dirigió a María Magnolia para averiguarle por su relación con el ahora occiso, compeliéndola a irse en el mismo colectivo, sin averiguar nada, al tiempo que se expresaba en términos denigrantes de aquel al que había acabado de segar la vida.

ANTECEDENTES

Por los anteriores hechos se inició la correspondiente investigación por parte de la Fiscalía 3ª Delegada de la Unidad 1ª de Investigación Previa de Medellín, la que adelantó algunas diligencias y puso las mismas a disposición de la Dirección Regional de Fiscalías de la misma ciudad, la que finalmente llevó la investigación hasta proferir resolución de acusa-

ción en contra de Andrés Emilio Bedoya Quintero por los delitos de homicidio agravado con fines terroristas y porte ilegal de armas.

Ejecutoriada la acusación, y adelantada la correspondiente audiencia pública, un Juzgado Regional de Medellín condenó a Bedoya Quintero a 16 años y 3 meses de prisión como responsable del homicidio agravado con fines terroristas del agente de la Policía Nacional Carlos Mario Zapata Tamayo, en concurso con porte ilegal de armas, providencia contra la cual interpusieron recurso de apelación el procesado y su defensora.

Concedido el recurso de apelación el asunto fue al Tribunal Nacional, adonde el 22 de noviembre de 1994 se hizo llegar desde el Ministerio de Justicia y del Derecho el poder conferido por el procesado Bedoya Quintero, el escrito de su apoderado solicitando la aplicación en favor de aquel de la Ley 104 de 1993, por cuanto "los hechos por los que se encuentra condenado o sindicado fueron motivados por su condición de rebelde, razón por la cual procede su conexidad con los delitos políticos" y fotocopia del acta No. 55 del 21 de septiembre de 1994 suscrita por los señores Ministro y Viceministro de Gobierno, en la que figura el peticionario como miembro de las "Milicias del Pueblo y para el Pueblo".

Mediante fallo del 15 de diciembre de 1994, una Sala de Decisión del Tribunal Nacional despachó simultáneamente en la misma providencia la solicitud de aplicación de la Ley 104 de 1993 y la apelación de la sentencia condenatoria que había sido motivo de la alzada.

En lo atinente a la negativa de aplicabilidad de la Ley 104 de 1993, el Tribunal Nacional se expresó así:

Consideró que a los integrantes de "milicias populares rurales o urbanas" les son aplicables únicamente los beneficios de los artículos 369A y 369B del Código de Procedimiento Penal, pues los demás beneficios que consagra la misma Ley están dirigidos a los grupos guerrilleros, no a las milicias populares.

El Tribunal interpreta el artículo 14 de la Ley 104 de 1993, indicando que la facultad del Gobierno Nacional con respecto a las "milicias populares con carácter político" es únicamente la de propiciar los diálogos a efectos de convenir su desmovilización y entrega para la concesión de los beneficios de los artículos 369A y 369B del Código de Procedimiento Penal. Apoya su tesis en el análisis de los artículos 17 y 19 a partir del cual asimila las milicias populares rurales o urbanas a los llamados grupos paramilitares, para continuar con la cita de los artículos 48, 53 y 55 a 60 de la misma Ley, desde los cuales sigue abundando en razones sobre la exclusividad de los beneficios de indulto, cesación de procedimiento, preclusión de instrucción y resolución inhibitoria para los grupos guerrilleros, excluyendo de ellos expresamente a las milicias populares.

Finaliza la parte del fallo, pertinente a la aplicación de la Ley 104 de 1993, señalando que además de las razones anteriores, esa norma no cobija a Bedoya Quintero por cuanto el hecho por el que se le condenó es un "homicidio con fines terroristas, cuya pena mínima excede de 8 años de prisión, cometido fuera de combate y aprovechándose del estado de indefensión de la víctima".

La Impugnación

De la sentencia del Tribunal Nacional, el apoderado de Bedoya Quintero solicitó la nulidad por violación del parágrafo del artículo 56 de la Ley 104 de 1993, pues la sentencia, que dice está contenida en el auto interlocutorio del 15 de diciembre de 1994, no ha debido producirse por cuanto para todos los efectos, excepto los expresamente señalados por la misma norma, la actuación ha debido suspenderse una vez presentada la solicitud de aplicación de la Ley 104.

Adicionalmente interpuso recurso de apelación contra "el mismo auto", en cuanto se refiere a la parte que le niega el reconocimiento como sujeto de la Ley 104 de 1993 a su procurado Bedoya Quintero.

Sustenta el recurso a partir del análisis sociológico del origen de las llamadas milicias populares y de la teleología de la Ley 104 de 1993, de donde concluye la aplicabilidad de la misma a tales organizaciones, pues los delitos que cometen deben ser calificados de naturaleza política, como, dice, ya lo ha reconocido el mismo Tribunal en otras oportunidades, entre las cuales cita las causas 6674 y 6749.

Concluye su alegato solicitando a la Corte, de una parte, "que declare la nulidad del auto interlocutorio proferido por el Tribunal Nacional en Sala de Decisión el 15 de diciembre de 1994 en lo que se refiere a la confirmación de la sentencia condenatoria" por no haberse tenido en cuenta el parágrafo del artículo 56 de la Ley 104 de 1993; y, de otra, que se revoque "dicho interlocutorio" en cuanto negó la cesación de procedimiento y en su lugar se ordene.

Consideraciones de la Corte

Antes de asumir el estudio en concreto de la decisión materia de alzada, aclárase que la petición de nulidad de la sentencia que de alguna manera informa el recurso presentado por el impugnante, no será objeto de decisión en esta oportunidad, pues la Sala únicamente puede asumir el estudio del acápite de tal acto procesal que se refiere a la procedencia o no de la cesación de procedimiento en favor de Andrés Emilio Bedoya Quintero, decisión interlocutoria contenida en el texto de la sentencia.

La decisión recurrida será objeto de confirmación por parte de esta Corporación, por las razones que a continuación se exponen:

I. De la Aplicabilidad de la Ley:

El texto de la Ley 104 de 1993 se prestaba a variadas interpretaciones acerca de la aplicabilidad o no de sus normas referentes a las causales de extinción de la acción y de la pena en casos de delitos políticos, contenidas en el Título III de la Primera Parte de la mencionada Ley, artículos 48 y siguientes, a los miembros de las llamadas "Milicias Populares".

Las diversas posiciones hermenéuticas, se originaban en la confusa redacción del aludido Título en contraposición con la del Capítulo I del Título I, donde se establecía que "tratándose de personas vinculadas a grupos subversivos, de justicia privada o denominados "milicias populares rurales o urbanas" (...) tendrán derecho a los beneficios señalados en los artículos 369 A y 369 B del Código de Procedimiento Penal, siempre y cuando se cumpla con los requisitos y criterios allí previstos"[1], a lo que además contribuía todo el resto del texto legal en el que el legislador establece diferencias entre "grupos guerrilleros" y "grupos subversivos de justicia privada o denominados milicias populares rurales o urbanas", por lo que eran perfectamente atendibles tesis como las esgrimidas por el Tribunal Nacional en la providencia que se revisa, en la que concluyó que a los miembros de las "milicias populares" únicamente podrían reconocérseles los beneficios de los artículos 369 A y 369 B del Código de Procedimiento Penal.

Sin embargo, el legislador, probablemente consciente de la confusión generada por la redacción de la Ley 104 de 1993, aclaró tales vacíos en la Ley 241 de 1995[2], "por la cual se prorroga la vigencia, se modifica y adiciona la Ley 104 de 1993", así:

A través del artículo 7, en el que manifestó que "las normas del presente Capítulo (se refiere al III del Título I de la primera parte de la Ley 104) son aplicables a las milicias populares a quienes el Gobierno Nacional reconozca carácter político"; y por medio del artículo 30 mediante el cual introdujo un artículo nuevo, el 60 B, señalando que "las normas del presente título[3] son aplicables a las Milicias Populares con carácter político con las cuales el Gobierno Nacional firme o haya firmado Acuerdos de Paz".

Habida cuenta de la claridad de la nueva Ley que consagra instrumentos para la búsqueda de la convivencia pacífica, debe concluirse que los integrantes de las llamadas Milicias Populares que hayan logrado acuerdos de paz con el Gobierno Nacional, pueden ser sujetos de los beneficios

[1] Ley 104 de 1993, artículo 9°.

[2] Diario Oficial N° 42.719, febrero 14 de 1996.

[3] Se refiere al Título III, de la Primera Parte de la Ley 104 de 1993: "Causales de Extinción de la Acción y de la Pena en Casos de Delitos Políticos".

de cesación de procedimiento, resolución de preclusión de la instrucción o resolución inhibitoria, según sea el estadio procesal en el que se presente la solicitud.

2. Del caso en concreto:

Los artículos 48 a 60C de la Ley 104 de 1993, modificada y adicionada por la Ley 241 de 1995, señalan la procedencia de la concesión, para el asunto concreto que hoy ocupa a la Sala, de la cesación de procedimiento, siempre y cuando el peticionario se ajuste a las siguientes condiciones:

a. Que confiese, haya sido o fuere denunciado o esté siendo procesado por hechos constitutivos de los delitos políticos de rebelión, sedición, asonada, conspiración o los conexos con éstos.

b.- Que no haya sido aún condenado mediante sentencia ejecutoriada.

c.- Que le haya sido expedida por el Ministerio de Justicia y del Derecho la correspondiente certificación y haya sido remitida por esa dependencia gubernamental a la autoridad judicial ante quien se deba adelantar el trámite, y

d.- Que no se trate de delitos atroces, genocidios, homicidios cometidos fuera de combate o con sevicia o colocando a la víctima en estado de indefensión, secuestro o a actos de ferocidad o barbarie.

Respecto del señor Andrés Emilio Bedoya Quintero se hallan perfectamente acreditados los literales "b y c", pues hay constancias procesales de que aún no ha sido condenado mediante sentencia ejecutoriada (folio 56 cuaderno del Tribunal Nacional) y el Ministerio de Justicia y del Derecho ha remitido las certificaciones sobre su condición de integrante de las llamadas "Milicias del Pueblo y Para el Pueblo" que llegaron a un acuerdo político final con el Gobierno Nacional en la forma y términos de la otrora Ley 104 de 1993 (folios 6 a 11, cuaderno citado).

Sin embargo de lo anterior, en lo que hace a los literales "a y d", no se encuentran acreditados tales requisitos de las Leyes 104 de 1993 (artículo 48) y 241 de 1995 (artículo 2°, parágrafo 2°) pues su procesamiento no obedece a delito político alguno, sino a uno de la más pura estirpe común, cometido además fuera de combate y colocando a la víctima en estado de indefensión.

En efecto, como ya tuvo oportunidad de recordarlo la Sala en providencia del 25 de noviembre de 1994, con ponencia de quien hoy desempeña similar labor, ha sido pacífica y reiterada la jurisprudencia de esta Corporación sobre la definición del delito político en los siguientes términos:

"Haciendo un parangón entre el delito común y el delito político, por su aspecto subjetivo, se ha dicho que en el primero el agente realiza el

hecho casi siempre por motivos innobles, o bajo el influjo de pasiones desbordadas, con perversidad, o con fines de venganza. Por el contrario en el segundo, los móviles son casi siempre políticos o de interés común; la aspiración a lograr un replanteamiento de las condiciones económicas, políticas y sociales de una colectividad son -por regla general- los factores determinantes de esta clase de delincuentes.

"Si estas son las notas características de este tipo de delito, cabe precisar:

1. Que envuelve siempre un ataque a la organización política e institucional del Estado.

2. Que se ejecuta buscando el máximo de trascendencia social y de impacto político.

3. Que se efectúa en nombre y representación real o aparente de un grupo social o político.

4. Que se inspira en principios filosóficos, políticos y sociales determinables.

5. Que se comete con fines reales o presuntos de reivindicación sociopolítica.

"A simple vista el delito político tiene un objetivo jurídico concreto sobre el cual recae o va dirigida su acción; el Estado como persona política o como institución política. Algunos consideran de tal naturaleza los llamados delitos contra la existencia y seguridad del Estado y los delitos contra el régimen constitucional.

"Con idéntica claridad el delito político tiene un modo especial de ejecución o modo de ser ajeno a su peculiar tipicidad, pero en estrecha conexión con ella: la repercusión, la representación, la inspiración y la motivación que siempre lo acompañan con absoluta fidelidad. Rasgos que se plasman en buscar el ámbito de su mayor difusión, en obrar a nombre de un segmento social o político y en hacerlo bajo la égida de una dialéctica de masas para lograr una concreta reivindicación socio-política.

"Se puede afirmar, por consiguiente, que además de la tipicidad que le corresponde a la acción, el delito político tiene un objeto específico y un modo de ejecución propio e inconfundible"[4].

Deviene de lo anterior, la necesaria conclusión de que el homicidio de un servidor público, desarmado o indefenso, no puede considerarse como delito político. Se pregunta la Corte de qué manera sirve para matar las

[4] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, mayo 26 de 1982, M.P. Dr. Fabio Calderón Botero.

instituciones del país, en la búsqueda del establecimiento de un orden más igualitario y justo, el asesinato de un agente de la Policía Nacional que se desplaza en un medio de transporte colectivo, desarmado, sin uniforme y sólo en compañía de su también indefensa esposa?, de ninguna manera, se responde la Corporación.

Evidentemente, la muerte causada al agente Carlos Mario Zapata Tamayo, lejos de contribuir de alguna manera a la solución de los problemas sociales del país, de la ciudad de Medellín (Antioquia), o del sector de las llamadas comunas populares del nororiente de esa capital, crea un nuevo factor de desequilibrio social, pues al quitarle la vida a quien era cabeza de familia, su viuda y huérfana quedan en el natural desamparo que las acerca más a la marginalidad social que a la prosperidad que la presencia, salario y prestaciones de su esposo y padre garantizaban.

La inutilidad desde el punto de vista político, en el sentido revolucionario que supuestamente justifica esa clase de violencia, niega de plano cualquier reconocimiento del homicidio del Agente de la Policía Nacional Zapata Tamayo como acto de lucha insurgente, pues no aparece por ninguna parte la esencia altruista, propagandística, o de transformación de las estructuras sociales que caracteriza los actos revolucionarios, al punto que son objeto de reivindicación de quien los realiza, reconocimiento que no sólo se explica en la necesidad de hacer conocer sus actos delictivos, sino en la convicción filosófica de que tales hechos, aunque violentos, se justifican dentro de la dialéctica del cambio social que así se busca.

En efecto, nótese cómo el propio sindicado nunca reconoció la autoría del hecho y cómo las "Milicias del Pueblo y Para el Pueblo" jamás reivindicaron el suceso, lo que encuentra obvia explicación en su nulo contenido político que naturalmente no les generaría reconocimiento social sino rechazo.

Pero no es solo la argumentación sobre la inexistencia de un delito político o conexo con él, lo que inspira a la Corte a confirmar la parte interlocutoria de la sentencia apelada, sino que también refuerza la posición de esta Corporación, la evidencia procesal que conduce a la doble conclusión de que el homicidio del Agente de la Policía Nacional Carlos Mario Zapata Tamayo, ocurrió fuera de combate y colocando a la víctima en situación de indefensión.

Evidentemente el encañonamiento de un hombre desarmado, su traslado en tal condición, con el arma pegada al cuerpo, y su ejecución cuando estaba casi hincado, no puede entenderse en manera alguna como un combate, la cobardía de este acto no deja asomo a la menor brizna del valor que caracteriza los enfrentamientos, el nulo riesgo asumido por el victimario no puede ser objeto de ningún reconocimiento y no puede tal acción equipararse, ni de lejos siquiera, por ejemplo, con una emboscada o un ataque sorpresivo, de los muchos que caracterizan la guerra irregu-

lar, ninguna virtud hay en tal acción, al contrario, aflora en grado sumo todo aquello que no debe ser la lucha insurgente.

Y qué decir del estado de indefensión en que se colocó a la víctima. Obsérvese que la norma habla de colocar a la víctima en tal estado, no de aprovecharse de él, y eso precisamente es lo que las piezas procesales demuestran: que Bedoya Quintero encañonó por el estómago, cuando estaba sentado junto a él, al agente Zapata Tamayo, que sin despegarle el revólver de su humanidad le impidió bajarse del colectivo en el que se movilizaba, y que sin separarle el arma de la cabeza, le propinó dos impactos en la región auricular izquierda (folio 15, cuaderno original No. 1) cuando el occiso apenas ponía un pie en el piso para apearse del automotor en el que viajó con su victimario (folio 16 vuelto), para rematarlo con dos disparos más en la región occipital.

Ninguna duda cabe sobre la indefensión de la víctima, y demostrativa plena de tal situación es el acta de la necropsia (folios 14 y 15, cuaderno original No. 1), en la que el médico legista registró que los disparos en la región auricular izquierda dejaron tatuaje, señal inequívoca de la proximidad de la boca de fuego del arma a la piel de la víctima; tampoco deja duda al respecto, la sectorización de los restantes disparos, alojados en la parte posterior del cráneo de Zapata Tamayo y que denotan la sevicia del victimario, en claro ejemplo de lo señalado por la jurisprudencia atrás citada acerca de que algunos delitos comunes se caracterizan, como este, por "motivos innobles, o bajo el influjo de pasiones desbordadas, con perversidad, o con fines de venganza".

En conclusión de lo expuesto, impónese la confirmación de la providencia objeto del recurso de apelación, pues el delito por el que está siendo procesado el peticionario de la gracia no es político, ni conexo con uno de tal naturaleza, es un homicidio cometido fuera de combate y colocando a la víctima en situación de indefensión.

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

RESUELVE

CONFIRMAR la parte de la decisión del 15 de diciembre de 1994, proferida por el Tribunal Nacional en cuanto negó la cesación de procedimiento en favor de Andrés Emilio Bedoya Quintero, con fundamento en la Ley 104 de 1993, modificada por la Ley 241 de 1995.

Notifíquese y cúmplase.

Carlos E. Mejía Escobar, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Carlos A. Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan M. Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

IRA E INTENSO DOLOR

La ira, producto de una agresión grave e injusta, parte del supuesto de que el sujeto conoce, comprende y se determina de acuerdo con esta comprensión, al cometer el ilícito. Sin embargo, las ofensas recibidas desatan sus emociones y por ello aunque se le encuentra responsable de sus actos, se le disminuye la pena por haber influido en sus actos una actividad externa. Fenómenos distintos, imposibles de confundir.

La administración de justicia al tener la obligación de investigar tanto lo favorable como lo desfavorable del procesado, ha de establecer las circunstancias en que se produjo el hecho, pues de acuerdo con ellas, es decir, con los pormenores del incidente, sus antecedentes, sus consecuencias, las reacciones mismas del procesado, puede llegar a establecer si fue la ira la que gobernó sus acciones, sin que ello indique que un razonamiento en tal sentido siempre esté circunscrito al terreno de las hipótesis o las especulaciones. Pero como lo señala el Ministerio Público, el imputado, en este caso rememoró someramente lo ocurrido, con la excusa de no recordar el desarrollo del suceso. Y en esa clase de eventos, no puede el fallador suponer, por cuenta propia situaciones desencadenantes del hecho que así, en esos términos se vuelven hipotéticas.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal.- Santa Fe de Bogotá, D.C., veinte (20) de agosto de mil novecientos noventa y seis (1996).

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

Aprobado Acta No. 119 (14-08-96)

Proceso: 9392

VISTOS

Decide la Sala sobre el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado Víctor Leonidas Uva Olarte contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, confirmatoria de la

dictada por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Paz de Ariporo, que halló responsable de un delito de homicidio perpetrado en la persona de Eustorgio Moreno Salgado, imponiéndole como pena principal la de diez (10) años de prisión, la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término, y a pagar a favor de la familia de la víctima la cantidad de seiscientos (600) gramos oro por los daños materiales y morales causados con la infracción.

Hechos

Los antecedentes y pormenores del hecho delictuoso fueron asumidos por el Tribunal con estas palabras:

"Aproximadamente a las 8 p.m. del 2 de noviembre de 1984, el señor Eustorgio Moreno Delgado entró a la cantina perteneciente a Julio Enrique Fernández, y luego de ubicarse en una de las mesas, solicitó una cerveza e igualmente le brindó al propietario. Poco después arribaron los señores Jorge Mojica y Orlando Sandoval, a quienes Eustorgio invitó a acompañarlo.

Posteriormente, el señor Moreno manifestó en voz alta su deseo de retirarse, pues se sentía ebrio, luego tomó su linterna de la mesa y después de levantarse cruzó el establecimiento y se situó frente a otra mesa que ocupaban Eleuterio Ortiz (a. Tarzán), Efrén Nieto, Tenorio Rojas, Héctor Sánchez y Víctor Leonidas Uva Olarte, lugar donde recibió el impacto de dos disparos que le hizo con pistola este último, uno de los cuales afectó el corazón y le produjo su fallecimiento.

Como circunstancias antecedentes a este trágico evento acaecido en el área urbana de Hato Corozal (Casanare), es dable afirmar que entre los señores Eustorgio Moreno Delgado y Víctor Leonidas Uva Olarte, mediaba enemistad generada en la discrepancia sobre construcción de un fundo en la sabana San José, ocasión en la que surgieron problemas con Omar Enrique Riveros, patrón de Leonidas. Con posterioridad, apareció una candela y quemó la casa edificada en San José, circunstancia que llevó a Eustorgio a formular denuncia por el delito de incendio, contra Omar y Leonidas. Finalmente, el señor Riveros sindicó al ahora occiso por hurto de ganado mayor, y como uno de los declarantes en esa investigación fue el aquí procesado, este otro factor ahondó las divergencias existentes.

Los hechos denunciados reúnen todos los requisitos que son de la esencia del art. 323 del Código Penal, ya que tal precepto incrimina a quien cause la muerte a otro. Igualmente, como sujeto activo de la conducta, fue identificado Víctor Leonidas Uva Olarte, hijo de Víctor Uva y María Dolores Olarte, natural y vecino de Hato Corozal, casado, trabajador de hatos, alfabeto, de 36 años de edad para la época de los hechos y portador de la C.C. # 17.542.244 de Tame (Arauca).

ACTUACIÓN PROCESAL

El Juzgado Promiscuo de Hato Corozal ordenó apertura de investigación y vinculó mediante indagatoria a Víctor Leonidas Uva Olarte, a quien le profirió medida de aseguramiento consistente en la detención preventiva como presunto responsable del delito de homicidio, en providencia del 10 de noviembre de 1984.

Luego de ser calificado por el instructor en providencia del 30 de julio de 1988, se dispuso su reapertura; nuevamente cerrada la investigación, mediante providencia del 22 de abril de 1989 el Juzgado Catorce de Instrucción Criminal dictó resolución de acusación en contra de Víctor Leonidas Uva Olarte, como responsable del delito anteriormente citado y ordenó revocar el beneficio de libertad provisional.

El conocimiento del asunto pasó al Juzgado Promiscuo del Circuito de Paz de Ariporo, despacho que en providencia del 6 de octubre de 1993, dictó sentencia de primera instancia en la que condenó al aquí implicado a la pena de 10 años de prisión como responsable del delito de homicidio en la persona de Eustorgio Moreno Delgado. Así mismo le impuso las penas accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal, así como el pago de perjuicios equivalentes a 600 gramos oro.

Apelada la decisión por el defensor del procesado, el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo en providencia del 13 de diciembre de 1993 la confirmó en su integridad.

Contra el fallo de segunda instancia interpuso recurso extraordinario de casación el defensor del procesado, el cual fue concedido oportunamente; del libelo presentado tras declararlo ajustado a la ley se dispuso el traslado a la Procuraduría Delegada en lo Penal.

LA DEMANDA

Plantea un único cargo por violación indirecta de la ley sustancial proveniente de un error de hecho por falso juicio de identidad. La sentencia, a su juicio, vulneró el artículo 60 del C.P., en concordancia con el 323, al distorsionar la prueba "...en su significación objetiva y real pues le dio un contenido menor del que realmente tiene, con lo cual se dejó de reconocer la atenuante genérica consagrada en las normas sustanciales citadas".

Luego de transcribir los apartes pertinentes de los fallos de instancia resalta el del inferior por negar la diminuente de la ira al considerar intranscendente el término de "lambón o sapo" que utilizara el occiso en contra del procesado, incapaz de suyo para generar el estado emocional previsto en la ley para aminorar la pena. Del superior critica el haber

avalado al inferior, calificando abstractamente los improperios como reclamos.

Continúa su exposición recordando el argumento adicional del *ad quem* sobre la obligación que tenía el encartado de alegar las emociones que gobernaron su actuar: Su silencio, al decir del Tribunal, implica la improcedencia de su reconocimiento pues, de lo contrario, se estarían elaborando juicios hipotéticos, teniéndose en cuenta que se está frente a un sujeto imputable, conforme al dictamen psiquiátrico que obra en autos.

A su modo de ver, con este razonamiento, la Corporación confunde el alcance del examen psiquiátrico, es decir, la imputabilidad como modo de ser y de actuar del sujeto, o lo que es lo mismo, su capacidad de conocer, entender y querer un determinado acto, con una de las circunstancias accidentales de la conciencia, como es la memoria, la cual puede o no estar presente en una conducta imputable. La pericia aclara el punto cuando se muestra incapaz de establecer si realmente el procesado recuerda o no lo sucedido "...pues este es un dato subjetivo, no corroborable, mediante examen...".

Como no es posible dentro del proceso descartar la amnesia sufrida por el procesado, el Tribunal no debió desecharla con el argumento de su imputabilidad, ni mucho menos por el hecho de no haberla alegado, pues ello implica entrar en el campo de la especulación. Para comprender el alcance del hecho el Tribunal contaba con las demás pruebas obrantes en la actuación integral al cual estaba ligado según el mandato del artículo 334 del C. de P.P.

La irrelevancia de los términos desobligantes que el interfecto le dirigiera a su prohijado también son materia de su análisis. La indagatoria le sirve como punto de referencia pues en ella Víctor Leonidas relata las ofensas que Eustorgio le propinara a su amor propio, por haber declarado en contra suya en un proceso que se le seguía por hurto de ganado, cuya certificación obra a folio 153 del expediente.

Por dicho asunto Eustorgio estuvo detenido durante varios meses. Al serle decretada su libertad provisional y regresar a Hato Corozal, se encuentra con Alberto Naranjo, otra de las personas que también figuró como testigo de cargo, haciéndolo objeto de injurias, ofensas y amenazas, como lo atestigua Omar Enrique Riveros Morales a folio 43 vto quien supo por terceras personas que también a Leonidas Uva Olarte lo había hecho objeto de ultrajes de todo tipo, lanzándole toda clase de epítetos.

Esta conducta desobligante del occiso también salió a relucir contra Evangelino Rivera Alarcón, secretario del juzgado de la localidad, a quien cinco días antes de su muerte lo hizo víctima de improperios, ofensas a su amor propio, agresiones y amenazas de muerte.

Aunque el casacionista reconoce que su cliente sufre alteraciones de su personalidad cuando ingiere licor, ello no implica que su conducta no haya sido socialmente buena pues no se encuentran sindicaciones de ningún orden. No sucede lo mismo con la víctima a quien le aparecen diversas imputaciones (fols. 152, 153, 154, 269 y 270) amén de los comportamientos de que ya dio cuenta anteriormente. Todo ello confirma las palabras de Riveros Morales por lo que, si en los fallos no se demerita su capacidad probatoria, su dicho debe ser tenido como prueba en forma completa. Limitar las ofensas a uno de los varios calificativos insultantes lanzados por el occiso en contra de Uva Olarte, implica disminuirlo.

Por consiguiente, entendiendo los hechos en toda su dimensión y valorando las pruebas en su connotación objetiva,

"...se tiene que con la ofensa 'cojo sapo' tendió el occiso a burlarse injustamente de su defecto físico y a desacreditar el valor civil que tuvo el procesado para declarar judicialmente; con la provocación de 'lambón' reafirmó la ofensa anterior y con el agravio 'hijo de puta' injurió el honor de su señora madre (q.e.p.d.) y su amor propio lo cual constituye no solo una ofensa y provocación grave sino que además tipifica una conducta delictual de por sí grave e injusta. Lo mismo tiene que decirse del desafío y la amenaza pues son implícitamente provocaciones y dados todos los antecedentes ellas eran injustas y graves.".

Así las cosas, los motivos determinantes del hecho fueron causados por esta conducta provocadora, injusta y antisocial que se repitió el día de los hechos cuando el occiso se dirigió directamente al condenado sin tener por qué hacerlo, como la prueba testimonial lo demuestra (Efrén Nieto, Tenorio Cáceres, Julio Fernández, Orlando Sandoval y Jorge Mojica) junto con el croquis de reconstrucción (visible a folio 128). No importa, a su juicio, que en el momento concomitante a los hechos no hubiese existido incitación directa pues ya ella se había surtido.

Si se dieron los requisitos del artículo 60 del C.P. " y si los juzgadores hubiesen valorado la prueba en su integridad y hubiesen comprendido los hechos en su verdadera dimensión habrían reconocido la atenuante alegada." Por consiguiente solicita se case la sentencia impugnada y se dicte en su lugar la que corresponda.

Concepto de la Procuraduría Segunda Delegada en lo Penal

Considera que el casacionista incurre en desaciertos técnicos. Pese a invocar la causal primera, segundo cuerpo, al desarrollar la censura expone razones propias de la causal tercera y de la primera en el campo del error de derecho por falso juicio de convicción. Si lo que pretendía era denunciar la violación al principio de la investigación integral, ha debido

hacerlo por la vía de la nulidad, formulando la tacha en forma independiente. De igual manera, si se trataba de un error de estirpe fáctica no ha debido atacar la valoración probatoria del Tribunal, a sabiendas de la ausencia de tarifa legal en nuestro medio.

De todas maneras, tampoco una presentación adecuada le habría traído el éxito esperado. Si se tiene en cuenta que el argumento central está supeditado a la omisión de la cita textual de cada una de las ofensas inferidas por el occiso al procesado, resulta que no es posible exigir el señalamiento pormenorizado de cada uno de los calificativos. Basta con hablar genéricamente de los agravios como bien lo hace el fallo al calificarlos de insuficientes para tildar su comportamiento de grave e injusto.

Además, el Tribunal deduce de la declaración de Riveros también la amenaza de muerte que Víctor Leonidas le dirigiera a su víctima "...con lo que se evidencia que la reacción del sentenciado rebasó ampliamente las fronteras de la diminuente, para radicarse en los terrenos de la venganza.". El acervo probatorio demuestra que el occiso departió con amigos en el mismo establecimiento donde se encontraba el procesado, sin que se hubiese presentado provocación de su parte. Solo cuando se preparaba para abandonar el lugar fue ultimado por el acusado, lo cual comprueba que la agresión fue producto del ánimo belicoso que adoptaba cuando ingería licor, concretando de esa manera la amenaza de muerte de días atrás.

En lo que se refiere a la inconformidad del censor respecto a la apreciación que da el Tribunal al dictamen psiquiátrico, sus afirmaciones no corresponden a la realidad. Según el Ministerio Público:

"En verdad, la exteriorización de la causa que motivó su reacción tan solo compete al sentenciado, razón por la cual el término "obligación" empleado por el Tribunal, no puede entenderse como un requisito adicional a los exigidos en el artículo 60 del C.P., sino que al haberse establecido la condición de imputable de Uva Olarte, con base en el peritazgo psiquiátrico, estaba en capacidad de exponer en su injurada el estado en que se encontraba para cuando sucedieron los hechos, esto es, que estaba afectado por la ira causada por las ofensas e improperios lanzados en su contra por Eustorgio Moreno, lo que le produjo tal dolor que lo llevó a reaccionar en esa forma propinándole la muerte y, no limitarse a rememorar el ultraje en forma somera con la excusa de no recordar lo sucedido, imponiéndoles a los juzgadores el conocimiento real de los hechos con un eventual perjuicio para sus propios intereses.".

Dado que el casacionista, con acertado criterio, apreció en su conjunto el material probatorio y concluyó en forma acertada sobre la inaplicabilidad de la diminuente de la ira, la Delegada solicita de la Sala no casar el fallo impugnado.

La Corte

Como bien lo anota el Ministerio Público, aunque el actor plantea un error de hecho por falso juicio de identidad, en el desarrollo de su censura agita, de un lado, argumentos propios de un error de derecho por falso juicio de convicción, y del otro, de la causal tercera. En efecto, si hubiese sido fiel al enunciado que propuso le habría bastado con señalar el contenido del examen psiquiátrico practicado al encartado y la tergiversación de que fuera objeto por el Tribunal, atribuyéndole resultados diferentes. Lo propio debía haber hecho respecto del testimonio de Riveros Morales y de la totalidad del acervo probatorio, resaltando en cada caso, cuál fue la distorsión que al final provocó la decisión adversa a los intereses de su poderdante.

El primer pilar de su argumentación lo construye en torno a las ofensas. Como quiera que en las instancias no se habló de todas ellas, especificándolas claramente, recordando sus epítetos, mostrando su frecuencia, enseñando la totalidad de las palabras, ello le basta para predicar que no se tuvieron en cuenta y por ello, al final no se les atribuyó la importancia que merecían.

Dos cuestiones se desprenden de esta afirmación.

La primera tiene que ver con la cuantificación de las expresiones desobligantes. Si el *a quo* o el Tribunal no las detallaron en su conjunto esto no quiere decir que no las hayan tenido en cuenta. Aunque no las reseña en su totalidad el *a quo* advierte que "...si entre los protagonistas hubo encuentros infortunados el occiso profirió en contra de su victimario injurias y ofensas, mas no amenazas, como sucedió al contrario.".

Es claro, por consiguiente, que cuando luego vuelve sobre el tema y habla sobre el apelativo de "sapo lambón" está ejemplificando sobre las ofensas y no las reduce a este simple epíteto. El Tribunal también se refiere genéricamente a los problemas habidos entre ambos calificando las expresiones injuriosas como "ofensas".

No fue, por tanto, el aspecto cuantitativo el que influyó en las decisiones condenatorias. En ambas instancias se fue consciente de que las ofensas fueron plurales y dichas en varias oportunidades. Fue su escasa trascendencia la que obligó a desecharlas como motivo suficiente para generar la ira y con ella convertir en beneficiario de la diminuente al procesado.

Aquí surge la segunda reflexión en torno a la importancia mayúscula que tienen para el censor las ofensas, en contraposición a la opinión del *ad quem* para quien su trascendencia es mínima. Como bien puede verse, este enfrentamiento de criterios sobre cuál ha de ser la dimensión adecuada que merecen los improperios, se resolverá siempre en favor del

fallador, salvo que sus argumentos fuesen tan ostensiblemente irracionales, como para encontrar en ellos un marginamiento absoluto de las reglas de la experiencia.

Esta impugnación extraordinaria busca remediar posibles yerros judiciales en tanto no se ajusten a la realidad procesal o a la normalividad vigente. No son permisibles, por tanto, evaluaciones sobre juicios de valor que hayan plasmado los sentenciadores siempre que ellos se verifiquen dentro de las normas de la sana crítica, la lógica y la experiencia.

Si sus apreciaciones encuentran apoyo en el acervo probatorio, otros reparos posibles formulados por las partes se reducen al terreno de las simples hipótesis, importantes para cuando se realizaba el debate de instancia pero inanes, por lo dicho, en esta especialísima sede. Cualquier crítica, al respecto, carece del sostén necesario para acometer su estudio.

Ahora, otro de los aspectos que llaman la atención del recurrente para fortalecer su cargo gira en rededor de la imputabilidad. Basa su razonamiento en algunas palabras dichas por el Tribunal sobre esa condición personal, para responder a la solicitud de la defensa de favorecer a Uva Olarte con la diminuente de la ira.

Es cierto que el Tribunal contesta la inquietud de la defensa haciendo una exposición sobre la imputabilidad, buscando demostrar que, en el momento de ocurrir los hechos, Uva Olarte no estaba afectado por trastorno mental o inmadurez psicológica, y dedicándose a dar todo tipo de explicaciones en orden a demostrar que el sujeto de la conducta se encontraba en uso cabal de sus sentidos dado que solicitaba la venta de cerveza y cancelaba el consumo en forma normal.

Exacta la apreciación, sin duda. La ira, producto de una agresión grave e injusta, parte del supuesto de que el sujeto conoce, comprende y se determina de acuerdo con esta comprensión, al cometer el ilícito. Sin embargo, las ofensas recibidas desatan sus emociones y por ello aunque se le encuentra responsable de sus actos, se le disminuye la pena por haber influido en sus actos una actividad externa. Fenómenos distintos, imposibles de confundir.

Algo de razón tiene el recurrente entonces cuando critica al Tribunal por rechazar la aplicación de la diminuente argumentando que no fue alegada por el procesado al momento de rendir su indagatoria. Independientemente de si alude a ella o no, para explicar su comportamiento, la administración de justicia al tener la obligación de investigar tanto lo favorable como lo desfavorable del procesado, ha de establecer las circunstancias en que se produjo el hecho, pues de acuerdo con ellas, es decir, con los pormenores del incidente, sus antecedentes, sus consecuencias, las reacciones mismas del procesado, puede llegar a establecer si fue la ira la que gobernó sus acciones, sin que ello indique que un razonamiento

en tal sentido siempre esté circunscrito al terreno de las hipótesis o las especulaciones. Pero como lo señala el Ministerio Público, el imputado, en este caso rememoró sumariamente lo ocurrido, con la excusa de no recordar el desarrollo del suceso. Y en esa clase de eventos, no puede el fallador suponer, por cuenta propia situaciones desencadenantes del hecho que así, en esos términos se vuelven hipotéticas.

Además no fueron éstos los únicos motivos que tuvo el *ad quem* para rechazar la atemperante. Acertó al examinar la conducta de la víctima en busca de establecer un posible comportamiento grave e injusto, similar al que había tenido con el procesado en tiempos pasados cuando le recriminó con palabras soeces el que hubiese declarado en su contra.

Recuerda el fallador que el día de autos el occiso observó un comportamiento comedido y respetuoso con sus contertulios. Aquí se vale de los testimonios de Enrique Riveros Morales y de Tenorio Cáceres, este último de suma importancia pues relata cómo el acusado se acercó a la mesa de Eustorgio y le dio unos empujones a Orlando Sandoval llegando incluso a derramar cerveza en la mesa contigua ocupada por Leonidas.

Estos pequeños problemas hicieron que el interfecto le llamara la atención para que no siguiera molestando, hecho que revela su ánimo pacífico en aquellos momentos previos al suceso criminoso. Más aún, Orlando Sandoval -lo recuerda el Tribunal- escuchó de boca de Eustorgio que no tenía ningún disgusto con Leonidas y que pensaba irse para Bogotá, razón por la cual estaba vendiendo su finca. Estas palabras se encuentran corroboradas por el propio Riveros Morales quien asevera que el día de autos, en la mañana, pudo conversar con Eustorgio quien le ofreció en venta el inmueble.

No realizó, por consiguiente, ningún acto el obitado que pudiese herir la susceptibilidad de Leonidas. Incluso -asevera el Tribunal-, les contó a sus amigos que quería irse porque se sentía borracho y por ello se dirigió hacia la puerta de salida, pasando por el lado de Leonidas. Podría pensarse que en aquel momento hubiese habido de parte suya palabras ofensivas o provocadoras. No obstante, esto no lo acepta el Tribunal pues, el deseo del occiso no era armar pelea sino marcharse para su vivienda en busca de reposo.

Más aún, como acertadamente lo manifiesta el *a quo*, "dirigirse hacia la puerta de salida no puede ser ofensa o agresión o provocación, si ocurre después de una hora de estar frente a frente sin que se presente incidente alguno." (fl. 286).

Aquí no terminan los razonamientos del Tribunal para descartar la ira. De igual manera llama la atención sobre los antecedentes violentos del agresor. Cita al efecto múltiples testimonios para apoyar su aserto. En esta búsqueda de razones, rememora a Omar Enrique Riveros quien ad-

vierte sobre la agresividad que presentaba el sindicado cada vez que ingería licor, hasta el punto de que por cualquier motivo insignificante sacaba el arma que portaba. Su ánimo pendenciero se reflejó también en los momentos subsiguientes cuando, delante de Julio Enrique Fernández y con el arma en la mano, manifestó a los presentes que a quien se le atravesara en el camino lo mataba. También cita en el mismo sentido a Germán Humberto Pérez Estava y Roque Fonseca Reyes.

Es por ello que descarta los encuentros anteriores y los reclamos que la víctima le hiciera al procesado en otros días, como los causantes del actuar homicida del incriminado. Como quiera que no se observó aquella noche un comportamiento desobligante de Eustorgio hacia Leonidas, exigible para la aplicación de la diminuente, la descarta por completo.

La referencia del sentenciador al dictamen psiquiátrico, ha de entenderse en pro a demostrar que el sujeto era imputable, oponiéndose a la posibilidad de que se esgrimiera un posible trastorno mental transitorio, proveniente de una amnesia temporal, que pudiera extraerse de la indagatoria cuando el procesado manifestó no recordar absolutamente nada de los acontecimientos.

Hubo, pues, un estudio integral de todo el acervo probatorio, siendo objeto de análisis las diferentes probanzas arrimadas al proceso, configurándose de esta manera su responsabilidad. A propósito y ya que se aborda este tema, la queja del censor sobre la falta de estudio de todo el material probatorio, incumpliendo la garantía de los derechos sustanciales reconocidos por la Constitución y la ley, es un tema propio de la causal tercera. Alegarlo en el ámbito de la primera comporta un desacierto técnico indudable que amerita su rechazo, máxime cuando, tal cual se ha visto, el estudio del proceso fue global.

No tiene razón de ser el cargo presentado a consideración de esta Corporación.

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

RESUELVE

NO CASAR el fallo impugnado.

Cúmplase.

Carlos E. Mejía Escobar, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda, Santiago Berrocasa Hoyer, Conjuez.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DENUNCIA/ ANONIMO/ ESTATUTO ANTICORRUPCION

Para que la denuncia tenga la virtualidad de poner en movimiento el poder punitivo del Estado, es necesario que reúna mínimas condiciones, entre ellas, que se haga en forma verbal o escrita, pero bajo juramento por persona determinada, la narración de los hechos susceptibles de ser constitutivos de delito, y la enunciación de la forma como llega a conocimiento del denunciante.

De ahí que el artículo 38 de la Ley 190 de 1995 (Ley Anticorrupción), para evitar el desgaste de la jurisdicción, sea reiterativo en cuanto a la inadmisión de denuncias anónimas, a menos que existan medios probatorios suficientes que den cuenta de la perpetración de un delito que permita su investigación oficiosa.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D. C., veintiuno (21) de agosto de mil novecientos noventa y seis (1996).

Magistrado ponente: Dr. *Dídimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta No. 122.

Proceso: 11410

Resuelve la Corte sobre la idoneidad de la denuncia presentada para iniciar o no investigación sumarial contra el miembro de la h. Cámara de Representantes, *Jaime Arango Pedraza.*

Antecedentes inmediatos

En escrito dirigido por "Jorge Muñoz", identificado con la C. C. No. 170029035 de Bogotá, al Fiscal General de la Nación, se acusa a "...Jaime Arango Pedraza, parlamentario del Tolima que logró su curul gracias a la avalancha de dineros de dudosa procedencia que hicieron circular en el transcurso de las pasadas elecciones para pagar el trasteo de los votos y la compra de los mismos. Esa conducta motivó una denuncia por fraude electoral por la Alcaldía del Líbano, denuncia que quedó en el limbo.

"El susodicho señor fue investigado o se le pidió investigación por la desviación de unos dineros oficiales cuando fue Diputado a la Asamblea del Tolima, creo que no pasó nada. Es que en Colombia todo pasa y no pasa nada. Hace algún tiempo el señor Pedraza compró en la Hacienda Brujas de Armero Guayabal tres o más parcelas por la suma de $80.000.000.oo de pesos, parcelas que seguramente no están a su nombre, es muy posible que estén a nombre de su amiga íntima antigua funcionaria de la Recaudación del Fresno Tolima..." (fl.2).

Dada la condición foral del acusado dicha denuncia fue enviada a esta Corporación, donde se acreditó que el imputado tomó posesión del cargo de Representante por la circunscripción electoral del Departamento del Tolima, segundo renglón, el 1o. de agosto de 1995, para el período constitucional 1994-1998, en reemplazo del doctor Emilio Martínez Rosales, a quien le fue concedida licencia no remunerada (fl.12 y s.s.).

Igualmente se estableció, en virtud de constancia expedida por la Registraduría Nacional del Estado Civil, ".. que el número de cédula 17.0029035 de Bogotá, no corresponde a ningún cupo numérico ya que éstos son máximo de ocho dígitos." (fl.23).

Consideraciones de la Corte

A esta Corporación corresponde, efectivamente, la investigación y eventual juzgamiento de los miembros del Congreso de la República por los hechos punibles que se les imputen que tengan relación con sus funciones, o que no las tenga, pero a condición de que conserven el ejercicio del cargo, como lo determina el numeral 3o. y el parágrafo del artículo 235 de la Carta Política.

Para que la denuncia tenga la virtualidad de poner en movimiento el poder punitivo del Estado, es necesario que reúna mínimas condiciones, entre ellas, que se haga en forma verbal o escrita, pero bajo juramento por persona determinada, la narración de los hechos susceptibles de ser constitutivos de delito, y la enunciación de la forma como llega a conocimiento del denunciante.

De ahí que el artículo 38 de la Ley 190 de 1995 (Ley Anticorrupción), para evitar el desgaste de la jurisdicción, sea reiterativo en cuanto a la inadmisión de denuncias anónimas, a menos que existan medios probatorios suficientes que den cuenta de la perpetración de un delito que permita su investigación oficiosa.

En el caso que examina la Corte, evidentemente se está en presencia de un escrito anónimo, puesto que la persona que lo creó se cuidó de ocultar su identidad con el predecible fin de sustraerse a cualquier responsabilidad por denuncia temeraria o falsa.

De otra parte de la comprensión del mismo escrito no se deduce hecho concreto que permita averiguación, pues de la vaguedad de sus términos, de la inexactitud de circunstancias temporo-espaciales, resulta imposible establecer y hacer valoraciones sobre "...la avalancha de dineros de dudosa procedencia...", desviación de dineros oficiales, y adquisición de parcelas que no están a su nombre, que en sí nada dice.

En consecuencia, siendo de carácter anónimo la denuncia y careciendo la misma de concreción, debe la Corte proceder a su rechazo.

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

RESUELVE

RECHAZAR la denuncia presentada contra el congresista Jaime Arango Pedraza, por las razones consignadas en la parte motiva. En firme, archívese.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

RESERVA DEL SUMARIO

No obstante que el artículo 332 pertenece al Código de Procedimiento Penal y fue considerado ajustado a la Constitución, y que el parágrafo segundo declarado inexequible se refiere a procesos disciplinarios y de responsabilidad fiscal, lo cual podría dar lugar a que se concluyera que entre las dos disposiciones no existe relación alguna, la realidad es que tienen en común el tema de si es constitucional prohibir a los medios de comunicación que publiquen partes de una investigación sometida a reserva, o si por el contrario eso puede ser constitutivo de una censura.

Como ya se vio, el criterio unánime de la Corte Constitucional es que esa prohibición es violatoria del artículo 20 de la Constitución Política, en cuanto constituye una forma de censura, y del artículo 73 Ibidem, en razón a que vulnera la libertad e independencia de la actividad periodística, posición sostenida también por el Ministerio Público en el concepto.

Atendiendo a que el examen de constitucionalidad del artículo 332 del estatuto procesal penal es anterior al del artículo 33 de la Ley 190 de 1995, y el primero fue considerado exequible, parecería que existe una contradicción entre las dos providencias, sin embargo es necesario advertir que todo depende del entendimiento que se le dé a la norma penal.

En la sentencia del 28 de septiembre de 1993, la Corte Constitucional en una muy breve motivación de la exequibilidad dijo: "En lo concerniente al resto del artículo, hallado exequible, según el cual la publicación, en medio de comunicación, de informaciones de carácter reservado hará incurrir en sanción a los empleados y sujetos procesales responsables así como al medio de difusión, La Corte Constitucional advierte que, para aplicarlo se deberá comprobar, con observancia del derecho de defensa y las reglas del debido proceso, la efectiva violación de la reserva del sumario".

Conocido el criterio expuesto con relación al parágrafo del artículo 33 de la Ley 190 en mención, se pone en evidencia que el artículo

332 no lo entendió como una posibilidad aislada de sancionar el medio de comunicación por publicar informaciones sometidas a la reserva del sumario, sino en la medida en que los empleados y sujetos procesales responsables de guardar la reserva la hayan violado a través de un medio de comunicación, desde luego siempre que éste se haya prestado para ese propósito. Contrario sensu, si no es posible establecer la violación de la reserva del sumario por parte de alguno de los sujetos obligados a guardarla con participación de un medio de comunicación, por las informaciones que éstos publiquen fruto de las averiguaciones periodísticas no pueden ser sancionados.

La Sala no puede desconocer que al declarar la Corte Constitucional la inexequibilidad de la prohibición de publicar extractos o resúmenes del contenido de una investigación sometida a reserva, ha precisado en ese aspecto el alcance de los artículos 20 y 73 de la Constitución Política, lo cual tiene incidencia en la interpretación del artículo 332 del Código de Procedimiento Penal, y aclara los parámetros dentro de los cuales fue declarado exequible, consideraciones éstas que inciden claramente en la decisión del recurso de reposición, como quiera que conducen a que se revoque la providencia impugnada.

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

Magistrado Ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel*

Aprobado Acta No. 122

Proceso: 10467

VISTOS

Resuelve la Sala los recursos de reposición interpuestos por el apoderado de la Directora de la Revista Cambio 16, y del representante legal de la sociedad Inravisa Colombia S.A., contra el auto por medio del cual se le impuso a la mencionada publicación una multa de cincuenta salarios mínimos mensuales por violación de la reserva sumarial.

ARGUMENTOS DEL RECURRENTE

1o. En nombre de la señora María Elvira Bonilla Otoya hace algunas afirmaciones sobre la libertad de información como derecho fundamental, y concluye que tiene una posición preferente en relación con los demás derechos, por lo que en caso de duda debe resolverse en su favor "*in dubio pro libertate*".

Destaca la función de medio de control social de la prensa, y asevera que "Establecer sanciones a los medios de comunicación por dar a conocer documentos judiciales, sin que esté acreditado que éstos los sustrajeron de los correspondientes expedientes, por el solo hecho de ser reservados, constituye un acto de censura proscrito por la Constitución".

De acuerdo con el artículo 73 de la Constitución, la actividad periodística ejercida profesionalmente goza de especial protección, lo cual sumado a la posición preferente de la libertad de información, debe tener mayor prevalencia.

El principio general es que las personas tienen acceso a los documentos con las excepciones que establezca la ley, constituyendo lo primero un derecho fundamental, mientras que la excepción es norma de rango legal, que debe interpretarse restrictivamente, por lo tanto, en caso de conflicto entre la libertad de prensa y la reserva sumarial, debe resolverse en favor de la libertad, la información y la opinión pública.

La Constitución ha establecido una jerarquía interna, en el sentido de dar primacía a los derechos sobre las demás normas de la Carta, en consecuencia, frente al ejercicio de derechos y libertades fundamentales no pueden oponerse normas relativas al trámite de la actividad judicial y la función investigativa del Estado, como es el caso de la reserva sumarial.

Luego de transcribir la parte pertinente del fallo en que la Corte Constitucional declaró exequible el artículo 332 del Código de Procedimiento Penal, dice que para poder sancionar a un medio de comunicación se debe probar el dolo o la culpa de su parte. "En el presente caso la honorable Corte Suprema de Justicia, "infiere" de la publicación que se trata de una transcripción de una providencia judicial sujeta a reserva sumarial, sin que se ocupe de establecer otros elementos de responsabilidad. Por lo tanto se trata de un fallo de responsabilidad objetiva, en el cual no aparece demostrada la culpa o dolo por parte del medio de comunicación".

"Ahora bien, que no se diga que María Elvira Bonilla dijo conocer la prohibición de publicar informaciones reservadas, pues tales prohibiciones se entienden en los términos y alcances fijados por el fallo de constitucionalidad que hacen tránsito a cosa juzgada y son de obligatorio cumplimiento".

Para terminar esta parte de la la alegación dice que la Corte presumió la violación de la reserva sumarial y dejó de lado la investigación sobre la responsabilidad de quienes tienen acceso al expediente.

Cita la sentencia C-131/93 de la Corte Constitucional, que se refiere a la norma que establece reserva en la Ley 190 de 1995, en la cual se aseveró que la publicación por los medios de comunicación de documentos reservados no implica violación a la reserva, y pide que se tenga como cosa juzgada obligatoria.

En relación con el debido proceso menciona como irregularidades las siguientes:

a) No se citó al trámite, ni se permitió que presentara descargos, ni se acreditó la existencia y representación de la entidad Inrevisa Colombia S.A.

b) No consta prueba de la calidad de Directora de María Elvira Bonilla, lo cual es un hecho notorio que se torna ostensible porque así se anuncia en la publicación. No obstante se presentaron irregularidades que violaron el derecho a la defensa:

- No se presentó cargo formal contra la señora Bonilla, y en la diligencia de descargos no se le presentan con exactitud y precisión de qué debe responder.

- En el caso de la periodista María Cristina Caballero se adelanta la diligencia sin la advertencia de que tiene derecho a solicitar la asistencia de un abogado escogido por ella.

- El trámite carece de pruebas, pues solo obran las declaraciones de tres personas y un ejemplar de la publicación.

La petición consiste en que se revoque la sanción impuesta, y se exonere a toda persona de cualquier responsabilidad por violación a la reserva sumarial en este caso concreto.

2o. En el escrito presentado a nombre de Inrevisa S.A., el abogado manifiesta que su poderdante no fue llamado a comparecer al proceso ni se le permitió escoger un abogado para que lo representara judicialmente, razón por la cual se le vulneró el derecho fundamental al debido proceso.

Las personas que fueron llamadas a declarar no representan legalmente la sociedad sancionada, de donde se desprende que si alguna responsabilidad les cabe dentro del negocio de su conocimiento deben ser a ellas y no a Inrevisa S.A. a quien debe afectar la sentencia.

Por el hecho de haber sido llamadas a declarar personas vinculadas a la publicación "Cambio 16" no puede entenderse que son sus representantes ni que la sociedad ha ejercido el derecho de defensa.

La solicitud es que se revoque la decisión impugnada y se exonere a Inrevisa S.A. de toda responsabilidad jurídica.

Consideraciones de la Sala

1o. Dentro del orden lógico y de prioridad que se debe emplear para responder a los planteamientos expuestos por el recurrente, está en primer lugar lo relacionado con la incidencia que puede tener en este asunto la sentencia de la Corte Constitucional No. C-038 de febrero 5 del presen-

te año, en la cual declaró inexequibles algunas disposiciones de la Ley 190 de 1995, pues de ser la respuesta afirmativa sobraría ocuparse de los demás puntos.

Así las cosas, se procede a entrar en materia.

La norma aplicada en el caso en estudio es el artículo 332 del Código de Procedimiento Penal, que establece que "La publicación en medio de comunicación de informaciones de carácter reservado hará incurrir en sanción a los empleados y sujetos procesales responsables como al medio de difusión", la cual fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia No. C-411 del 28 de septiembre de 1993.

Algunos días después de tomada por esta la Sala la decisión impugnada, la Corte Constitucional resolvió sobre las demandas de inconstitucionalidad presentadas contra algunos artículos de la Ley 190 de 1995, entre ellos el 33, cuyo texto es el siguiente:

"Harán parte de la reserva las investigaciones preliminares, los pliegos y autos de cargos que formulen la Procuraduría General de la Nación y demás órganos de control dentro de los procesos disciplinarios y de responsabilidad fiscal, lo mismo que los respectivos descargos; los fallos serán públicos.

Lo anterior se entenderá sin perjuicio de que el investigado tenga acceso a la investigación desde los preliminares.

Parágrafo primero. La violación de la reserva será causal de mala conducta.

Parágrafo segundo. Tampoco podrán publicarse extractos o resúmenes del contenido de la investigación sometida a reserva, hasta que se produzca el fallo.

Parágrafo tercero. En el evento de que se conozca la información reservada, la entidad deberá verificar una investigación interna y explicarle a la opinión las posibles razones del hecho".

El parágrafo segundo fue declarado inexequible, en cuanto a juicio de la Corte Constitucional "comporta una forma clara e inequívoca de censura y viola, por ende, el artículo 20 de la C. P. De otra parte, vulnera la libertad e independencia de la actividad periodística, garantizada en el artículo 73 de la Carta. No obstante que la investigación en los términos de esta sentencia, éste sujeta a reserva, la divulgación periodística de su contenido no puede ser impedida sin violar la prohibición constitucional a la censura y a la reserva de la fuente, garantías esenciales de la libertad e independencia de esta actividad..."

Más adelante agrega: "Por lo demás, no puede sostenerse que surja una contradicción en el hecho de que exista reserva respecto de la publicidad de ciertos hechos y documentos y, de otra parte, que los mismos puedan eventualmente ser objeto de divulgación periodística. En realidad, el mandato de reserva, en el primer caso, cobija a los funcionarios y demás personas que están sujetas a la misma; al paso que, de otro lado, la prohibición de la censura impide que se cercenen previamente las informaciones que obtengan los periodistas y que divulguen los medios, resultado este al cual puede igualmente llegarse *ex post* en virtud de restricciones normativas ilegítimas, excesivas y desproporcionadas. La garantía de que lo anterior no podrá suceder, por el motivo expresado, no le da sustento a la pretensión de que el Legislador deba renunciar a su función excepcional de establecer zonas de reserva o tenga que reducirlas de manera proporcional a la libertad periodística que en un momento dado pueda darse bajo el amparo de la prohibición de la censura. En realidad el límite de la reserva no puede ser proporcional al alcance de la libertad periodística, pues si así fuera, dada la extensión de esta última, no podría ni siquiera establecerse. En otras palabras, la prohibición de la censura opera en un ámbito propio y respecto de ciertos sujetos, pero por sí misma no limita la competencia del legislador para imponer respecto de determinados actos y personas la obligación de la reserva".

No obstante que el artículo 332 pertenece al Código de Procedimiento Penal y fue considerado ajustado a la Constitución, y que el parágrafo segundo declarado inexequible se refiere a procesos disciplinarios y de responsabilidad fiscal, lo cual podría dar lugar a que se concluyera que entre las dos disposiciones no existe relación alguna, la realidad es que tienen en común el tema de si es constitucional prohibir a los medios de comunicación que publiquen partes de una investigación sometida a reserva, o si por el contrario eso puede ser constitutivo de una censura.

Como ya se vio, el criterio unánime de la Corte Constitucional es que esa prohibición es violatoria del artículo 20 de la Constitución Política, en cuanto constituye una forma de censura, y del artículo 73 ibidem, en razón a que vulnera la libertad e independencia de la actividad periodística, posición sostenida también por el Ministerio Público en el concepto.

Atendiendo a que el examen de constitucionalidad del artículo 332 del estatuto procesal penal es anterior al del artículo 33 de la Ley 190 de 1995, y el primero fue considerado exequible, parecería que existe una contradicción entre las dos providencias, sin embargo es necesario advertir que todo depende del entendimiento que se le dé a la norma penal.

En la sentencia del 28 de septiembre de 1993, la Corte Constitucional en una muy breve motivación de la exequibilidad dijo: "En lo concerniente al resto del artículo, hallado exequible, según el cual la publicación, en medio de comunicación, de informaciones de carácter reservado hará in-

currir en sanción a los empleados y sujetos procesales responsables así como al medio de difusión la Corte Constitucional advierte que, para aplicarlo se deberá comprobar, con observancia del derecho de defensa y las reglas del debido proceso, la efectiva violación de la reserva del sumario".

Conocido el criterio expuesto con relación al parágrafo del artículo 33 de la Ley 190 en mención, se pone en evidencia que al artículo 332 no lo entendió como una posibilidad aislada de sancionar el medio de comunicación por publicar informaciones sometidas a la reserva del sumario, sino en la medida en que los empleados y sujetos procesales responsables de guardar la reserva la hayan violado a través de un medio de comunicación, desde luego siempre que éste se haya prestado para ese propósito. *Contrario sensu*, si no es posible establecer la violación de la reserva del sumario por parte de alguno de los sujetos obligados a guardarla con participación de un medio de comunicación, por las informaciones que éstos publiquen fruto de las averiguaciones periodísticas no pueden ser sancionados.

La Sala no puede desconocer que al declarar la Corte Constitucional la inexequibilidad de la prohibición de publicar extractos o resúmenes del contenido de una investigación sometida a reserva, ha precisado en ese aspecto el alcance de los artículos 20 y 73 de la Constitución Política, lo cual tiene incidencia en la interpretación del artículo 332 del Código de Procedimiento Penal, y aclara los parámetros dentro de los cuales fue declarado exequible, consideraciones éstas que inciden claramente en la decisión del recurso de reposición, como quiera que conducen a que se revoque la providencia impugnada.

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

RESUELVE

Revocar la providencia mediante la cual se sancionó con multa a Inrevisa Colombia S.A., Sociedad que publica la Revista Cambio 16, por los hechos investigados en estas diligencias.

Cópiese, notifíquese y cúmplase,

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEMANDA DE CASACION/ VIOLACION DIRECTA DE LA LEY/ VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY

En verdad, el actor aduce como causal de casación la primera consagrada en el artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, pero no tiene en cuenta que dentro del numeral primero de dicha disposición se contemplan dos alternativas distintas de violación de la ley: la directa y la indirecta.

Tampoco y por el mismo motivo, advierte el demandante que, a su vez, la vía directa y la indirecta por corresponder a dos disímiles sentidos de quebranto de las normas sustanciales, imprescindiblemente deben comprobarse por separado bajo unos supuestos y fundamentos propios para cada una.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., veintiuno (21) de agosto de mil novecientos noventa y seis (1.996).

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

Aprobado Acta No.122

Proceso: 11481

Vistos

Contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta el 12 de octubre de 1995, que revocó la dictada por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de dicha ciudad, por medio de la cual absolvió a Marlín Emilio Blanco Ibarra por los delitos de homicidio y porte ilegal de armas, para en su lugar condenarlo a la pena de nueve (9) años y cuatro (4) meses de prisión, el defensor del procesado interpuso el recurso extraordinario de casación, cuya demanda sustentatoria procede la Corte a examinar a fin de establecer si cumple con los requisitos que el artículo 225 del Código de Procedimiento Penal exige para su admisibilidad.

Hechos

Los hechos origen de este proceso sucedieron en el barrio Claret de la ciudad de Cúcuta, sector "Motilones" el 17 de mayo de 1.994, cuando en horas del medio día y después de haber estado ingiriendo algunos tragos, Jesús Emilio Pacheco abordó la buseta que conducía y al arrancar, arrolló causándole algunos daños a una bicicleta que había sido dejada delante del vehículo por Angel Giovanny Blanco Ibarra. De manera cordial, llegaron al acuerdo de llevar el velocípedo a un taller, al que fueron acompañados por Gabriel Angarita Carrascal, quien ya en dicho lugar sostenía que nada tenía que pagar su amigo Pacheco, pues aquél había sido descuidado en cuanto el lugar en donde dejó su cicla. De este inicial comentario se pasó a la discusión y a esgrimir señdas navajas. Los ánimos se calmaron y todo habría quedado ahí, si no fuera porque Martín Emilio Blanco Ibarra llegó al lugar enterado del conflicto y con el propósito de defender a su hermano Angel Giovanny y no obstante que Gabriel ya se encontraba fuera del taller, le disparó por una sola vez en la región pectoral izquierda, causándole la muerte.

Demanda

En términos que se impone transcribir por la propia dificultad que presenta la inusitada sustentación del recurso como para ensayar su resumen, así se manifiesta el defensor de Martín Emilio Blanco Ibarra:

"Me permito invocar como causal de casación la primera de las indicadas en el Artículo 220 del Código de Procedimiento Penal por considerar la sentencia objeto del recurso como violatoria de los artículos 29 de la Constitución Nacional, 445 Código de Procedimiento Penal (sic), 21 del Código Penal y los principios universales de la duda de la favorabilidad además de desconocer el íntimo convencimiento que causó el Juzgado de Distancia (sic) el testimonio recepcionado y ahora calificado sin ningún fundamento como falso sin que se haya adelantado proceso alguno para tal conclusión desconociéndose el debido proceso.

La violación de la norma sustancial proviene entonces de error en la apreciación de los dos testimonios recepcionados en la vista pública y así lo alegó.

Los testimonios de acuerdo a la libre valoración de la prueba efectuada de la Juez causaron íntimo convencimiento (sic), delantando en el fallo absolutorio (sic), convencieron y no dejaron dudas, y todo fue producto de lo observado en la audiencia pública, donde no acudió el Ministerio Público, privándose entonces de un análisis imparcial y desapacimado (sic). Si él hubiera estado presente hubiera compartido el fallo como lo hizo la Fiscalía General de la Nación".

Y agrega:

"El artículo 29 de la carta consagrada que (sic) el debido proceso se aplicará a toda clase de actuación judicial y administrativa.

El artículo 445 del Código de Procedimiento Penal consagra la presunción de inocencia.

El artículo 21 del Código Penal se refiera (sic) a la causalidad.

En este orden de fundamentos tenemos:

Para tachar como falso o acomodado un testimonio se requiere un debate, además: que las personas que declararon son personas ante todo honestas y dignas de credibilidad y aun sin sus testimonios no existía prueba que ameritara condena por existir múltiples dudas que respaldaban la posición del procesado, si bien es cierto se solicitó esa prueba, ella no era presupuesto para el fallo proferido.

Cualquier duda que exista y que aún existe, ruego evacuarla a favor de una persona que se vio comprometida en un lamentable accidente y que aceptó desde un comienzo su autoría.

No es producto de su acción o de su omisión, la posición adoptada por los testimoniantes. Ellos son independientes para declarar y su declaración es responsabilidad de ellos y no tiene por qué afectar la situación del rematado. Si ellos faltaron a la verdad, que se les juzgue, o es que obligatoriamente, como lo piensa el Ministerio Público, un testigo siempre que declare debe es perjudicar al sentenciado".

A consecuencia de lo anterior, solicita a la Corte que case el fallo de segunda instancia, para en su lugar "confirmar" la sentencia absolutoria de primer grado.

CONSIDERACIONES

Los fines primordiales que justifican la posibilidad de impugnar extraordinariamente una sentencia de segunda instancia proferida por un Tribunal de Distrito Judicial, los remite el artículo 219 del Código de Procedimiento Penal, al logro de la efectividad del derecho material y las garantías debidas a los sujetos procesales, la reparación de los agravios y la unificación jurisprudencial.

Y, para actualizar en un caso concreto estos objetivos, la ley ha previsto los requisitos formales mínimos que debe contener el escrito de demanda de casación a través del cual aspira el censor a materializar dicha teleología.

Así, en términos generales y de acuerdo con el artículo 225 del Estatuto procesal, el libelo debe reunir como requisitos formales para que pueda

ser admitida, la identificación de los sujetos procesales y de la sentencia impugnada; una síntesis de los hechos materia de juzgamiento y de la actuación procesal; la causal que se aduzca para intentar la revocación del fallo, indicando en forma clara y precisa los fundamentos de ella, y finalmente, la cita de las normas que el recurrente estime infringidas.

Bajo este marco, sin mayores esfuerzos puede afirmarse que la demanda que el defensor de Martín Emilio Blanco Ibarra ha presentado contra la sentencia del Tribunal Superior de Cúcuta, no reúne dichos requisitos formales y en particular los relativos al deber de identificar la causal específica escogida para impugnar el fallo y mucho menos con el de precisión y claridad en su demostración.

En verdad, el actor aduce como causal de casación, la primera consagrada en el artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, pero no tiene en cuenta que dentro del numeral primero de dicha disposición se contemplan dos alternativas distintas de violación de la ley: la directa y la indirecta.

Tampoco y por el mismo motivo, advierte el demandante que, a su vez, la vía directa y la indirecta por corresponder a dos disímiles sentidos de quebranto de las normas sustanciales, imprescindiblemente deben comprobarse por separado bajo unos supuestos y fundamentos propios para cada una.

Así, mientras en la directa se controvierte el contenido y alcance de la norma sustancial originado en la falta de aplicación, en la interpretación errónea o en la aplicación indebida de un precepto de esta naturaleza, sin cuestionamientos de ninguna índole sobre la base fáctica y probatoria del fallo, en la indirecta, precisamente el objeto que le es propio resulta de los criterios divergentes en torno a la apreciación probatoria, surgidos por errores de hecho o de derecho que, así mismo, comprenden una distinta fisonomía. En este aspecto la escueta y simple alusión que se hace a que la violación de la ley provino "de error en la apreciación de los dos testimonios recepcionados en la vista pública", no mejora la situación, puesto que siendo la única referencia que en concreto se hace a las pruebas y en estos términos vagos e imprecisos, no puede saberse en definitiva cuál es el sentido de la alegación. Y es que si a la falta de precisión en cuanto a la específica vía y el correspondiente sentido de quebranto, de suyo impiden la comprensión del ataque, la curiosa relación de las disposiciones presuntamente quebrantadas aumenta la confusión e indefinición del escrito.

En efecto, aduce equivocadamente como tales, los artículos 29 de la Constitución Política, 445 del Código de Procedimiento Penal y 21 del Código Penal.

La mención de la primera norma la justifica el censor, sobre la base de que "el testimonio", que no precisa a cuál se refiere, fue "calificado sin

ningún fundamento como falso", lo que habría dado lugar a la violación del debido proceso y que además de evidenciar una imprecisión de contenido conceptual, traslada el ataque hacia la causal tercera de casación, la cual ni fue objeto de formulación y muchísimo menos de desarrollo, es decir, que no encuentra explicación distinta que en la absoluta falta de conocimiento del actor en materia de este recurso extraordinario.

Tampoco la cita del artículo 445 referido puede comprenderse dentro de esta precaria fundamentación, toda vez que si, entonces, de lo que se trata es de alegar el desconocimiento del principio del *in dubio pro reo* como factor determinante en la imposibilidad de lograr certeza sobre la responsabilidad penal de Martín Emilio Blanco Ibarra, así ha debido y en forma concreta acusarse el fallo, bien por la vía directa o indirecta que, como se vio no fue clarificada por el actor, pues todo lo trata de solucionar con el expreso desconocimiento del principio de limitación que rige el recurso, al sugerir a la Corte que "Cualquier duda que existía y que aún existe, ruego evacuarla a favor de una persona que se vio comprometida en un lamentable accidente y que aceptó desde un comienzo su autoría".

Impera concluir, por lo razón de lo anotado, que el libelo examinado no satisface los requisitos formales mínimos exigidos por la ley procesal, razón por la cual la Sala rechazará la demanda y se declarará en consecuencia desierto el recurso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 226 del Código de Procedimiento Penal.

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

RESUELVE

1.-RECHAZAR IN LIMINE la demanda presentada por el defensor del procesado Martín Emilio Blanco Ibarra, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cúcuta el 12 de octubre de 1995.

2. DECLARAR, como consecuencia DESIERTO el recurso extraordinario de casación interpuesto contra el fallo referido en el numeral anterior.

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

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEMANDA DE CASACION/ COMPETENCIA

Si el yerro demandado atañe a la competencia de los jueces, no debió ser la causal primera de casación la escogida para la construcción del libelo, sino la tercera que es la vía natural para denunciar los errores in procedendo acusados, siendo preciso distinguir entre lo que es la violación de la ley por medio de la apreciación probatoria (Error in Iudicando) y las irregularidades sustanciales generadoras de nulidad (Error in Procedendo).

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. - Santafé de Bogotá, D.C., agosto veintiuno (21) de mil novecientos noventa y seis (1996).

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

Aprobado Acta N° 122

Proceso: 11705

VISTOS

Resuelve la Corte sobre la admisibilidad formal de la demanda de casación presentada por el defensor del procesado Fernando Rivera Cárdenas, contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, por medio de la cual se le condenó a la pena principal de 4 años de prisión y multa de diez salarios mínimos mensuales, por infracción a la Ley 30 de 1986.

ANTECEDENTES

1. Los hechos los sintetizó así el Tribunal:

"Cuando unidades de la Policía Nacional efectuaban control a personas y vehículos que transitaban en la carretera que de Tibú conduce a la Gabarra, el treinta de enero del año que corre, a las 8:20 a. m. en el sitio conocido como P-30 al registrar el autobús afiliado a la empresa 'Trasan' distinguido con el número interno 111, placas UR- 45-04, fue hallado en poder de Jahir David Pabón García, dentro de un maletín y Fernando Rivera Cárdenas a la altura de sus genitales, bajo su ropa interior sustancias sicotrópicas, lo que motivó su captura inmediata".

2. El Juzgado Primero Penal del Circuito de Cúcuta, mediante sentencia del 22 de septiembre de 1995, condenó al procesado Fernando Rivera Cárdenas a la pena principal de 4 años de prisión y multa de diez salarios mínimos mensuales y a las accesorias de ley, por haber infringido el inciso 1° del artículo 33 de la Ley 30 de 1986.

El Tribunal Superior de la mencionada ciudad, al conocer del recurso de apelación interpuesto por el defensor del acusado, confirmó integralmente la sentencia recurrida. Inconforme con esta decisión, el defensor del procesado interpuso el recurso extraordinario de casación, presentando oportunamente la correspondiente demanda.

La demanda de Casación

Al amparo de la causal primera de casación, el libelista acusa al sentenciador de segunda instancia de haber cometido un error de hecho generado por un falso juicio de identidad, al apreciar equivocadamente la diligencia de pesaje de la sustancia que le fue encontrada al procesado.

Critica las incongruencias que, según su propia estimativa, existen respecto de la diligencia de pesaje, por cuanto el "peso neto de lo encontrado a mi defendido público es la cantidad de 130 gramos de cocaína, donde se tomaron 30 gramos como muestra para enviarla a los centros especializados que rindan el dictamen correspondiente. Al momento de ser enviadas a la Fiscalía Seccional de Cúcuta, se enviaron 74 gramos que al ser sometidos a nuevo pesaje dio como resultado 70 gramos".

Esta irregularidad "sustancial", dice, debe ser imputada al Estado, especialmente a la Fiscalía, "que a pesar de la incongruencia de los pesajes, no se hizo nada por aclarar el peso verdadero y por qué la diferencia entre lo incautado y lo que consta en el acta, motivando un cambio de la competencia y de la aplicación de la pena...".

Sostiene que el error del Tribunal consistió "en haber apreciado correctamente un pesaje que no estaba claro, preciso y además era contradictorio en la cantidad que le fue hallada a Fernando Rivera Cárdenas".

Reconoce que existe certeza sobre la tipicidad del hecho, pero señala que no se puede predicar lo mismo respecto de la competencia y de la pena impuesta.

Por lo tanto, solicita a la Corte casar la sentencia impugnada y en consecuencia dictar "la condena que corresponde de acuerdo con la cantidad encontrada".

Consideraciones de la Corte

Las incongruencias argumentativas del libelo imponen el rechazo de la demanda que a nombre del procesado Fernando Rivera Cárdenas pre-

sentó su defensor, pues la misma carece de la necesaria claridad y precisión respecto de la causal en la cual se soportó la censura para solicitar la infirmación de la sentencia.

En efecto, el libelista acusa al sentenciador de haber cometido un error de hecho originado por un falso juicio de identidad, yerro que, dice, se produjo al valorar el acta de pesaje practicada a la sustancia incautada.

Sin embargo, del impreciso desarrollo del cargo se advierte con claridad que la inconformidad del libelista radica en la competencia de los funcionarios judiciales que conocieron del proceso, pues acepta que la conducta del procesado se adecua al tipo penal contemplado en el numeral 1° del artículo 33 de la Ley 30 de 1986, pero al mismo tiempo y con apoyo en la diligencia de pesaje ataca la competencia de los juzgadores de primer y segundo grado.

Así, entonces, si el yerro demandado atañe a la competencia de los jueces, no debió ser la causal primera de casación la escogida para la construcción del libelo, sino la tercera que es la vía natural para demandar los errores *in procedendo* acusados, siendo preciso distinguir entre lo que es la violación de la ley por medio de la apreciación probatoria (Error *in iudicando*) y las irregularidades sustanciales generadoras de nulidad (Error *in Procedendo*).

Ahora bien, el sostener que un medio de convicción fue apreciado erróneamente para al mismo tiempo señalar su correcta valoración, exterioriza la ausencia de lógica en la argumentación.

En fin, frente a las anotadas falencias de la demanda y dado que a la Corte no le es permitido, en virtud del principio de limitación, entrar a suplir sus inconsistencias, se impone su rechazo de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 226 del Código de Procedimiento Penal.

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

RESUELVE

RECHAZAR IN LIMINE la demanda de casación presentada por el defensor del procesado Fernando Rivera Cárdenas. En consecuencia, se declara desierto el recurso de casación interpuesto.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria

NULIDAD/ DEMANDA DE CASACION

"a.- El recurrente deberá señalar con toda claridad la clase de nulidad invocada, dentro de las que se encuentran las siguientes: falta de competencia, violación del debido proceso, violación del derecho de defensa, violación del principio de legalidad en el delito o la pena, violación del principio de favorabilidad, o falta de motivación de la sentencia.

b.- Con relación a cada uno de los eventos mencionados, indicar en forma clara y precisa los fundamentos de ella, citando las normas que el recurrente estime infringidas.

Magistrado Ponente: *Juan Manuel Torres Fresneda*

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., veintiuno (21) de agosto de mil novecientos noventa y seis (1996)

Aprobado Acta No.122

Proceso: 11740

Vistos

Evalúa la Sala los requisitos formales de la demanda de casación formulada en tiempo por el señor defensor del procesado Jorge Eliécer López en contra de la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Nacional el 13 de junio de 1995, mediante la cual se le condena como infractor al Estatuto Nacional de Estupefacientes.

Antecedentes

1. En las horas de la mañana del 7 de septiembre de 1994 y en el curso de un operativo encaminado a descubrir una banda de piratas terrestres, unidades de la Policía retuvieron en el sector de las Avenidas Boyacá y La Esperanza un camión tipo estacas de placas AFA-109 en cuyo interior, ocultos en cajas de madera, fueron hallados 23.814 gramos de cocaína.

Siguiendo las informaciones del conductor del camión, señor Gustavo Andrés Ruiz, llegaron las autoridades a la calle 36 número 77-92 del Barrio Modelia, donde fueron sorprendidos Carlos Aníbal Bermúdez quien se hallaba en el interior de la vivienda y Jorge Eliécer López quien arribó en ese instante portando una bolsa con casi cuatro kilos más del mismo alucinógeno.

2. La instrucción avanzó a punto de decretar su cierre, momento en el que Ruiz Gutiérrez pidió el proferimiento de sentencia anticipada, solicitud que hizo también un poco más tarde el co-sindicado señor López.

Verificadas las actas de cargos respectivas, el Juzgado Regional dictó sentencia en contra de estos dos sujetos imponiéndoles respectivamente 64 y 80 meses de prisión, y multa de 13,3 y 16,6 salarios mínimos mensuales, decisión que sometida al recurso de alzada, confirmó el Tribunal Nacional conforme fuera visto.

3. Inconformes con esta providencia, pidió primero el procesado que se la sometiera a consulta y revisión a fin de que fuera anulada, aspiración que le fuera denegada por inexistencia de esa clase de procedimiento, según auto de agosto 3 de 1995. Mas como aún en tiempo formalizó el mismo acusado el recurso extraordinario de casación, una vez concedido lo sustentó su defensor mediante demanda que se hace ahora objeto de estudio por parte de la Sala.

La Demanda

Ataca el casacionista el fallo de segundo grado mediante la invocación de las causales primera y tercera del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, proponiendo al amparo de cada una de ellas un solo cargo.

Con referencia a la causal primera anuncia el censor la violación directa de la ley sustancial, para lo cual transcribe primeramente apartes del fallo que ataca, pasando a afirmar que la tasación de la sentencia al acusado resultó inconsulta al partir de 120 meses, de los cuales debía descontarse una tercera parte por haber recurrido a la sentencia anticipada. Sin embargo, y hallándose en igualdad de condiciones, mientras que al co-procesado se le tasaron 64 meses de prisión, a Eliécer López se le impusieron 80 "sin explicación de ninguna clase", pues por toda motivación se dijo que la "disminuente que se le concede a Ruiz Gutiérrez y no se le acreditó a Jorge Eliécer López, consistió en su mutuo afán de disminuir la aparente acción de culpabilidad dolosa. Sin embargo las piezas del proceso demuestran que concurrieron al mismo tiempo la Sentencia Anticipada, en la que iba quedando corto Jorge Eliécer López por acción de su propio apoderado en arreglar los términos de acogimiento, aun cuando era un hecho que desde sus orígenes así se había determinado por los dos" (sic).

De esta breve consideración concluye que "Este hecho constituyó vulneración del derecho de defensa. ..privándole del derecho sustancial de igualdad con relación al también sujeto procesal Gustavo Andrés Ruiz Gutiérrez"(sic), añadiendo *tan* solo que con esa determinación se desconoció el derecho de igualdad de quienes intervienen en el proceso, pues no podía imponerse disímil pena a quienes habían concurrido en igualdad de circunstancias en solicitud de sentencia anticipada e "idénticas condiciones de atenuantes o agravantes frente a sus fiscales y jueces. Esto es una odiosa discriminación que no la condona el derecho y factor discrecional del Juzgador. Tiene que actuar de manera igual, al altísimo precio de dejar al paso nulidades insalvables posteriores".

En el segundo cargo se afirma que el proceso está viciado de nulidad al proferirse sentencia "en la falsa certeza de que entre los dos concurrentes a Sentencia Anticipada existían diferencias de carácter que pudieren haber sido materia de análisis valorables, como también tipificables...", pues no se dejó constancia de esas diferencias en el acta de aceptación de cargos.

Por ello, "la sentencia proferida por el Tribunal Nacional infringió la tercera causal prevista por el Art. 220 del C. de P.P., por tratarse de un juicio viciado de nulidad, a lo cual había acotado acertadamente mi defendido en su alegato *per se* del recurso de apelación. Consiste en que de esta suerte el Alto Tribunal violaba el Derecho de Defensa consagrado en el Artículo 29 de la Constitución Política de la República y de contera el artículo 304 ordinal 3 del Código de Procedimiento Penal."

Califica luego al Juez Regional como a los Magistrados del Tribunal Nacional de "funcionarios invisibles", atribuyéndoles la infracción del artículo 29 superior por transgresión "del Derecho de Defensa que tiene todo procesado"..."vulnerando de paso la observancia de las formalidades propias del juicio, así se tratara solamente de un Juicio Sumario acerca del cual se sabía que iba a generar Orden de reclusión de una persona en una Institución carcelaria a servir un determinado tiempo de prisión"(sic).

El escrito remata con la solicitud de que la Sala case la sentencia y en su lugar le dé "aplicación al Artículo 229 del Código de Procedimiento Penal vigente."

Consideraciones de la Sala

Pese a que el censor propone su inconformidad con el fallo de segunda instancia en el ámbito de la graduación de la pena, con lo que en principio justifica su interés, dadas las restricciones que a la defensa le señala el artículo 37B en materia de recursos, lo cierto es que no ajusta ninguno de los dos cargos que enuncia a los puntuales requisitos contenidos en el artículo 225 del Código de Procedimiento Penal, desconociendo en parti

cular su obligación de logicidad, claridad y precisión en el desarrollo de cada uno de ellos.

Así se tiene que cuando el escrito apunta a la causal primera de casación, pese a referirse ella a la violación directa de la ley sustancial, en ningún momento indica cuál fue la norma transgredida, ni mucho menos en qué sentido operó dicha transgresión, valga decir, si ella se dio por falta de aplicación, aplicación indebida o interpretación errónea.

Muy al contrario, dentro de una inadmisible informalidad para el rigor que exige una impugnación extraordinaria, lejos de demostrar ese apartamiento del juzgador de un concreto precepto positivo, lo que se hace indebida y repetidamente es una referencia a la realidad de las pruebas, derivando aparentemente a una acusación por la vía indirecta, pero sin asomar siquiera en ese caso a la identificación de los medios supuestos, deformados u omitidos en concreto, ni a los posibles falsos juicio de convicción o de legalidad que hubieran determinado esa equivocación.

Para el censor es suficiente con apuntar que siendo dos los procesados, ambos sometidos a la sentencia anticipada, la pena a imponer tenía que ser la misma. Pero con ese modo de pensar ignora que en casación la proposición de la violación directa le demandaba que en ese caso dijera cuál era el precepto que obligaba a proceder conforme cree que lo han debido hacer los juzgadores, norma que de existir hubiese sido posiblemente vulnerada.

Lejos de proceder en tal sentido, el libelista trata infructuosamente de suplir aquel vacío con una referencia a la violación del principio de igualdad que complementa bajo la insinuación de nulidades por su desconocimiento, con lo que aleja todavía más la admisibilidad de su demanda, pues al hacerlo ya ni permite saber si lo acusado es un error de juicio u otro de actividad, así tome asiento tan solo en la sentencia, porque si el censor no hace esa definición elemental y previa en la demanda respecto de la causal que selecciona, y aun indicándola tampoco hace de ella un claro, preciso y completo desarrollo, deja a la Sala en la imposibilidad de responderle, por cuanto a ésta se le restringe para adicionar, corregir o encauzar el pedimento, alinderada como se halla por el principio de limitación que garantiza la iniciativa del censor como exclusiva (art. 228 del C. de P.P.).

Y si en el cargo primero de la demanda los protuberantes defectos de forma se evidencian, en el segundo tampoco quedan reservados, como que en él el demandante se limita a enunciar un vicio *in procedendo* que ni siquiera inequívocamente precisa respecto de su naturaleza y causa, ni mucho menos desarrolla y prueba.

Bien podrá verse que ni siquiera en las instancias la proposición de nulidades se halla exenta de requisitos, pues el artículo 307 del Código de

Procedimiento Penal exige que quien las alegue determine "la causal que invoca, las razones en que se funda y no podrá formular nueva solicitud de nulidad, sino por causal diferente o por hechos posteriores, salvo el recurso de casación."

A su vez, en sede del recurso extraordinario, ya de tiempo atrás fijó la Corte las exigencias formales que naturalmente derivan de la causal tercera del artículo 220 ibídem, las que tornan ineludible precisar:

"a.- El recurrente deberá señalar con toda claridad la clase de nulidad invocada, dentro de las que se encuentran las siguientes: falta de competencia, violación del debido proceso, violación del derecho de defensa, violación del principio de legalidad en el delito o la pena, violación del principio de favorabilidad, o falta de motivación de la sentencia.

b. Con relación a cada uno de los eventos mencionados, indicar en forma clara y precisa los fundamentos de ella, citando las normas que el recurrente estime infringidas, así: Cuando se trate de falta de competencia, deberán darse las razones por las cuales se considera no haber sido competente el funcionario que conoció del proceso, diciendo por qué la falta de competencia tiene prevista como sanción legal la nulidad, teniendo en cuenta la etapa procesal en que ella se haya dado, y las decisiones que dentro del proceso se hayan tomado por las autoridades encargadas de dirimir los conflictos que se hubieren suscitado por esa causa.

En el caso de violación del debido proceso, se debe establecer la comprobada existencia de una irregularidad sustancial, que son las que afectan la estructura que tipifica el sistema mixto (hoy acusatorio) que lo informa. Tales por ejemplo, la falta de apertura de la investigación, de vinculación del procesado; de existencia de una etapa de investigación y otra de juicio, y de una etapa probatoria y de una audiencia pública dentro de éste: de formulación de cargos; de sentencia y de posibilidad de recurrir a una segunda instancia cuando no se trate de procesos de única instancia."

En la violación del derecho de defensa se deberá determinar la actuación procesal que se considera lesiva, especificando la norma que se viola, y determinando con precisión la manera como tal violación incidió desfavorablemente en las decisiones tomadas en la sentencia en contra del procesado.

Cuando se trate de violación del principio de legalidad, en la demanda se deberá determinar la ausencia de norma sustantiva con relación al delito o a la pena a la que se refiera la sentencia, en el momento en que ocurrieron los hechos.

Si se alega la falta de aplicación del principio de favorabilidad, se deberá determinar no solo la norma que fue indebidamente aplicada, sino la

que se debe aplicar en su reemplazo, dando las razones jurídicas para ello.

Si lo que se cuestiona es la falta de motivación de la sentencia, se deberá determinar con toda claridad cuáles de las decisiones en ella contenidas son las que carecen de tal fundamentación, no olvidando que según reiterada jurisprudencia de la Corte para estos efectos la resolución acusatoria y la sentencia, y las sentencias de primera y segunda instancia deber ser consideradas como una unidad, en aquellos puntos en que las decisiones sean proferidas en el mismo sentido.

Este mismo tipo de análisis debe realizarse en cualquier otra causal de nulidad que se proponga."

(Auto casación de enero 31 de 1990: M.P. Dr. Jaime Giraldo Angel.)

Volviendo al caso que se examina, de la lectura del cargo segundo prontamente se observa que sin ninguna precisión ni claridad, indistintamente acusa el censor sobre una misma circunstancia la violación del derecho a la defensa y del debido proceso, mas, sin que en un caso o en el otro se llegue a concretar en qué consistió el agravio ni de qué manera con él se afectaron sustancialmente la estructura del proceso o las garantías del encausado, ni mucho menos se pruebe que se trató de un agravio no superable de manera distinta que con la invalidación del trámite y su reposición con acomodo a derecho.

Simple y llanamente el demandante se conforma con expresar su inconformidad respecto de la mayor pena que se le impuso a Jorge Eliécer López en relación con el segundo de los condenados: Gustavo Andrés Ruiz Gutiérrez, pero con una genérica discrepancia de tal naturaleza lejos se está de formular un verdadero cargo en esta sede extraordinaria, pues como ya se dijo, no está la Corte en la posibilidad de interpretar a su acomodo una formulación difusa, ni de complementar ni corregir en modo alguno la demanda, así que cuando, como en este caso se descubre, el casacionista omite el desarrollo elemental y lógico de su censura, no otra alternativa deja que la de su rechazo *in limine*.

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

RESUELVE

RECHAZAR IN LIMINE la demanda de casación formulada mediante defensor por el acusado Jorge Eliécer López, en contra de la sentencia de segundo grado que le condena como infractor al Estatuto Nacional de Estupefacientes. Declárase en consecuencia la deserción del recurso extraordinario.

Cópiese, notifíquese, devuélvase y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

LIBERTAD CONDICIONAL/ LIBERTAD PROVISIONAL

Tal como quedó redactada la norma sobre libertad condicional, puede decirse que el sentimiento político-criminal del legislador se orientó hacia una posición integradora, en el sentido de que el buen comportamiento y el trabajo y/o estudio intracarcelario pueden ser evidencias de la resocialización del reo -prevención especial-, pero no descuidó el legislador el merecimiento en cuanto a la personalidad del sentenciado -retribución- y tampoco menospreció la protección de la sociedad de cara a graves formas de aparición delincuencial -prevención general-, pues nada diferente se puede inferir de la exigencia analítica del componente legalmente expresado como "sus antecedentes de todo orden".

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. - Santafé de Bogotá, D. C., agosto veintiuno (21) de mil novecientos noventa y seis.

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Aníbal Gómez Gallego*

Aprobado Acta N° 122

Proceso: 9911

VISTOS

Se ocupa la Sala de la solicitud de libertad introducida por el defensor del procesado Héctor Segundo Vargas Castro, quien se halla recluido en la Cárcel Nacional Modelo de esta capital, afectado por una sentencia condenatoria que le impuso como pena principal prisión por sesenta y seis (66) meses, de acuerdo con decisiones adoptadas por el Juzgado Sesenta y Nueve Penal del Circuito y la Sala Penal del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, en primera y segunda instancia, respectivamente.

Escuetamente ha planteado el peticionario que su prohijado reúne los requisitos para acceder a la libertad condicional, de acuerdo con el artículo 72 del Código Penal, dado que acredita un buen comportamiento durante el tiempo de reclusión y, además, ha redimido pena en razón del trabajo y el estudio realizados en la cárcel.

Es preciso aclarar que el abogado no se preocupó por aportar y actualizar la documentación y la prueba que se exige en los artículos 515 y 532 del C. de P. P., si es que se pretendía la excarcelación con fundamento en los presupuestos de la libertad condicional. Como la Corte dispuso de oficio la recaudación de tales elementos de convicción, apenas el pasado 14 de agosto se pudieron allegar al proceso.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Por la vía de la sentencia anticipada, de acuerdo con fallo de fecha 14 de abril de 1994, el ciudadano Héctor Segundo Vargas Castro fue condenado a la pena principal de sesenta y seis (66) meses de prisión, multa por valor de un millón de pesos ($ 1.000.000.oo) e interdicción de derechos y funciones públicas por un periodo de nueve (9) años, decisión que fue confirmada integralmente en la sentencia del 9 de junio del mismo año, obra del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá.

2. Pues bien, si se sabe que el señor Vargas Castro se halla privado de la libertad desde el 20 de octubre del año de 1993, tiénese que a la fecha -20 de agosto de 1996- ha descontado físicamente un mil treinta y cuatro (1034) días de prisión, cantidad que adicionada con una redención de pena por 315 días que le tributarían cuatro mil novecientas doce (4912) horas de trabajo y ciento doce (112) de estudios acreditados, alcanza a superar los cuarenta y cuatro (44) meses de prisión que constituyen las dos terceras partes de la pena impuesta, uno de los requisitos para optar a la excarcelación por la vía del subrogado de la libertad condicional, al lado de un buen pronóstico de readaptación social.

3. Para una decisión judicial favorable a la libertad condicional, también cuando se aspira a ella como factor anticipado de la excarcelación provisional, esta Sala ha reiterado que no basta la mera constatación objetiva de la cantidad y/o calidad de la pena impuesta y del cumplimiento de las dos terceras partes de la misma, conforme lo dispone parcialmente el artículo 72 citado, sino que es necesario allanarse al examen integral y de conjunto de las demás exigencias, es decir, que el juez no puede hacer un pronóstico aproximado de readaptación del recluso por el solo comportamiento durante la ejecución penitenciaria, sino que es preciso conjugar esa valoración con una indagación sobre la personalidad, como modo de ser y de comportarse del ciudadano en los distintos ámbitos de la sociedad, y con un análisis de los antecedentes individuales, familiares, laborales y comunitarios en general. Y este examen de plenitud debe hacerse así, tanto porque ello constituye un imperativo legal, como porque para una mayor aproximación a la realidad del juicio de readaptación social, máxime cuando no se cuenta con toda la parafernalia científica, ha de atenderse aquel pensamiento de que si bien no depende de nuestra libre escogencia lo que "somos", sí podemos elegir aquello que

nosotros "hacemos", y lo que "hacemos" depende en buena medida de lo que "somos".

Y es que tal como quedó redactada la norma sobre libertad condicional, puede decirse que el sentimiento político-criminal del legislador se orientó hacia una posición integradora, en el sentido de que el buen comportamiento y el trabajo y/o estudio intracarcelario pueden ser evidencias de la resocialización del reo -prevención especial-, pero no descuidó el legislador el merecimiento en cuanto a la personalidad del sentenciado -retribución- y tampoco menospreció la protección de la sociedad de cara a graves formas de aparición delincuencial -prevención general-, pues nada diferente se puede inferir de la exigencia analítica del componente legalmente expresado como "sus antecedentes de todo orden".

4. La Corte quiere enfatizar que en este caso concreto, merced a los juicios de valor contenidos en los fallos de instancia -y sólo en virtud de ellos-, no es positivo el balance de la naturaleza y modalidades delictivas que se imputan al señor Vargas Castro, connotaciones externas que obviamente reflejan su personalidad, así como tampoco le favorecen otras manifestaciones comportamentales que más adelante se recalcarán. Si bien se trata de un ciudadano que tiene un hogar constituido y que trabajó durante catorce (14) años al servicio de la Registraduría de Instrumentos Públicos, tampoco puede desconocerse que esa misma condición de antigüedad no se le convirtió en rémora para faltar de manera grave al deber de lealtad a la comunidad y a la administración pública, pues se le condenó por un concurso homogéneo -también heterogéneo- y sucesivo de hechos punibles de falsedad material de servidor oficial en documento público y peculado por apropiación. También la cuantía de lo apropiado supera los treinta y siete millones de pesos ($ 37.069.804.oo), sin que ninguna voluntad de reintegro o de indemnización se haya exteriorizado, suma de dinero que no sólo es significativa por su cuantía sino por la calidad y destinación oficial que tenía.

Pero no sólo el censurable aprovechamiento de la función pública para fines egoístas y de lucro personal, lo cual significa *per se* un grave atentado a la confianza comunitaria en los servidores públicos que como tales aparecen apenas como sus agentes o comisionados, sino también el criterio de organización delictiva con el cual se cometieron los ilícitos mencionados, pues, además, del sentenciado Vargas Castro, participaron en su realización los señores Dora Marlene González Zambrano, Henry Aguilar Buitrago y Omar Ramírez Rodríguez, empleados de la misma institución, y el particular Maximiliano Moreno Vásquez. Esta forma de actuación, por medio de apropiaciones y falsificaciones periódicas y continuadas, revela un mayor grado en el nivel de la corrupción de la administración pública que asfixia y casi tiene postrado al país, pues el empleado no se contenta con su propia infidelidad funcional, sino que la extiende perver-

samente a otros miembros de la institución que ocupan posiciones claves y propicias para la delincuencia, por medio de una suerte de recíproca determinación, lo cual repercute nocivamente en la posibilidades de control y defensa por parte de la administración estatal. Agréguese que, de acuerdo con los fallos de instancia, penden copias para investigar otros posibles partícipes de la empresa criminal y otras posibles defraudaciones y falsificaciones de documentos públicos (escrituras).

El detestable propósito de deterioro de la cosa pública y de irrespeto mayúsculo a fundamentales valores sociales y personales, avanzó de tal modo que se quiso instrumentar a la dama Dora Marlene González Zambrano, a quien sus compañeros de fechoría -incluido Vargas Castro, antes de que la capturaran, le sugirieron que se responsabilizara ella de todo el asunto, "que ellos le pagaban el abogado" (fs. 9, sentencia de primera instancia).

Ahora bien, antes que una manifestación positiva de personalidad o de un sincero propósito de colaboración con la justicia, la opción de Héctor Segundo por la sentencia anticipada aparece más como el aprovechamiento de una ventaja legal deferida por el solo ahorro procesal, pues escogió tal vía después de que la coprocesada González Zambrano había asumido la alternativa legal y dejó al descubierto el supuesto *modus operandi* de la defraudación pública y la identidad de todos los presuntos responsables (*Idem*, fs. 7, 8 y 9).

Es en virtud de estas expresiones de personalidad del condenado Vargas Castro, del respeto que merece la comunidad injustamente traicionada y patrimonialmente también agraviada,y del pronóstico adverso a una verdadera readaptación social, que se negará la libertad provisional solicitada. Si la Sala tiene como presupuesto válido de actuación provisional lo determinado en las sentencias de primero y segundo grado, mientras la decisión del recurso de casación pendiente no diga lo contrario, son de recibo para los solos efectos de la excarcelación provisional pédida, las acotaciones que hizo el Tribunal en punto a la medición de la pena, en los siguientes términos:

"Es que en tratándose de delitos de esta naturaleza, donde como se sabe se encuentra implicada la responsabilidad de una persona al servicio del Estado, no puede menos la Administración de Justicia que actuar con el máximo celo en el ejercicio de la función constitucional y legal a ella encomendada, pues, no se puede perder de vista que ante la situación de corrupción a nivel administrativo por la que atraviesa el país, lo mínimo que se puede hacer ante este gigantesco flagelo y en aras de contribuir en algo para tratar de remediarlo, es aplicar la justicia con la mayor rigurosidad" (fs. 11, cuaderno segunda instancia).

Pero la Corte reitera que estos juicios se anticipan provisionalmente, con fundamento en las declaraciones de responsabilidad de las instan-

clas, para los exclusivos fines de evaluar la libertad provisoria solicitada, sin perjuicio de las resultas de la casación que está pendiente de decisión.

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

RESUELVE:

NEGAR la libertad provisional solicitada en favor del procesado Héctor Segundo Vargas Castro, quien deberá continuar privado de la libertad en la cárcel modelo de esta ciudad, a disposición de esta Corporación, mientras se resuelve el recurso extraordinario de casación.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando Enrique Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Carlos Eduardo 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 -en este caso la Corte- 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 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.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá D.C., veintidós (22) de agosto de mil novecientos noventa y seis (1996).

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Córdoba Poveda*

Aprobada Acta No. 123.

Proceso: 9688

VISTOS

El procesado Miguel Angel Arias Sandoval, quien se halla actualmente detenido en la Penitenciaría Nacional El Barne de Tunja, interpuso recurso de reposición contra la providencia de 30 de julio del presente año, por medio de la cual la Corte negó su libertad provisional.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. El acusado Miguel Angel Arias Sandoval reclamó de la Corte el otorgamiento de su libertad provisional, apoyado en la causal prevista en el artículo 55-2 de la Ley 81 de 1993.

2. Frente a la anterior solicitud, la Sala en auto de 30 de julio del presente año, negó la excarcelación pedida, anotando que:

"El peticionario inicialmente estuvo detenido desde el 27 de noviembre de 1990 fecha en que se presentó voluntariamente a rendir indagatoria, hasta el 29 de mayo de 1991 (f. 522 segundo cdno.), cuando le fue otorgada excarcelación por la no calificación del mérito del sumario, para un primer descuento de 6 meses y 2 días; luego de proferido el fallo de primer grado fue aprehendido el 20 de octubre de 1994 (f. 68 cdno. de la Corte), de manera que hasta el momento actual cumple 21 meses y 10 días, para una privación efectiva de la libertad de 27 meses y 12 días; por trabajo acredita 2048 horas que de conformidad con lo previsto en el artículo 82 de la Ley 65 de 1993 le representan una redención de pena de 4 meses y 8 días; y por estudio demuestra 228 horas para un descuento adicional de 19 días, factores que sumados arrojan un total de 32 meses y 9 días, lejos de alcanzar las dos terceras partes de la sanción, equivalente a 40 meses, con lo cual no satisface las exigencias objetivas establecidas en el artículo 72 del Código Penal, situación que releva a la Corte de hacer consideraciones sobre los demás requisitos previstos en la norma acabada de citar."

3. Para la notificación de la providencia en mención fue librado despacho comisorio a la Penitenciaría Nacional El Barne de Tunja, que a través de la Asesoría Jurídica el 5 de agosto (f. 77 cdno. de la Corte), enteró de ella en forma personal al implicado, quien en dicho acto manifestó "solicito recurso de reposición". Informa la Secretaría de la Sala con fecha 20 de agosto (f. 79 *ib.*) que transcurrido el término de ejecutoria de la providencia de 30 de julio no fue recibido "escrito alguno sustentando la pretensión impugnatoria", aseveración que corroboran el Director y Asesor Jurídico del mencionado establecimiento carcelario al señalar que interrogado el interno Arias Sandoval sobre la sustentación del recurso "nos manifestó verbalmente que no lo había hecho" (f. 80).

4. 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 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 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 Arias Sandoval, a quien debió leerse íntegramente la copia adjunta de la providencia o permitirle que lo hiciera (f. 77 cdno. Corte), se limitó a interponer el recurso de reposición, pero incumplió con el deber procesal de sustentarlo, 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.

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 Miguel Angel Arias Sandoval, contra la providencia de 30 de julio del año en curso, por medio de la cual la Corte negó su libertad provisional.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CONFESION / REBAJA DE PENA

Lejos de ser el de la confesión punto vedado para definición en la contienda, es justamente en ella donde ubica su decisión más apropiada, sin que lo dicho de modo ocasional en la resolución acusatoria logre excluirlo al análisis del juez, y mucho menos torne incongruente el fallo que no se atenga a la prevaloración que a dicha intervención procesal se hubiese dado en ese pliego de cargos. Tampoco se puede hablar allí de un sorprendimiento que le haga detrimento a la defensa del procesado, pues no se trata, se insiste, de una definición que legalmente deba incluir el pliego acusatorio (salvo sí, más por razones de excepción el caso de las audiencias especiales -art. 37A del C. de P. P.- donde el acuerdo se extiende a la pena).

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., veintidós (22) de agosto de mil novecientos noventa y seis (1996).

Magistrado Ponente: Dr. *Juan Manuel Torres Fresneda*

Aprobado Acta No.123

Proceso: 9154

VISTOS

El 26 de mayo de 1993 el Juzgado Promiscuo del Circuito de Yolombó profirió sentencia condenatoria en contra del procesado Angel José Tobón Castro como autor del delito de homicidio preterintencional cometido en la persona de Luis Emilio Cano Daza, imponiéndole la pena principal de 38 meses de prisión, las accesorias de ley por el mismo tiempo y la obligación de resarcir los perjuicios morales y materiales ocasionados con la infracción. Posteriormente corrigió por error aritmético la decisión, para fijar la pena principal en 23 meses y 7 días de prisión, y con base en ello otorgar el subrogado de la condena de ejecución condicional.

La determinación fue recurrida en apelación por la Fiscal Unica de Cisneros, y al ser revisada por el Tribunal Superior de Antioquia se impartió confirmación mediante fallo del 9 de septiembre de 1993, introduciéndole las siguientes modificaciones: se aumentó la pena principal y la

interdicción de derechos y funciones públicas a 7 años y 8 meses de prisión; se incrementó el monto de los perjuicios a resarcir, se dispuso la revocatoria del subrogado, y como consecuencia la captura del procesado.

Inconforme con esta última determinación, el defensor del acusado la recurrió en alzada, impugnación que la Corte entra a decidir.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

1. El 16 de junio de 1992, siendo aproximadamente las siete y treinta minutos de la mañana, llegó a la finca de propiedad de Arceslo Cárdenas ubicada en la vereda de Sabanitas del municipio de Yolombó el hoy occiso Luis Emilio Cano Daza, acompañado del menor José Cristo Marín Cano y con el propósito de retirar un cerdo de su propiedad. Al encargado de la finca, Angel José Tobón, le dijo Cano que le permitiera recoger unos limones, pero cuando se encontraba en esa labor arrojándole desde el árbol los frutos a José Cristo, recibió sobre la espalda un impacto de arma de fuego que lo derribó al suelo y causó su fallecimiento debido a las múltiples heridas producidas.

El Inspector de Policía de Yolombó practicó el levantamiento e identificación del cadáver, que presentaba 18 impactos de proyectil de carga múltiple a nivel de la región lumbar derecha y en el brazo del mismo lado. A eso de las once de la mañana del mismo día se presentó ante el comandante de la Subestación de Policía de Yolombó Angel José Tobón Castro, manifestando ser el autor del disparo a Cano Daza porque este lo había amenazado de muerte.

2. La investigación se inició a cargo del Juzgado 71 de Instrucción Criminal de la localidad, y allí rindió indagatoria Tobón Castro, mereciendo la imposición de una medida de aseguramiento de detención preventiva.

La Unidad de Fiscalía de Yolombó calificó el mérito del sumario con resolución de acusación del 16 de octubre de 1992 por homicidio agravado en concurso con el porte ilegal de armas previsto en el artículo 1o. del Decreto 2266 de 1991, y en esa ocasión agregó que para el caso de una sentencia condenatoria, al imputado se le debería reconocer una reducción de una tercera parte de la pena por confesión, según disposición del artículo 299 del Código de Procedimiento Penal.

Inconforme con esta determinación, el defensor interpuso el recurso de apelación, dando lugar a que la Fiscalía Octava Delegada ante los Tribunales Superiores de Medellín y Antioquia modificara la adecuación típica para que el procesado respondiera en juicio por el delito de homicidio simple, en concurso con el porte ilegal de armas.

El proceso pasó a conocimiento del Juzgado Promiscuo del Circuito de Yolombó, y una vez evacuada la diligencia de audiencia pública se profirió

el fallo de condena en los términos antes señalados, en contra del cual La Fiscal Unica de Cisneros interpuso el recurso de alzada, resuelto por el Tribunal Superior de Antioquia en el sentido incipientemente anotado, determinación que ahora es sometida por la defensa a la impugnación extraordinaria.

La Demanda

El impugnante propone cuatro cargos en contra del fallo de segunda instancia. En el inicial acude a la causal primera de casación, cuerpo primero, por interpretación errónea de los artículos 60, 61 y 66 del Código Penal, en armonía con el artículo 323, y falta de aplicación de los artículos 64, 65 y 67 *ibidem*, y los tres últimos por la vía de la nulidad, fundado en su orden en la falta de competencia del juzgador para negarle al acusado la rebaja de pena por confesión prevista en el artículo 299 del Código de Procedimiento Penal, carencia de motivación respecto del rechazo del homicidio preterintencional contemplado por el *a quo*, e incompetencia del superior para modificar la sentencia incrementando la pena por el concurso de hechos delictivos.

La violación directa de la ley sustancial por interpretación errónea de los artículos 60, 61, 66, 323, y falta de aplicación de los artículos 64, 65 y 67 del Código Penal se apoya en que el Tribunal erró al momento de la dosificación punitiva principal, pues partió de los diez (10) años -mínimo previsto en el artículo 323 del Código Penal- en atención a la ausencia de circunstancias de agravación, la buena conducta anterior y sus antecedentes laborales y familiares, pero luego por la diminuente prevista en el artículo 60 *ibidem* contempló una reducción de tres (3) años, y un aumento de ocho meses en razón al concurso de hechos punibles, fijando la definitiva en 7 años y 8 meses de prisión.

Si el Tribunal hubiera hecho una debida interpretación de las normas enunciadas, particularmente en relación con la aplicación de los mínimos y máximos, no le habría impuesto a Tobón Castro mas allá del mínimo de los 10 años reducido a una tercera parte, esto es cuarenta (40) meses, de acuerdo con la diminuente del estado de ira e intenso dolor prevista en el artículo 60 *ibidem*; en vez de haberle aplicado como lo hizo, a ese mínimo una reducción de apenas tres (3) años.

Recuerda que la Fiscalía no cuestionó lo relacionado con la sanción mínima que en contra de su defendido le impuso el juez de primera instancia, dando a entender que estaba conforme con esa dosificación. Siguiendo ese fundamento, solicita de la Corte casar el fallo para que se le reduzca la pena principal al mínimo de cuarenta (40) meses de prisión, según las previsiones de los artículos 60 y 323 del Código Penal.

El segundo reproche lo formula por la vía de la causal tercera de casación, alegando la nulidad de lo actuado a través de tres vicios diferentes: El primero, porque sin competencia para hacerlo, el *ad quem* negó la rebaja de pena por confesión prevista en el artículo 299 del Código de Procedimiento Penal, evento que se explica diciendo que si la Resolución de acusación reconocía en favor del implicado esa diminuente, la Fiscal no estaba facultada para impugnar la sentencia del Juzgado en ese aspecto, y que por su desconocimiento en el fallo, surge una inconsonancia o incongruencia entre el pliego de cargos y la sentencia, generando una situación desfavorable para los intereses del procesado.

En desarrollo de esta idea sostiene que a partir de la ejecutoria de la mencionada providencia, la Fiscalía perdía competencia para crear nuevos cargos en contra del acusado o para continuar con la dirección de la investigación, pues en su condición de sujeto procesal no podía reformular, ni replantear o retomar cargos que no hubieran sido previstos en la resolución de acusación. Al hacerlo, subvirtió la estructura lógica y formal del proceso, careciendo, por las mismas razones, de interés jurídico para interponer el recurso de apelación.

Así, cuando el Tribunal revocó la diminuente que le había otorgado el *a quo*, no sólo agravó la situación de Angel José Tobón, sino que creó un nuevo cargo cuya formulación solamente le competía a la Fiscalía en su momento procesal. De esa manera se incurrió en violación al debido proceso por incompetencia, se alteraron las formas propias del juicio, y se vulneró el derecho de defensa al impedir el despliegue de todos los recursos probatorios y dialécticos para enfrentar la modificación plasmada en la sentencia. Como normas violadas cita los artículos 29 de la Constitución, y 1o., 196, 217 y 304 del Código de Procedimiento Penal.

En relación con la flagrancia, pese a reconocer la inoportunidad del comentario, considera que aquella no se dio, ya que los hechos tuvieron ocurrencia en un paraje rural, en horas muy tempranas de la mañana, y por cuanto las personas que se encontraban cerca del lugar no tuvieron oportunidad de percatarse de quien había sido el autor del disparo. La esposa del sindicado se hallaba en el interior de la casa acostada al lado de sus pequeños hijos, mientras que el menor José Cristóbal Marín primo y acompañante del occiso se encontraba agachado recogiendo los limones que caían, lo que le privó de oportunidad para apreciar lo sucedido según se desprende de la diligencia de inspección obrante al folio 64 vto.; así que: "Sólo por deducción, por sustracción de materia, el menor señaló al sindicado como el responsable, pero no porque le constara por medio de sus sentidos".

En tales condiciones solicita se case parcialmente la sentencia y se le reconozca a su cliente la diminuente por confesión.

El segundo motivo de nulidad se concreta en que el Tribunal, sin motivación ni análisis probatorio alguno, negó la existencia del homicidio preterintencional reconocido por el juzgador de primer grado, incurriendo de esta manera en vulneración de los artículos 1o. y 180-4 del Código de Procedimiento Penal. Por consiguiente se debe dejar sin efecto ese apartado del fallo de segunda instancia, y revivir lo contemplado en la sentencia del Juzgado.

El tercer motivo de nulidad se hace consistir en que el Tribunal aumentó la pena al condenado en dos meses de prisión por el concurso entre los delitos de homicidio y porte ilegal de armas de defensa personal, pues como ese aspecto no fue motivo de impugnación por el Fiscal, no le era dable al *ad quem* entrar sobre él a revisar la providencia recurrida.

La sentencia se ha de casar para que en su lugar la pena se tase en cuarenta (40) meses de prisión y se acojan las nulidades propuestas, es la solicitud final del impugnante.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal se refiere primeramente a los tres cargos que fueran formulados por la vía de la nulidad, descalificando de entrada el primero por las erróneas apreciaciones que en su sentir embargan al censor, al confundir el sentido de la resolución de acusación. En aquella providencia, el Fiscal llama a responder en juicio criminal al procesado con fundamento en el hecho histórico, involucrando la conducta dentro de los elementos integradores de un delito con expresa mención de las circunstancias específicas de agravación y atenuación que encuentra demostradas.

Es dentro de ese marco que se limita la decisión del juzgador para producir el fallo de condena o de absolución, sin que la rebaja de pena por confesión que se llegue a mencionar en esa pieza procesal pueda constituir parte integral del cargo imputado al procesado. La confesión se refiere a una actitud ajena a la descripción legal de los comportamientos delictuales a él atribuidos, y se diferencia ontológica y cronológicamente de los mismos; por ello, es evidente que un descuento de pena no puede asimilarse a un cargo dentro de la acusación.

Recuerda que el artículo 299 del Código Penal consagra la expresión en caso de condena, lo que significa que solamente el juez de la causa tiene la atribución de hacer su reconocimiento y plasmarlo en un fallo de ese tenor, y, por lo tanto, la propuesta que en ese sentido haga el Fiscal no va más allá de un simple ejercicio teórico de su parte, pero sin que de alguna manera pueda constituir una limitante o condicionamiento, ni lle-

que a comprometer el criterio del único funcionario que está autorizado para reconocer la diminuente, que es el juez de la causa.

Además, contrario a lo afirmado por el libelista, el Fiscal como ente acusador dentro del proceso penal sí tenía interés para recurrir la providencia en lo relativo al reconocimiento de la disminución de pena, a la formulación de cargos al procesado, a solicitar su condena, o para cualquier otra circunstancia que tuviera incidencia en la suerte final de la contienda procesal.

De otra parte, tal como el casacionista lo admite, resulta inoportuno frente al principio de limitación que la Corte aluda a la flagrancia a través de cuestionamientos de la prueba, pues ello implicaría la escogencia de otra vía, la causal primera, cuerpo segundo, ya que el debate probatorio no constituye *per se* un vicio de nulidad.

En esas condiciones estima que el cargo no debe prosperar.

Respecto de la segunda razón invalidatoria, dice la Delegada que no le asiste razón al casacionista cuando acusa la falta de motivación del Tribunal al desestimar la preterintención en el homicidio, pues contrario a lo afirmado por el censor, claramente se observan al folio 228 las razones de desacuerdo con los funcionarios que aceptaron la explicación del implicado respecto al ánimo de lesionar a Cano Daza, ya que quien dispara a otra persona una carga tan mortífera como la que impactó el cuerpo de la víctima realiza su acción al menos con dolo eventual, que para efectos penales equivale al dolo directo.

El *ad quem* también se ocupó de analizar lo relativo a la culpabilidad del implicado, calificando de contradictorias y mendaces las versiones rendidas a los folios 20 y 77, y el dicho de su esposa Olga Lucía Cárdenas, que fueran desmentidos por el testimonio de José Cristóbal Marín Cano, a quien se exaltó por sincero, desprevenido, objetivo y pormenorizado, constituyendo una valoración conjunta de las probanzas y el rechazo de aquellas que se oponían a la conclusión judicial.

Tampoco es cierto como lo asevera el actor, que los argumentos que sobre el punto contempla la providencia sean genéricos o partan de presupuestos no demostrados. El recurrente no señala en concreto los supuestos no demostrados en el plenario, ni aquellos en que desarrolla o da respaldo a lo que afirma. En esas condiciones la censura tampoco puede prosperar.

El tercer motivo de nulidad se presentó de manera inconclusa, limitándose el censor a cuestionar el aumento de pena que el Tribunal hiciera (dos meses) en razón del concurso de delitos. La crítica no resulta de recibo, porque en vigencia del Decreto 2700 de 1991 fue que la Fiscalía interpuso el recurso de apelación, y por entonces el artículo 217 del Código de Procedimiento Penal concedía al superior atribuciones para decidir

sin limitación alguna sobre la providencia impugnada, argumento suficiente para que a juicio de la Delegada el reproche sea desestimado.

Al referirse, por último, al cargo elaborado sobre la causal primera de casación, por violación directa de la ley (interpretación errónea de los artículos 60, 61, y 66 del Código Penal, y al mismo tiempo, por la inaplicación de los artículos 64, 65, 67 *ibidem* en concordancia con el artículo 323 del mismo estatuto) porque según el libelista, el Tribunal le aplicó al delito de homicidio las atenuantes del artículo 64 del Código Penal, pero no hizo lo mismo respecto de la disminuente prevista en el artículo 60 de la misma codificación, en sentir de la Delegada el raciocinio del actor es equivocado.

El recurrente olvida que para efectos de la imposición de la pena el juzgador cuenta con unos parámetros, máximos y mínimos que la ley previamente ha establecido, los cuales a su vez giran alrededor de pautas y criterios orientadores tales como la gravedad y modalidades del hecho punible, el grado de culpabilidad, las circunstancias de atenuación o agravación, y la personalidad del agente, tal como lo dispone el inciso 1o. del artículo 61 del Código Penal.

De otra parte, continúa la Delegada, el artículo 67 *ibidem* introduce una limitante categórica a la decisión del juzgador, debiendo imponer el máximo de pena únicamente cuando concurran circunstancias de agravación punitiva, y el mínimo, cuando estas sean de atenuación; sin perjuicio de lo contemplado en el artículo 61 del estatuto mencionado.

La disminuente de la ira y el intenso dolor que se entiende como la profunda alteración en la psiquis del individuo debido a un comportamiento grave e injusto, tiene igualmente previstos unos límites en caso de condena. La pena entonces, no podrá superar la mitad del máximo previsto en el tipo -cuando sólo concurran circunstancias de agravación-, ni será menor a la tercera parte del mínimo cuando en favor del condenado solamente concurran las de atenuación. La dosificación en este último evento, debe hacerse de acuerdo con el mayor o menor efecto que la agresión externa produzca en la psiquis del sujeto agente, valoración que le corresponde hacer al Juzgador.

El *ad quem* señaló en el folio 233 que la disminuente no contaba con fundamentos valederos, lo que indica que en sentir del Tribunal la conducta del hoy occiso no fue de tal trascendencia como para reconocerle al implicado el máximo de la rebaja prevista en el artículo 60 del Código Penal. Por ello le otorgó una disminución de pena de tres años, que a juicio del Ministerio Público resulta generosa, ya que las circunstancias que motivaron el obrar del procesado no ameritaban esa concesión.

Así las cosas, dentro de la sana discrecionalidad del fallador, aunque aplicara la regla del artículo 67 del Código Penal sobre máximos y mínimos, partiendo de la básica del homicidio, de ninguna manera tenía la obligación de conceder el descuento con fundamento en similares criterios.

El cargo a su juicio carece de fundamento, por lo que se permite sugerirle a la Corte lo desestime e igualmente que no se case la sentencia motivo de impugnación.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La Sala se referirá en primer lugar a los cargos presentados por la vía de la nulidad, como que la prosperidad de uno cualquiera de ellos haría innecesario un pronunciamiento sobre aquel que se formula al interior de la causal primera de casación.

Como se puede apreciar, la formulación expuesta por el libelista en el primer cargo apunta a varias situaciones diversas: La incompetencia del juez para modificar la resolución de acusación en cuanto en ella se reconoce la eventual rebaja por confesión, la incompetencia del fiscal para apelar el fallo en lo atinente con ese reconocimiento; la violación del principio de legalidad respecto de la estructura lógica del proceso que redundaría en incongruencia entre la acusación y el fallo, la indebida inaplicación de la diminuente sobre un criterio errado del concepto de flagrancia, no si insinuar hasta un posible desconocimiento del principio de la *reformatio in pejus*.

Tal pluralidad y heterogenidad de planteamientos al interior de un mismo cargo y causal obliga a precisar por anticipado que la formulación decae por antitécnica al haber desconocido el censor las previsiones del artículo 225 del Código de Procedimiento Penal, tanto por olvidar que la formulación de cargos entre sí excluyentes cual ocurre al proponer al mismo tiempo la nulidad y la discusión sobre un tema de fondo que había dicho vedado para el fallador, obligaba su presentación separada y subsidiaria; como al plantear dentro de la causal tercera una supuesta violación directa de la ley respecto de la interpretación errónea del artículo 299 del Código de Procedimiento Penal.

Mas, ni siquiera tratando de superar estas inconsistencias con miras a determinar oficiosamente si es que se daban la incompetencia o las irregularidades sustanciales sugeridas, desde el primer momento tal posibilidad se desvanece, pues ni para el juzgador resulta extraño definir sobre la aplicación de la rebaja prevista en el artículo 299 del Código de Procedimiento Penal cuando se ocupa de graduar de la pena, ni para el Fiscal se veda la posibilidad de impugnar el fallo para excluir la aminorante, según pasa brevemente a explicarse.

Es cierto que al proferir la resolución de acusación, ya terminando la parte considerativa y sin análisis previos ni probatorios al respecto, la Fiscalía de Yolombó adujo que "En caso de ser condenado, el sindicado es merecedor a la reducción de pena en una tercera parte por confesión, de conformidad con el artículo 299 del C.P.P.". Cierto también que pese a su revisión por vía de instancia, la Fiscalía ante el Tribunal guardó silencio sobre este escueto aparte de la resolución acusatoria. Pero con lo anterior también resulta indiscutible reconocer que la rebaja de pena por confesión es un pronunciamiento privativo del juez que tiene su oportunidad al proferir un fallo adverso, pues de una parte el respectivo precepto condiciona su aplicación "en caso de condena", lo que remite a ese pronunciamiento último de instancia, y de la otra inexiste al interior del artículo 442 del Código de Procedimiento Penal alguna previsión que autorice al Fiscal a pronunciarse en relación con esa hipótesis en la resolución acusatoria, porque el tema de la confesión apunta no a la ocurrencia del hecho, ni de sus circunstancias, sino a la actitud que asuma el sindicado dentro del proceso, y cuya valoración procede al sopesar si ella se dio en contenido y oportunidad que la hayan hecho útil y eficaz para encaminar a la condena, al punto de suscitar en contraprestación legal, la reducción de la sanción a quien la rinde.

No se ignora que un pronunciamiento anticipado sobre excarcelación -por vía de ejemplo-, puede llevar a examinar antes del fallo si esa confesión comporta una rebaja en la sanción, como también y anticipadamente pueden hacerse apreciaciones respecto de la ejecución condicional de la sentencia, o aún de la libertad condicional para esos mismos fines. Pero ni en aquel caso ni en los otros, dicha valoración anticipada puede constituirse en reconocimiento definitivo o vinculante para el juzgador, a quien compete de modo privativo y "en caso de condena", se insiste, optar por la definición final de dichos temas.

Siendo lo anterior así, lejos de ser el de la confesión punto vedado para definición en la condena, es justamente en ella donde ubica su decisión más apropiada, sin que lo dicho de modo ocasional en la resolución acusatoria logre excluirlo al análisis del juez, y mucho menos torne incongruente el fallo que no se atenga a la prevaloración que a dicha intervención procesal se hubiese dado en ese pliego de cargos. Tampoco se puede hablar allí de un sorprendimiento que le haga detrimento a la defensa del procesado, pues no se trata, se insiste, de una definición que legalmente deba incluir el pliego acusatorio (salvo sí, más por razones de excepción el caso de las audiencias especiales -art. 37A del C. de P.P.- donde el acuerdo se extiende a la pena).

Y siendo, precisamente, esta cuestión, tema que le concierne al fallo de instancia, menos podría constituirse en coto que esté vedado al fiscal para su análisis, ora pidiendo o controvirtiendo su reconocimiento ante

los jueces, ora trayéndolo aún a esta sede extraordinaria, pues es sabido que a partir de la ejecutoria de la resolución de acusación pierde el Fiscal la titularidad de la acción penal (artículos 24 C.de P.P.) y por lo mismo la dirección de la instrucción (artículo 444 *ibidem*), pero tomando a cambio "la calidad de sujeto procesal", con ello asume la posibilidad de sostener la acusación, la de aducir o reclamar la práctica de pruebas, proponer oportunamente nulidades, interponer y sustentar recursos, y por qué no, la de impetrar absoluciones, si para ello emerge fundamento en el artículo 250 de la Constitución Política. Tal amplitud para actuar supone la habilitación para impugnar aún la reducción de pena que valoraba de infundada e irregular, y ello comporta la validez del trámite cumplido.

La improsperidad del cargo se torna evidente, sin que le sea posible a la Sala entrar a analizar en él por informal la discusión que ofrece el recurrente de inexistencia o no de la flagrancia, pues además de oponer su análisis con la proposición principal de incompetencia, bajo la cual hace imposible asumir el tema, es ostensible su inoportunidad, dado que lo que en realidad sugiere es una inaplicación, si no una equivocada interpretación del artículo 299 del Código de Procedimiento Penal, en cuyo caso debió acudir a la causal primera, desarrollando o bien una violación indirecta de la ley surgida del error en la apreciación de los medios allegados, si no una violación directa porque se equivocó el tribunal sobre el alcance del precepto de cita.

Otro tanto sucede respecto de la apenas insinuada transgresión de la *reformatio in pejus*, propuesta bajo la afirmación de una indebida desmejora de la situación de quien no había recurrido, pues como lo ha sostenido de manera invariable la doctrina de la Sala, la acusación en este caso debía enderezarse por la causal primera y no bajo la hipótesis de un error de actividad. Sólo que además por el actor se olvida, que el único apelante de la sentencia del *a quo* lo fue la Fiscalía, y no precisamente para favorecer la situación del procesado, sino para impetrar un sustancial incremento de la pena, tras revisar el otorgamiento de dos ventajas indebidas que de manera irregular la redujeron.

Tampoco le asiste razón al casacionista en relación con la segunda forma de nulidad, cuando asevera que el fallo sin fundamentación o análisis probatorio le negó al procesado la comisión del delito de homicidio preterintencional, pues como puede verse en los apartes pertinentes de la decisión impugnada -folios 228 y 229- el Tribunal sí abordo el asunto como correspondía, pues justamente se trataba de una de las razones que habían movido al apelante. Y es que coincidiendo con el reclamo de la Fiscalía, el Juez *ad quem* volvió a la adecuación que aparecía en la resolución acusatoria, tachando de inverosímil la sugerida falta de intención letal del acusado, vista el arma utilizada, la distancia de su accionamiento, y la postura de indefensión que asumía la víctima, elementos que le lleva

ron a deducir la presencia de un dolo cuando menos eventual, que hacía predicable la intencionalidad del homicidio. La preterintención, se dijo, resulta inaceptable para quien:

"... deliberadamente dispara contra otra persona una mortífera carga cómo la que recibió en su cuerpo el señor Luis Emilio Cano Daza..."

La intención de Tobón, entonces, pudo inclusive no haber sido específica. Mas, como el resultado se evidenciaba claramente posible y previsible en relación con el riesgo que para el bien jurídico de la vida se ofrecía, no empece la indiferencia del acusado ante la producción del daño, su conducta no podía ser sino intencional, bajo la fórmula que del dolo eventual describe el artículo 36 del Código Penal.

Parejamente valoró el Tribunal las versiones del menor José Cristo Marín, como testigo presencial del hecho, en tanto desestimó por contradictorias las explicaciones del procesado, y por parcial la voz de su consorte Olga Lucía Cárdenas, lo que a una indica que muy lejos de demostrarse como causal de nulidad del fallo su falta de motivación, en él confluyen el sustento probatorio y el jurídico bastante que lo connota como legal, válido y completo, por lo que este cargo tampoco puede prosperar.

En el tercer motivo de nulidad, el censor sostiene que el Tribunal indebidamente le aumentó la pena a su prohijado en dos meses por el concurso del homicidio y porte ilegal de armas de defensa personal, siendo que el punto no había sido motivo del recurso de apelación.

La manifestación del censor tampoco aquí se aviene a lo real, pues como puede verse en el memorial obrante al folio 208 suscrito por la Fiscal que apela, en él se manifiesta su inconformidad sobre el aumento de pena que hiciera el *a quo*, con motivo del concurso de hechos punibles.

Es de añadir que cuando el Juzgado modificó en esa misma instancia el quantum punitivo, tras pretextar que había equivocado las sumas matemáticas, lo hizo para atender la crítica fiscal reconociendo la aminorante de la ira, y al propio tiempo a reducir de un año a seis meses el incremento en gracia del concurso. Pero es de bulto que una vez más desvía el casacionista la causal que invoca, porque si el juzgador se equivocó lo hizo incurriendo en un error de juicio y no de actividad, luego la acusación del fallo debió hacerse por la causal primera de casación y no por la tercera, buscando la sustitución del fallo por uno de reemplazo, mas no la invalidación del trámite cumplido.

Pero ni aun salvando este error de la demanda podría prosperar la corrección propuesta, pues ya se ha visto que el apelante fue el Fiscal, no el defensor ni el procesado, y que la impugnación buscaba, si bien la electividad de unos aspectos favorables, también y prioritariamente la va-

riación de la calificación del homicidio de preterintencional a voluntario, y el rechazo de la confesión como factor de rebaja punitiva. Acogidas estas dos propuestas, era forzoso revalorar la tasación de penas, y si para entonces no operaba la limitante introducida por el artículo 34 de la Ley 81 de 1993 para el artículo 217 del Código de Procedimiento Penal, es riguroso cumplir en que el *ad quem* no le alinderaban límites para entrar a pronunciarse más allá de lo pedido.

El fallo, por este aspecto, tampoco puede ser invalidado.

Por último y en cuanto se refiere al cargo propuesto por la causal primera, dice que el censor que el Tribunal interpretó de manera errónea los artículos 60, 61, 66, 323 del Código Penal, e inaplicó los artículos 64, 65 y 67 *ibidem*, ya que partiendo del mínimo de 120 meses previsto para el delito de homicidio -artículo 323 ibídem-, apenas le redujo tres años (36 meses), incrementándolos en ocho meses por el concurso de delitos, para un total de 84 meses de prisión.

Según el casacionista, si se partía del mínimo en razón a la ausencia de circunstancias de agravación (120 meses), en esa misma medida debía imponérsele al acusado la diminuente consagrada en el artículo 60 del Código Penal por el reconocimiento de la ira y el intenso dolor, o sea, 40 meses de prisión, que equivalen a la tercera parte del mínimo. De allí agrega que al interponer el recurso de apelación, la Fiscalía no cuestionó el mínimo de pena considerado por el *a quo*.

No encuentra válida la Sala la anterior apreciación del libelista, pues ella surge de un presupuesto errado cual es el de equiparar las mismas circunstancias de los artículos 61 y 67 del Código Penal, con las previstas en el artículo 60, lo que no resulta exacto, pues deber del juzgador en cada caso el de atender las precisas circunstancias de comisión del hecho punible, su gravedad y modalidades, el grado de culpabilidad, las circunstancias de atenuación o agravación concurrentes, y la personalidad del sujeto agente, pero en el caso de la comisión del hecho bajo el estado emocional descrito en el artículo 60, a esas circunstancias se agregan las particulares que esta disposición describe.

De no ser ello así, al legislador le hubiera bastado con señalar que una vez reconocida la degradante punitiva, se le impondría al condenado tan solo la tercera parte de la respectiva pena, o bien con indicar que la proporción de la diminuente sería la misma aconsejada por los artículos 61 y 67; sin embargo, al prescribir sus propios límites de morigeración entre una pena no superior a la mitad del máximo, ni inferior a la tercera parte del mínimo, luego de precisar las propias razones que llevan al reconocimiento de esa diminuente, lo que indica es que para ese definitivo ajuste cobra vigencia la consideración de la conducta de la víctima, como determinante de la reacción del acusado, y en ello pesa la estimación de la

mayor o menor gravedad e injusticia del comportamiento ajeno capaz de alterar emotivamente al sujeto agente, y en este su propia capacidad de autocontrol y tolerancia como factores adicionales indicadores de la mayor o menor necesidad del tratamiento penitenciario.

Por ello se acreditan válidas las consideraciones del Tribunal expuestas al folio 233 del cuaderno respectivo, porque allí fundamentó la Sala de Decisión que la diminuente, pese a obligar su reconocimiento por resultar comprometida en el pliego calificatorio, no exhibía en realidad en la conducta de la víctima motivos ciertamente valederos, pues su actuar no estaba dentro de una trascendencia tal como para auspiciar el máximo de la rebaja reconocida por el Estado para casos tan extremos, lo que llevó a una reducción de pena tasada en los tres años, que, vistas las circunstancias de ocurrencia, todavía para el Ministerio Público se ofrece generosa.

Y como aquí regresa el casacionista a su objeción porque a su juicio el Tribunal no se podía ocupar de una revisión sobre ese aspecto de la pena, en cuanto a la Fiscalía no lo había censurado, valga decir una vez más que a la fecha de producirse el fallo de segunda instancia, no se había introducido aún la modificación del artículo 34 de la Ley 81 de 1993, de modo que no siendo intentada la apelación por la defensa ni por el procesado, ninguna restricción tenía el *ad quem* respecto a la tasación que se le insinuaba revisar.

En efecto el texto legal del artículo 217 del Código de Procedimiento Penal para ese entonces vigente era el que sigue:

"Artículo 217. 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 tuviera interés, la hubieren recurrido."

El Tribunal ciñó su intervención a este precepto, luego el cargo formulado no prospera.

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

RESUELVE

NO CASAR el fallo del 9 de septiembre de 1993 proferido en segunda instancia por el Tribunal Superior de Antioquia, impugnado a nombre del acusado Angel José Tobón Castro.

Cópiese, devuélvase al Tribunal de origen y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

PORTE ILEGAL DE ARMAS DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS MILITARES/COLISION DE COMPETENCIA

Si se trata de una subametralladora no es necesario confrontar las cualidades que la identifican con las descripciones contenidas en los artículos 8o a) y 11 a) del Decreto 2535 de 1993, porque tratándose de un arma automática, sin importar el calibre, indudablemente se trata de arma de uso privativo de la fuerza pública [art. 8o. d)], como lo confirma el literal b) del artículo 1o., del Decreto 1809 de 1994 cuando se refiere a las subametralladoras como de uso reservado a la fuerza pública.

La diferencia básica entre una Pistola y una Pistola ametralladora (subfusil) radica esencialmente en su mecanismo original de funcionamiento, esto es que la primera es semiautomática y la segunda es automática, aun cuando las dos pueden cumplir las dos funciones a través de un dispositivo denominado selector de disparo. Las restantes características no son exclusivas de cada tipo de arma y por tanto, no permiten la diferenciación, pues si bien, generalmente la pistola es arma para usar con una sola mano, según el autor citado, también se fabrican pistolas ametralladoras con diseño para usar con una sola mano; una y otra pueden funcionar con calibre 9 mm y la versatilidad en la capacidad de los proveedores tampoco permite distinguirlas.

En estas condiciones, por definición, la pistola ametralladora o subfusil es un arma automática que puede convertirse en semiautomática si se le adosa el selector de disparo, y la definición de "subametralladora" (equivalente de pistola ametralladora o subfusil) solamente se puede predicar respecto de un arma diseñada originalmente con funcionamiento automático, que es el que permite disparar en ráfaga.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal - Santafé de Bogotá D.C., veintidós (22) de agosto de mil novecientos noventa y seis (1996).

Magistrado Ponente: Dr. *Juan Manuel Torres Fresneda*

Aprobado Acta No. 123

Proceso: 11998

VISTOS

Se decide el conflicto negativo de competencia suscitado entre uno de los Juzgados regionales de la ciudad de Medellín y el Juzgado 18 Penal del Circuito de esa ciudad, a propósito del conocimiento del proceso que se adelanta contra Wilfredo Ospina Muñoz, por el delito de porte ilegal de armas.

ANTECEDENTES

El 19 de abril de 1994, el Comandante de Policía del barrio Manrique de Medellín, en compañía de miembros de la SIJIN y de la Fiscalía, adelantaron un operativo para allanar el inmueble de la calle 95 No. 50C - 35, con el propósito de localizar armas de ilícita procedencia. Al acercarse al lugar, los investigadores observaron a un individuo que huía por los tejados de la vecindad con un fusil que dejó abandonado, ciudadano que fuera capturado e identificado como Carlos Eduardo Velásquez Ríos. Ya dentro de la casa se sorprendió a Wilfredo Ospina Muñoz en el momento en que arrojaba al interior de un armario una pistola UZI, calibre 9mm, con 26 cartuchos y un proveedor; a Jorge Andrés Zapata Vélez cuando intentaba ocultar un balde con 140 cigarrillos de marihuana y una libra de esta planta y a Luis Fernando Sossa Londoño quien pretendía esconder un revólver Smith & Wesson, 38 largo. También fueron hallados en el inmueble Oscar Andrés Palacio Molina, Jorge Andrés Calle Saducea y Orvani Adolfo Zea Londoño.

Concluida la investigación, la Fiscalía Regional de Medellín la precluyó en favor de Oscar Andrés Palacios Molina y Orvani Adolfo Zea Londoño en lo relacionado con la violación a los artículos 33 de la Ley 30 de 1986 y 1o. y 2o. del Decreto 3664 de 1986. También dispuso la preclusión para Jorge Andrés Zapata Mesa por la infracción al citado Decreto y para Wilfredo Ospina Muñoz en cuanto al atentado contra el estatuto de estupefacientes.

Por otra parte, dictó Resolución Acusatoria contra Jorge Andrés Zapata Mesa como infractor del artículo 33 de la Ley 30 de 1986; contra Luis Fernando Sossa Londoño por incurrir en la conducta descrita en el artículo 1o. del Decreto 3664 de 1986, y contra Wilfredo Ospina Muñoz, como responsable del hecho punible de que trata el numeral 2o. del decreto citado.

Todas las determinaciones adoptadas en la resolución calificatoria fueron confirmadas por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional cuando desató la impugnación formulada contra ella por Wilfredo Ospina Muñoz y su defensor.

Transcurrido el término otorgado a las partes para solicitar pruebas, el procesado Wilfredo Ospina Muñoz dirigió al Juez regional de conoci-

miento un escrito manifestando su deseo de acogerse a la institución de la sentencia anticipada, admitiendo los cargos que le atribuyeron en la resolución acusatoria. Con ese propósito se realizó la correspondiente audiencia de terminación anticipada del proceso.

El Conflicto

Llegado el momento de proferir la sentencia a su cargo, el Juez Regional de Medellín, en proveído fechado el 29 de mayo de 1996, decidió declarar su falta de competencia para decidir este proceso, considerando que ella recae en los juzgados penales del circuito, a quienes de una vez les propuso colisión negativa de competencia, en caso de que no compartieran su decisión.

Al efecto, el juez colisionante advierte que la justicia regional inicialmente se consideró competente para fallar el proceso contra los tres implicados, por razones de conexidad, habida cuenta que a Wilfredo Ospina Muñoz se le atribuía el porte ilegal de armas de uso privativo de las fuerzas armadas; sin embargo, aduce que la fiscalía regional no confrontó la disposición del artículo 8o., literal a) del Decreto 2535 de 1993, con la del artículo 11, literal a) del mismo estatuto, por cuanto de tales normas y de la descripción pericial del arma encontrada a Wilfredo Ospina Muñoz, se deduce que se trata de un arma de defensa personal, por cuanto, siendo semiautomática, el calibre (9 mm.) y el largo del cañón (11.2 cm) son inferiores a los topes permitidos para armas de defensa personal.

Apoyando su criterio en la jurisprudencia de esta Sala (Autos, mayo 5 de 1994, M.P. Dr. Duque Ruiz; noviembre 8 de 1994, M.P. Dr. Saavedra Rojas; enero 18 de 1995, M.P. Dr. Mejía Escobar), aclara que el proveedor del arma es para 25 cartuchos y fue ampliado a 32, pero este es un factor que no determina la competencia, porque esa longitud de cañón no sirve "para 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" y porque el hecho de que el proveedor tenga diez, once, doce o veinte cartuchos no hace que el arma sea más letal y son características que no la convierten en arma de uso privativo de las Fuerzas Armadas.

El Juez 18 Penal del Circuito de Medellín, a quien correspondió afrontar el incidente, también se negó a asumir el conocimiento de este proceso. Para el funcionario colisionado, su colega proponente no tomó en consideración todas las características que hacen que un arma sea de uso privativo de las fuerzas armadas, como las descritas en los artículos 8o y 9o del Decreto 2535 de 1993, esto es las armas automáticas, sin importar el calibre; los dispositivos de tipo militar con miras infrarrojas, laséricas o accesorios como lanzagranadas y silenciadores, las pistolas de funcionamiento automático y subametralladoras.

Resalta que el artefacto vinculado a este proceso no es simplemente una pistola, sino una "pistola subametralladora" con características especiales y con dispositivos como el "alza y punto de mira" que determinan que sea de uso exclusivo y no para defensa personal.

Reitera que el artículo 11 del Decreto 2535 de 1993 no señala, entre las condiciones que deben reunir las armas de defensa personal, a las subametralladoras. Por tanto, concluye que la competencia le atañe al Juez Regional que venía adelantando el proceso. En consecuencia, remitió la actuación a esta superioridad para que dirima el conflicto.

Consideraciones

Examinados los argumentos expuestos por los jueces que trabaron el incidente queda en claro que el enfrentamiento surgió porque al tratar de clasificar el arma decomisada a Wilfredo Ospina Muñoz de acuerdo con la legislación pertinente, el juez regional partió del criterio de que se trata de una pistola y el juez penal del circuito la toma como una subametralladora: situación que obedece a la nominación que le otorgó el perito que examinó el arma, dándole la doble calificación de "pistola subametralladora".

En el acta de la inspección a las armas decomisadas en el allanamiento consta que el experto en balística describió el arma encontrada a Wilfredo Ospina Muñoz con las siguientes características:

"El arma No. 2 corresponde a una pistola subametralladora marca UZI calibre 9mm tipo arma de puño, número UP11476, de fabricación Israelí, funcionamiento semi-automático, acabado pavonado mate, cachas de pasta de color negro, provista de doble seguro, uno en la parte posterior de la empuñadura y el otro en el extremo izquierdo de los mecanismos de disparo parte superior de la empuñadura, su capacidad de carga original es de un proveedor para veinticinco (25) cartuchos, pero el proveedor que presenta o que la acompaña tiene capacidad para treinta y dos (32) cartuchos dentro del mismo, la longitud de su cañón es de 11.2 centímetros, presenta cuatro estrías de rotación derecha en su ánima. Se encuentra en buen estado de funcionamiento, es decir apta para realizar disparos. Presenta los siguientes grabados: ACTION ARMS.LTD- PHILA. PA. IMI-ISRAEL, UZI PISTOL 9mm PARA. Esta arma presenta sus dispositivos de punteris (sic) tales como alza y punto de mira en buen estado". (subraya la Sala).

Por lo anterior, la solución del conflicto hace indispensable dilucidar el tipo de arma al que corresponde la incautada a Wilfredo Ospina Muñoz puesto que si se trata de una subametralladora no es necesario confrontar las cualidades que la identifican con las descripciones contenidas en los artículos 8o a) y 11 a) del Decreto 2535 de 1993, porque tratándose de un arma automática, sin importar el calibre, indudablemente se trata de

arma de uso privativo de la fuerza pública [art. 8o. d)], como lo confirma el literal b) del artículo 1o., del Decreto 1809 de 1994 cuando se refiere a las subametralladoras como de uso reservado a la fuerza pública.

Ahora bien, si la referencia corresponde a una pistola, se habrá de efectuar el cotejo de los caracteres que la identifican con los establecidos en la ley para determinar si es de defensa personal o de uso privativo de la fuerza pública.

En orden al cumplimiento de ese objetivo y dada la especialidad del tema, conviene memorar los conceptos básicos que rigen la clasificación de las armas de fuego y que están en discusión en este incidente, con apoyo en los criterios que el abogado criminalista Pedro Thelmo Echeverry Gómez aporta en la 5a. edición (1993) de su libro "Balística Forense".

El doctrinante define el **arma corta o de puño**, como "la diseñada para su empleo con una sola mano, sin que sea necesario apoyarla en ninguna otra parte del cuerpo (Ob. cit. pag. 107).

Arma semiautomática es aquella en que "el ciclo de carga y descarga se efectúa en forma automática, sin la intervención del tirador, debiendo éste oprimir la cola del disparador entre tiro y tiro; sin embargo, requiere de una primera operación de carga manual que debe llevar a cabo el tirador, con la introducción del primer cartucho en la recámara y el montaje del percutor. El volumen de fuego de estas armas depende de la cantidad de cartuchos que aloja el cargador y del adiestramiento del tirador en lo relativo a la velocidad de disparo, tiempo de recambio del cargador, habilidad para apuntar, etc. Ej.: Pistolas semiautomáticas, Pistolas Ametralladoras con selector de disparo, algunas Carabinas y ciertos tipos de Escopetas".(Ob. cit. pag. 108).

Arma automática es "el arma de fuego en la que, además de producirse el ciclo de carga y descarga en forma automática, en tanto se mantenga oprimida la cola del disparador continúa disparando hasta que libere ésta o se agote la provisión de cartuchos del cargador, lo que ocurra primero. Como en el caso mencionado en el punto anterior, también es necesaria una primera operación de carga manual. Hay diseños de Armas automáticas que por efecto de un selector pueden dispararse en forma semiautomática, de acuerdo a las condiciones por las que opte el tirador.- Este tipo de arma puede alcanzar una altísima velocidad de fuego, superior en la mayoría de ellas a los seiscientos disparos por minuto. Ej.: Fusil ametrallador, ametralladora pesada, pistola ametralladora o sub-fusil". (Ob cit., pag. 109).

La **Pistola** es "un arma de puño, de uno o dos cañones, de ánima estriada o lisa con la recámara alineada en forma permanente respecto del cañón. Puede ser de carga tiro a tiro, de repetición o semiautomática y también se producen modelos de sistema de disparos combinados de re-

petición semiautomática. Ejemplo: la pistola Whalter que se conoce como de doble acción, y de semiautomático a automático, en este caso mediante un selector de disparo." (Ob. Cit. pag.112).

La **pistola ametralladora** es un "arma de fuego de carga automática diseñada para ser usada con ambas manos y que puede dispararse o no, apoyada en el hombro, a la altura de la cintura para lo cual viene equipada con un culatín fijo o rebatible. Su recámara está alineada en forma permanente con el ánima del cañón del que, normalmente, es parte integrante. En su gran mayoría están dotadas de un selector que permite su empleo semiautomático (tiro a tiro) o automático (ametrallado). En algunos modelos la cadencia de disparo, por no tener selector, la da el propio tirador mediante su accionar sobre la cola del disparador. La tendencia actual es denominar a estas armas "subfusiles" por resultar de un tamaño reducido, de un alcance efectivo que promedia los 200 metros y que de acuerdo al diseño pueden operarse con una sola mano (Uzi y FMK 3/4). La alimentación es por cargadores removibles, con capacidad variada entre 20 y 40 cartuchos. El calibre más difundido de estas armas es el 9 mm. Parabellum". (Ob. Cit. Pag. 121).

Es de aclarar que, a diferencia del legislador, los doctrinantes no emplean el término "subametralladora" para clasificar ningún tipo de arma, razón por la cual, en sana lógica se entiende que ese tipo de armas son las nominadas como "Pistola ametralladora" o "subfusil".

De acuerdo a estas nociones se puede precisar que la diferencia básica entre una pistola y una pistola ametralladora (subfusil) radica esencialmente en su mecanismo original de funcionamiento, esto es que la primera es semiautomática y la segunda es automática, aún cuando las dos pueden cumplir las dos funciones a través de un dispositivo denominado selector de disparo. Las restantes características no son exclusivas de cada tipo de arma y por tanto, no permiten la diferenciación, pues si bien, generalmente la pistola es arma para usar con una sola mano, según el autor citado, también se fabrican pistolas ametralladoras con diseño para usar con una sola mano: una y otra pueden funcionar con calibre 9 mm y la versatilidad en la capacidad de los proveedores tampoco permite distinguirlas.

En estas condiciones, por definición, la Pistola Ametralladora o subfusil es un arma automática que puede convertirse en semiautomática si se le adosa el selector de disparo, y la definición de "subametralladora" (equivalente de pistola ametralladora o subfusil) solamente se puede predicar respecto de un arma diseñada originalmente con funcionamiento automático, que es el que permite disparar en ráfaga.

En este caso, el experto describió el arma incautada a Wilfredo Ospina Muñoz como de funcionamiento semiautomático, la cual además carecía

del selector de disparo que la convirtiera en automática. Ello significa que el perito utilizó impropiamente el calificativo de "subametralladora" y que el arma en referencia es una pistola.

Esta conclusión, debilita la validez del argumento sobre el cual el Juez colisionado sustentó la decisión de no asumir el conocimiento del proceso, por cuanto, la definición de que el arma sea de uso privativo de las fuerzas militares ya no se puede apoyar en el hecho de que se trata de una subametralladora; es una pistola y como tal es necesario considerarla.

En este punto, la Sala debe reiterar la tesis que ha desarrollado respecto de la aplicación del Decreto 2535 de 1993. Es así como, en lo que atañe con pistolas y revólveres, ese estatuto trae la siguiente clasificación:

1) De calibre máximo 9.652 mm (.38 pulgadas), con las siguientes características:

-Longitud máxima de cañón 15.24 cm (6 pulgadas).

-Pistolas por repetición o semiautomáticas

-Capacidad en el proveedor de la pistola no superior a 9 cartuchos a excepción de las que originalmente sean de calibre 22, caso en el cual se amplía a 10 cartuchos (artículo 11, literal a: de defensa personal).

2) De calibre 9.652 mm (.38 pulgadas) que no reúnan las características relacionadas en el numeral anterior, es decir, que exceda los topes allí descritos (artículo 8o., literal a: uso privativo de las FF.AA.).

3) De calibre superior a 9.652 mm (.38 pulgadas) (artículo 8o. b: uso privativo de las FF.AA.)

4) Armas automáticas (incluye pistolas) sin importar el calibre (artículo 8o. literal d: uso privativo de las FF.AA.).

5) Armas (revólveres o pistolas) que lleven dispositivos de tipo militar como miras infrarrojas, lasércas o accesorios como lanzagranadas y silenciadores. (artículo 8o. literal i: uso privativo de las FF.AA.)

Esta síntesis permite ver que para determinar si un revólver o pistola es de defensa personal o de uso privativo de las Fuerzas Armadas, son aspectos esenciales, de una parte el calibre, sea que tengan uno inferior, igual o superior a 9.652 mm (.38 pulgadas), y de otra, el mecanismo de funcionamiento: de repetición, semiautomático o automático.

Precisamente, tomando el calibre del arma como punto de partida de esa definición, la Sala se vio en la necesidad de interpretar lo que ocurría con las armas de calibre inferior a 9.652 mm (.38 pulgadas) que no reúnen todas las características que describe el literal a) del citado artículo 11 del Decreto 2535/93, por cuanto, el entendimiento literal de esa nor-

ma conducía a convertir en armas de uso privativo de la Fuerza Pública armas cuyas peculiaridades en nada concuerdan con las armas de guerra y con la finalidad que estas últimas tienen.

El criterio anunciado se encuentra plasmado en la providencia citada por el juez regional, fechada el 5 de mayo de 1994, de la cual fue ponente el Magistrado Guillermo Duque Ruiz; esta tesis fue reiterada el 22 de febrero de 1996, en auto proferido con ponencia del Magistrado Jorge Córdoba Poveda. Aquel pronunciamiento expresa que:

"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 esta 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, "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", 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.

"Por esta misma razón no puede admitirse el argumento de que como la enumeración que trae el artículo 8° es meramente enunciativa y no taxativa ("tales como", dice la norma), sí es posible comprender en ella la pistola de 7.65 mm. solo por causa de la capacidad del proveedor -superior a nueve (9) cartuchos- . Por lo demás, este tipo de interpretación, por la indeterminación que implica, vulnera directamente el principio rector de la tipicidad, consagrada en el artículo 3° del Código Penal, en virtud del cual, "la ley penal definirá el hecho punible de manera inequívoca".

Así las cosas, de la comparación entre la descripción efectuada por el técnico balístico y las disposiciones comentadas en precedencia, se tiene que el arma incautada a Wilfredo Ospina Muñoz, aun cuando su proveedor original es para 25 cartuchos y el que la acompañaba sirve para 32 cartuchos, es de calibre inferior a los 9.652 mm (9 mm.), su cañón no alcanza los 15.24 cms. (11.2 cm) y es semiautomática. Luego, se debe concluir que se trata de una arma de defensa personal.

Ahora bien, el hecho de que posea "alza y punto de mira" no modifica la calificación anterior, pues, al contrario de lo que opina el Juez 18 Penal

del Circuito de Medellín, esos no son dispositivos de tipo militar que la convierten en arma de uso privativo de la Fuerza Pública.

En estas condiciones, habida cuenta que el arma cuya tenencia ilegal que se atribuye a Wilfredo Ospina Muñoz es de defensa personal, es forzoso concluir que, de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 71.4 y 72.1.c del Código Penal, la competencia para conocer de este proceso le corresponde a la jurisdicción penal ordinaria y no a la regional. Por tanto, se dirimirá el conflicto asignando el conocimiento de este asunto a la primera de ellas, representada en este caso por el Juez Dieciocho Penal del Circuito de Medellín, a quien le corresponderá adoptar pertinentes para que se cumpla el debido proceso.

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

RESUELVE

ASIGNAR al Juzgado Dieciocho Penal del Circuito de Medellín, la competencia para conocer de este proceso.

Comuníquese esta determinación al Juez Regional trabado en el conflicto, remitiéndole copia de este proveído.

Cóplese, comuníquese y devuélvase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

COMPETENCIA/ DEBIDO PROCESO

No se puede desconocer la competencia a un funcionario al que la ley se la ha otorgado -arts. 663, 354, 677 C. P. M.-, como en el presente caso al Oficial que presidió el consejo de guerra por designación que le hiciera el para entonces juez de primera instancia y que después profirió la sentencia de ese grado jurisdiccional, por razones que, como bien lo puntualiza la Procuraduría, no responden a previsión legal alguna, sino que cuestionan desde el punto de vista del censor únicamente la idoneidad moral del dicho funcionario. Aceptarlo sería, por una parte, crear pautas legislativas por fuera del ordenamiento imperante, cuando no és labor que compete a la Corte como autoridad judicial y, por la otra, vulnerar la garantía del debido proceso, estableciéndose un círculo vicioso en que un supuesto error de procedimiento se subsane con otro de igual o mayor entidad.

Que un mismo funcionario hubiese actuado como juez en este proceso penal y en el disciplinario en que se investigó la misma conducta, no conculca ninguno de los derechos o garantías del acusado.

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

Magistrado Ponente: Dr. *Didimo Páez Velandia*

Aprobado Acta No.123

Proceso: 9389

Conoce la Corte del recurso de casación interpuesto contra la sentencia emitida el 13 de septiembre de 1993 por el Tribunal Superior Militar, en la que, con modificación de la de primera instancia, se condena al exagente de la Policía Nacional Manuel Mauricio Martínez Carmona a la pena principal de dieciséis años y cuatro meses de prisión y a las accesorias de separación absoluta de la Policía Nacional e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la privativa de la libertad,

como autor responsable de los delitos de homicidio agravado del también agente de la Institución José Luis Racines y abandono del puesto, cometidos en concurso de hechos punibles.

Hechos y Actuación Procesal

Reseña el fallador de segunda instancia, con apego a la evidencia procesal, los hechos materia de la sentencia así:

" ... tuvieron desarrollo los acontecimientos, en horas de la noche del primero (1o) de febrero del año que transcurre -se refiere a 1993- en instalaciones de la Subestación de Policía de San Luis de Palenque (Casanare) cuando el agente enjuiciado -Manuel Mauricio Martínez Carmona, aclara la Corte-, quien cumplía servicios como centinela en la parte posterior del cuartel, se desplazó de su lugar de facción para encaminarse a la parte frontal, donde halló al también agente José Luis Racines Linero y luego de cierto enfrentamiento de palabras, que había tenido iniciación el día anterior, decidió hacer uso del fusil de dotación que portaba en su contra por cinco oportunidades, causándole su deceso.". (fls. 277-278 cd. ppl.).

Al proceso, iniciado por el Juzgado 137 I. P. M. (fl.2) se vinculó con indagatoria al sindicado, para cuyo juzgamiento el Juez de primera instancia convocó en febrero 16 de 1993 Consejo Verbal de Guerra con intervención de vocales -que fue presidido por el Mayor José Domingo Barinas (fls. 88, 159, 160, 176), por el concurso de hechos punibles previstos en el C. P. M. de abandono del puesto de facción y homicidio agravado (fls.99-100). Por los mismos fue condenado en primera instancia (fls. 221-222), y apelada que fue la sentencia, el Tribunal Superior Militar la confirmó, el 13 de septiembre de 1993 mediante la que ha sido recurrida en casación por la defensa, pero modificándola en el sentido de reducir en dos meses la pena principal y consiguientemente la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas. (fls. 277-285).

La Demanda

Tres cargos al fallo de segundo grado se formulan, todos con apoyo legal en la causal 3a. del artículo 442 del C. de J. P. M.

Primero. Se dictó en proceso viciado de nulidad porque, según precisa el profesional demandante, el Oficial de la Policía que presidió el Consejo de guerra y profirió el fallo de la primera instancia, esto es, el Mayor José Domingo Barinas, "no era la persona indicada" para ejercer dicha presidencia.

Explica que el mencionado Oficial desempeñaba para la víspera de los hechos objeto de juzgamiento el cargo de Comandante encargado del Departamento de Policía de Casanare, jurisdicción a la que pertenece la Subestación de San Luis de Palenque, en donde sucedieron y, que en tal

calidad fue informado telefónicamente por el Comandante de esa Dependencia del altercado que se había suscitado entre el acusado y el occiso la noche anterior al homicidio, en el que se lesionaron recíprocamente -el occiso, dice, hizo uso de su arma contra el procesado- y profirió amenazas contra su vida, y pese a la gravedad de la situación el mencionado Oficial se limitó a responderle al Cabo que estaban recién trasladados y procurara solucionar el problema él mismo y que lo mantuviera informado: no proveyó el Oficial el traslado que la situación ameritaba sino que la dejó idéntica siendo la que ayudó "en gran parte a que sucedieran estos hechos lamentables".

Luego de algunos comentarios sobre lo acaecido y de preguntarse el actor si:

"¿Este Oficial era el encargado de emitir el fallo? que a todas luces se veía no imparcial y se encontraba influenciado y determinado porque cuando tuvo que decidir le faltó criterio, carácter, disciplinaria (sic) militar..." (fl. 325 cd. Tr.), considera que el Oficial mencionado que dos días después de los hechos de este proceso inició investigación disciplinaria contra el acusado Martínez- **carecía de competencia** para presidir el Consejo Verbal de Guerra porque no tenía la suficiente "capacidad subjetiva" por haber tenido "conocimiento anterior de unos hechos que con una sola orden hubiera evitado la muerte del Agente ...". Para finalizar esta censura, el actor atribuye al mencionado funcionario responsabilidad en los hechos que son objeto de la sentencia impugnada.

Segundo.- El fallo se dictó en juicio viciado de nulidad porque el Juez de la primera instancia en la fase investigativa, el T. C. Miguel Angel Mesa, así como el Oficial referido en el cargo precedente, actuó también en la investigación disciplinaria que se adelantó contra el acusado Martínez, violándose así la garantía del debido proceso y con ello perdió "su imparcialidad por lo que debió abstenerse" de intervenir en el proceso.

Termina lo que considera la motivación de la censura afirmando:

"El fallo de Primera Instancia dentro del Consejo Verbal de Guerra debe ser totalmente nulo y convocarse a otro con todas las garantías propias de la ley y especiales para este caso".

Tercero.- El fallo se dictó en proceso viciado de nulidad por conculcamiento de las garantías previstas en el artículo 29 de la Carta. A manera de sustentación consigna:

"Norma violada por los oficiales que intervinieron en el Consejo Verbal de Guerra, impedidos subjetivamente para conocer de esta investigación eminentemente de carácter penal, lo que manipuló la sentencia, sintiendome (sic) el día del Consejo ... que como defensor no fui tenido en

cuenta, el Presidente tenía ya su decisión en mente, arrepentido tal vez por su falta de responsabilidad y de carácter que en un momento dado debió tener, su negligencia ocasiona la muerte a **José Luis Racines Limeros** siendo responsable directo de ella".(fl. 327).

Finalmente solicita la infirmación de la sentencia acusada, para que en sede de casación se declare la nulidad de todo lo actuado a partir e inclusive del auto de cierre de la investigación y se ordene la libertad provisional de su procurado.

El Ministerio Público

En la opinión del señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal no debe acceder la Corte a la casación impetrada. Tras considerar que la demanda no se aviene a los lineamientos técnicos del recurso de casación dado que pese a contener un solo cargo su signatario entendiendo presentar tres, se limita a repetir el mismo argumento, pretendiendo acreditar la falta de competencia del juez que presidió el Consejo de Guerra y del fallador de la primera instancia, pero **no por razones objetivas de naturaleza legal**, sino por motivos de capacidad intelectual y moral de esos funcionarios por haber sido uno de ellos, en sentir del censor, incapaz de adoptar una medida disciplinaria que evitase el desenlace de los acontecimientos en la forma conocida y ambos por tomar "algunas determinaciones..." en la investigación administrativa que se adelantó por los mismos hechos contra el procesado.

Considera que el demandante "equivocó completamente la vía y la oportunidad de su alegación" porque lo que debió hacer con lealtad dentro del proceso, fue recusar a los funcionarios si encontraba razones para ello y porque el reclamo debió ser formulado cuando tales funcionarios "tomaron la primera decisión o cumplieron el primer acto procesal", no en sede de casación, en la que el escrito es "insuficiente para generar siquiera la inquietud de una nulidad, que si existiera, podría declararse oficiosamente".

Sin embargo, observando el funcionario que la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas impuesta al procesado es por el mismo lapso de la de prisión, que supera los diez años, sugiere la casación parcial de la sentencia para que se acomode esa pena a las previsiones de ley.

Consideraciones de la Corte

No se remite a duda que asiste la razón al distinguido colaborador del Ministerio Público, no sólo en cuanto al desatino del demandante al pretender con los argumentos antes reseñados la invalidación parcial del proceso mediante el recurso extraordinario, sino en lo relacionado con la

errada dosificación de la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas impuesta al procesado.

Aunque el demandante propone tres cargos contra el fallo, ellos se reducen a **dos**, si se tiene en cuenta que **el tercero** es apenas una especie de conclusión de los dos primeros, lo que obviamente pone de manifiesto la inobservancia por parte suya de los supuestos técnicos de la alegación, dado que omitió precisar y demostrar en cada una de las censuras -como era su deber, aun tomando como apoyo legal la causal 3a. del artículo 442 del C.J.P.M. qué garantía estimaba vulnerada en detrimento de su cliente y su incidencia en el fallo, pues se dedicó a lanzar en cada una de ellas conjeturas de imposible encuadramiento en los motivos de nulidad previstos en la ley.

Es así como en el **primer** cargo pregona la **carencia de competencia** del Oficial que en ejercicio de la actividad jurisdiccional propia del fuero militar bajo el cual se juzgó al procesado presidió el Consejo de Guerra y profirió el fallo de la primera instancia, con el argumento de que habiendo sido informado, en calidad de Comandante del Departamento de Policía Casanare al cual pertenece la Subestación de San Luis de Palenque en donde acaecieron los hechos objeto del proceso, de la pendencia suscitada entre el occiso y el procesado la víspera del homicidio, **no ordenó el traslado** a los protagonistas y al haberlo actuado así se hizo responsable del delito y por consiguiente perdió la competencia para actuar en el proceso, porque su criterio estaba predeterminado por esa situación. Haber intervenido como lo hizo, implicó, en sentir del actor, vulneración de garantías que no precisa- previstas en el artículo 29 de la C. N.

El motivo aducido como invalidante, según se ve, carece de tipificación en el estatuto por el cual se rigió el proceso, pues la falta de competencia nace en factores legales objetivos -territoriales, funcionales, etc.- y sólo de darse alguno o algunos de ellos puede declararse.

No se puede desconocer la competencia a un funcionario al que la ley se la ha otorgado -arts. 663, 354, 677 C. P. M.-, como en el presente caso al Oficial que presidió el consejo de guerra por designación que le hiciera el para entonces juez de primera instancia y que después profirió la sentencia de ese grado jurisdiccional, por razones que, como bien lo puntualiza la Procuraduría, no responden a previsión legal alguna, sino que cuestionan desde el punto de vista del censor únicamente la idoneidad moral del dicho funcionario. Aceptarlo sería, por una parte, crear pautas legislativas por fuera del ordenamiento imperante, cuando no es labor que compete a la Corte como autoridad judicial y, por la otra, vulnerar la garantía del debido proceso, estableciéndose un círculo vicioso en que un supuesto error de procedimiento se subsane con otro de igual o mayor entidad.

El cargo no prospera.

De igual manera, el cargo **segundo** está llamado al fracaso. En ésic la objeción se dirige a procurar la anulación de lo actuado desde el auto de cierre investigativo proferido por el Oficial que actuó como juez de primera instancia en esa ocasión procesal (fl.86), debido a que este funcionario, junto con el cuestionado en el primer cargo, intervino en la investigación disciplinaria que por los mismos hechos de este proceso se adelantó contra el acusado en la Institución Policial.

Nuevamente el hecho aducido carece de la connotación invalidante que le atribuye el censor, pues que un mismo funcionario hubiese actuado como juez en este proceso penal y en el disciplinario en que se investigó la misma conducta, no conculca ninguno de los derechos o garantías del acusado: y no puede, como se ha dicho, el fallador a su arbitrio crear motivos de nulidad aceptando el descontento de un defensor que habiendo guardado silencio durante el trámite del proceso de todas las incidencias que hoy comenta -quizás por tener certeza de que no lo afectaban- procura ahora elevar una objeción de índole a su entender, moral -que por lo demás, debió formularla con lealtad a los funcionarios de las instancias-, a la categoría de causa de nulidad.

El cargo, como se advirtió, no prospera.

Menos opción de aceptación tiene el llamado **cargo tercero** de la demanda, pues se trata de una síntesis conclusiva de los dos primeros, en la que se afirma que hubo transgresión de garantías del artículo 29 de la Carta Política, pero sin aludir a situación alguna diferente de las que trata el resto del escrito.

Son pues, inatendibles todas las censuras planteadas por la defensa.

De la Casación Oficiosa

Conforme al artículo 39 del C. P. M., estatuto regente de esta causa, la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas tiene establecida una duración máxima de diez (10) años, pese a ser de obligatoria imposición cuando la pena principal es la de prisión, como en el caso presente art. 48 id.-, debiendo, por consiguiente, atemperarse a ese término, aun cuando ésta lo supere, para no hacer más gravosa la situación de quien la recibe, como que además de cumplirse de hecho por el tiempo de duración de la principal, su aplicación se extiende por el lapso en que se ha fasado -art. 50 id.-. Esta observancia preside el principio de legalidad de la pena.

Al aquí procesado la pena accesoria que se menciona fue establecida en lapso idéntico al de la de prisión, es decir, dieciséis años y cuatro meses, debiendo pues redosificarse y reducirse a diez (10) años, dada la naturaleza y modalidades de los delitos juzgados.

En ejercicio de la facultad prevista en los artículos 228 y 229-1 del C. P. P., se casará entonces, **parcialmente** y de oficio la sentencia del Tribunal Superior Militar, como lo solicita el Procurador Delegado.

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

RESUELVE

1. DESESTIMAR la demanda presentada.

2. CASAR DE OFICIO PARCIALMENTE la sentencia recurrida, en el sentido de **modificar** el término de la pena accesoria de **interdicción de derechos y funciones públicas** que ha de purgar Manuel Mauricio Martínez Carmona, como autor responsable de los delitos de homicidio agravado y abandono del puesto cometidos en concurso de hechos punibles en las circunstancias de que da cuenta el proceso, reduciéndolo a **DIEZ** (10) años. En lo restante, queda **sin modificación el fallo impugnado.**

En firme, *devuélvase* el proceso a la oficina de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACION PUNITIVA/ INCONGRUENCIA DE LA SENTENCIA

No obstante que el censor no precisa a cuáles circunstancias agravantes se refiere, al confrontar la sentencia con la modificación que en segunda instancia se le introdujo a la resolución de acusación, surge de modo evidente que respecto del homicidio la única causal de agravación que se imputó fue la del numeral 2o. del artículo 324, esto es, el haber sido "cometido con el propósito de asegurar la impunidad del delito de secuestro, por cuanto la víctima había reconocido a sus captores, y por ello, la eliminaron para que no los delatara", mientras que en el fallo las agravantes aplicadas fueron la sevicia y el estado de indefensión, las cuales, si bien su deducción ha debido estudiarse en la calificación, al no haberse atribuido no podían tenerse en cuenta para señalar la pena.

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

Magistrado Ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel*

Aprobado Acta No. 123

Proceso: 9014

VISTOS

Procede la Sala a resolver sobre las demandas de casación presentadas por los defensores de los procesados Luis Felipe Rodríguez Flórez y Luis Antonio Bohórquez Santos, contra la sentencia del Tribunal Nacional, confirmatoria parcialmente de la dictada por un juzgado regional de esta ciudad que condenó a los aquí recurrentes y a José de la Cruz Daza Gamba como coautores de los delitos de homicidio agravado en concurso con secuestro extorsivo y hurto calificado y agravado, a las penas principales de treinta (30) años de prisión a los dos primeros, y veinte (20) años de prisión al último, y a las accesorias de suspensión de la patria potestad si la tuvieren por el término de quince (15) años e interdicción de dere-

chos y funciones públicas por un tiempo de diez (10) años. El Tribunal revocó la condena por el delito de homicidio respecto de Daza Gamba, y en su lugar lo absolvió; revocó la pena de multa fijada a los sentenciados y modificó las penas impuestas así: a Rodríguez Flórez y Bohórquez Santos les disminuyó la pena de prisión a veintiocho (28) años y a Daza Gamba a nueve (9) años; modificó la condena en perjuicios respecto de este último fijándola en catorce millones de pesos.

I. Hechos

Fueron resumidos por el Tribunal, así:

"Tuvieron lugar en horas de la noche del 23 de mayo del año 1989 en la finca Santa Isabel, jurisdicción del municipio de Paratebueno, Cundinamarca, cuando en ella incursionaron cuatro o cinco sujetos, intimidaron a sus propietarios los esposos Aristides Vacca Cendales y María del Carmen Cendales de Vacca y demás moradores del predio mediante el uso de las armas, al tiempo que anunciaron su propósito de consumar un secuestro con fines pecuniarios. Fue así como se llevaron con ellos a Víctor Manuel Vacca, hijo de los dueños del fundo, se apropiaron de un vehículo automotor de su propiedad y de bienes muebles de menor cuantía. La exigencia que se hizo por parte de los plagiarios a cambio de la libertad del retenido fue de quince millones de pesos.

"Al día siguiente de los referidos sucesos apareció en la ciudad de Villavicencio el vehículo sustraído. Luego de varios contactos vía escrita o telefónica se acordó el pago de doce millones y medio por el rescate de Víctor Manuel Vacca, los cuales pagó su familia el 16 de junio del mismo año 89, dos días antes de hallar su cuerpo sin vida, víctima de heridas ocasionadas con arma de fuego y con visibles huellas de haber sido incinerado y maniatado".

II. Actuación Procesal

El Juzgado Cuarto Especializado de Villavicencio abrió investigación en averiguación de responsables.

Durante la etapa instructiva fueron puestos a disposición del investigador los retenidos José de la Cruz Daza Gamba, Luis Felipe Rodríguez Flórez (a. Víctor Puentes), Luis Antonio Bohórquez (a. Eduardo Ríos) y Jesús Amador Rodríguez (a. Jairo Puentes), presuntos coautores de los hechos investigados según averiguación adelantada por la Policía Judicial.

Posteriormente fue privado de la libertad Héctor Jairo González Farfán (a. Cleyo) por miembros de la Policía Judicial, por supuesto compromiso en los mismos hechos.

Cerrada la investigación, el Juzgado Catorce de Instrucción calificó el mérito del sumario en providencia de noviembre 17 de 1989 con resolución de acusación contra los procesados Luis Felipe Rodríguez Flórez, José de la Cruz Daza Gamba y Luis Antonio Bohórquez, como coautores de los delitos de secuestro extorsivo, homicidio y hurto, punibles por los cuales se les había impuesto medida de aseguramiento de detención preventiva al resolvérseles la situación jurídica. A los demás sindicados se les reabrió la investigación.

Apelado el auto calificatorio, el Tribunal Superior de Villavicencio en proveído de marzo 15 de 1990 lo confirmó, con la modificación de que el delito de hurto es en la modalidad de calificado y agravado y el punible de homicidio es con la circunstancia de agravación punitiva de que trata el numeral 2o. del artículo 324 del Código Penal, conforme se explicó en la misma providencia.

El proceso fue remitido por competencia a la jurisdicción de Orden Público, y un Juez Regional de esta ciudad dictó la sentencia condenatoria, decisión que al ser apelada, fue confirmada parcialmente con algunas modificaciones por el Tribunal Nacional en los términos expuestos en precedencia.

II. Demanda a nombre de Luis Felipe Rodríguez

Al amparo de las causales primera y segunda de casación, el demandante acusa la sentencia por considerar que:

a) *Causal primera, cuerpo segundo:* el fallo que condenó a Rodríguez Flórez es violatorio indirectamente de la ley sustancial por cuanto "no hay prueba que conduzca a la certeza para esa determinación".

b) *Causal segunda:* acusa inconsonancia entre la resolución de acusación y la sentencia en cuanto a las circunstancias específicas de agravación.

Violación indirecta de la ley sustancial

Sostiene el actor que el Tribunal se equivocó en el estudio del material probatorio y que como producto de los yerros, aplicó indebidamente los arts. 323, 324, 349, 350 y 351 y 268 C.P. y dejó de aplicar los artículos 29 de la C.N. y 21 del C.P.

Aduce que el fallo condenatorio en contra de su representado se apoyó en pruebas aducidas ilegalmente, pues la versión libre y espontánea recibida a José de la Cruz Daza Gamba, así como los reconocimientos en fila de personas por parte de María del Carmen Cendales (fls. 49 y 89) y Ovidio Daza Hernández (fl.115), se llevaron a cabo por la Policía Judicial, organismo que carecía de competencia para el efecto, "pues según el Art.334

del Decreto 050 de 1987 esa facultad se tenía cuando la captura se realiza en casos de flagrancia, cuestión que no sucedió en nuestro caso".

Agrega que el fallador se equivocó al otorgarles valor probatorio a las precitadas pruebas, sin tener en cuenta que las mismas adolecen de irregularidades que excluyen su credibilidad como ocurre con:

1. "La versión que no fue producida legalmente contiene una serie de contradicciones y suposiciones que nunca fueron demostradas dentro del proceso". A renglón seguido califica los supuestos yerros en que incurrió el Tribunal como un "error de hecho, pues sin prueba atendible como la que estamos citando, plazman (sic) conclusiones a las que no hubiera llegado, si hubiera tenido en cuenta las irregularidades que planteamos". Afirma que las pruebas en referencia están llenas de "contradicciones" y "suposiciones", por lo cual pierden su credibilidad.

2. Considera el censor que la diligencia de reconocimiento en fila de personas (fl.49), fue irregular e inexistente por cuanto no se designó apoderado a los procesados, pero sí a la testigo, lo que torna ilegal e inexistente tal diligencia según lo dispuesto por el art.165. Además el reconocimiento de Luis Felipe Rodríguez Flórez se efectuó con la misma persona, cuestión inane pues ya la testigo había tenido oportunidad de ver al procesado".

Luego se ocupa de cuestionar los dichos y reconocimientos efectuados por María Cendales de Vacca, José Domingo Cendales Vergara y Ovidio Daza Hernández, pues en su parecer existen contradicciones, como cuando Ovidio Daza Hernández señala a Daza Gamba como la persona que tenía el revólver y lo amenazó, "sin embargo en el reconocimiento que hace a folio 116, dice que el que portaba el revólver y los amenazó fue Luis Felipe Rodríguez Flórez". Dice que nuevamente se ha incurrido en "un error de hecho, pues se les está dando un valor probatorio a esas diligencias del cual carecen".

Concluye que "ni la versión libre y espontánea de Daza Gamba, ni los reconocimientos en fila de personas, pueden tener la calidad de pruebas que conduzcan a la certeza de la responsabilidad penal, pues se les asignó un valor probatorio que no tenían incurriendo por lo tanto en un error de hecho...".

Causal Segunda

Según el libelista "la resolución de acusación se dicta por los delitos de SECUESTRO EXTORSIVO, HURTO Y HOMICIDIO, mientras en la sentencia se deducen agravantes específicos que nunca fueron ni siquiera mencionados en los considerandos de la resolución de acusación".

Agrega que posteriormente al pliego de cargos no se practicó prueba alguna que viniera a estructurar agravantes específicos y al no haberse

deducido los mismos en dicha providencia y sí en la sentencia, se menoscabó el derecho del procesado, quien debe conocer en su totalidad los cargos que se le formulen.

Expresa que según el art. 471 del Decreto 0050 de 1987, vigente para el momento en que se calificó el mérito del sumario, la resolución de acusación debía precisar la calificación provisional del delito e incluir los atenuantes o agravantes específicos que se hayan comprobado en el sumario.

Con apoyo en la doctrina nacional, asevera que "cuando la sentencia desconoce estos puntos de la resolución de acusación, sin que se haya probado o desvirtuado dentro de la etapa del juicio se da incongruencia".

Con fundamento en las anteriores consideraciones solicita a la Corte casar la sentencia y en su lugar producir una de contenido absolutorio en favor de Luis Felipe Rodríguez Flórez.

IV. Demanda a nombre de Luis Antonio Bohórquez

Con fundamento en la causal primera -cuerpo segundo- de casación se formula un "CARGO UNICO" por falta de aplicación del artículo 445 del C. de P.P., debido a un error de hecho manifiesto consistente en un "falso juicio de existencia", en virtud de que "ignoró la sentencia la configuración de una Duda razonable y Manifiesta en el haz probatorio recaudado", y como consecuencia hubo aplicación indebida del art. 247 *ibidem*.

Aduce el censor que hay falso juicio de existencia porque el fallador de segunda instancia no valoró siquiera tangencialmente las siguientes pruebas:

a) "José de la Cruz Daza Gamba afirma inequívocamente no conocer a Luis Antonio Bohórquez, y cuando en su versión inicial citó a presuntos partícipes jamás mencionó este nombre, refirió fue un Eduardo Ríos, sin embargo por un equívoco hizo capturar a mi defendido, situación que en posteriores diligencias de Indagatoria y Ampliación de las mismas desvirtuó, pero estas no fueron analizadas por la segunda instancia".

b) En ninguna de las diligencias de reconocimiento en fila de personas fue señalado Bohórquez por las personas perjudicadas con el hecho o quienes tuvieron alguna incidencia procesal, vg. r. María del Carmen Cendales de Vacca quien sólo conocía a Luis Felipe Rodríguez, Jesús Amador.

c) Ovidio Daza Hernández en reconocimiento en fila de personas únicamente señala a José de la Cruz Daza Gamba.

d) Aristides Vacca Cendales reconoce únicamente a Daza Gamba y a Luis Felipe Rodríguez.

e) José Domingo Cendales no reconoce a ninguno de los procesados.

f) Marlén Ovalle no reconoce a ninguno.

De otra parte, los testimonios de Ildarico Rojas Alvarez, Ildarico Rojas Rodríguez y Ovidio Daza Hernández, corroboran la versión de Bohórquez, respecto a que él no pudo estar en el sitio de los hechos los días en que se produjeron.

Así las cosas, estima que su representado "fue condenado únicamente por la versión de José de la Cruz Daza Gamba, testimonio que contiene contradicciones y suposiciones que nunca fueron probadas dentro del proceso, ya que ni siquiera se estableció si en verdad mi defendido se hacía llamar Eduardo Ríos". Agrega que el citado testimonio posteriormente es infirmado por el deponente, y las demás pruebas dan un considerable margen de duda sobre su veracidad.

Dice que el "manifiesto error de hecho en que incurrió el Tribunal... se evidencia de una parte en las diferentes versiones que sobre los hechos arroja el investigativo, respaldadas en numerosa prueba testimonial y de otra en el escaso sustento jurídico probatorio que mostró el Tribunal al proferir el fallo".

Como normas aplicadas indebidamente señala los artículos 247 del C. de P.P., 268, 323, 324, 349, 350 y 351 del C.P. y por falta de aplicación del art.445 del C. de P.P. Igualmente considera violado el art.29 de la C.N. Solicita a la Corte casar el fallo impugnado, y en su lugar proferir sentencia absolutoria en favor de Bohórquez.

V. Concepto del Ministerio Público

A. Demanda a nombre de Luis Felipe Rodríguez Flórez.

El Procurador Primero Delegado en lo Penal considera que el libelo no puede prosperar por las siguientes razones:

Causal Primera

Observa que el censor ha incurrido en errores de técnica, por cuanto enunciando un error de hecho (no hay prueba) lo entremezcla con errores de derecho por falso juicio de legalidad (la prueba fue recogida por funcionario incompetente), y de convicción (la prueba pierde su credibilidad). Destaca que "tal denominación la hace el recurrente sobre la conclusión y apreciación valorativa del fallador, no sobre el aspecto objetivo de ausencia de pruebas, como era lo enunciado al comenzar la argumentación de impugnación.

Además el recurrente concluye que: "ni la versión libre y espontánea de Daza Gamba, ni el reconocimiento en fila de personas, pueden tener la

calidad de pruebas que produzcan certeza de la responsabilidad penal, pues se les asignó un valor probatorio que no tenían, incurriendo por lo tanto en un error de hecho", aspecto que -al contrario del supuesto de impugnación- ubica el reproche en un falso juicio de convicción (si hubiera valor legal prefijado de la prueba). Ahora bien, tal inconformidad no resulta de recibo como censura en casación, por cuanto en nuestro sistema procesal no existe tarifa probatoria y el juez se encuentra facultado para apreciar (en el sentido de valor) libre y racionalmente la prueba, limitado sólo por el principio de la sana crítica (lógica, experiencia y datos de ciencia).

De otra parte resultan contradictorios en sí los cargos formulados por el casacionista bajo la causal señalada, pues alegando ilegalidad en la aducción de las pruebas, seguidamente pasa a considerarlas válidas para cuestionar su credibilidad, cuándo su ilegalidad conllevaría a la exclusión de ellas en el juicio crítico judicial. Es decir plantea a la vez sobre los mismos medios de prueba, falsos juicios de legalidad y convicción, desconociendo el principio de no contradicción que rige el recurso. Repugna a la lógica el pretender que se valoró indebidamente una prueba que no existía jurídicamente en el proceso, pues la estimación valorativa parte del supuesto de que la prueba fue allegada legalmente al expediente.

"Eso revela cómo el recurrente entremezcla conceptualmente las materias propias de la casación, sin la debida precisión que el recurso exige".

Sobre la ilegalidad de las pruebas practicadas por la Policía Judicial, el Procurador destaca que según el artículo 334-5 del C. de P.P. derogado, se le otorgaba la facultad a la policía auxiliar de la investigación penal para "practicar todas las diligencias legales para la identificación física de los autores y partícipes y recibir su versión", potestad que convalida el aspecto que le parece censurable al recurrente, ya que dicha facultad se difería por razón legal a la iniciativa propia en casos de urgencia o fuerza mayor acreditada (a.334 párrafo 1).

Se apoya en un pronunciamiento de la Corte de noviembre 26 de 1991, para concluir que cuando por cualquier circunstancia el Juez no está actuando en la situación concreta de la investigación penal, es legítimo que la Policía Judicial como cuerpo auxiliar de la misma, tome las medidas y verifique las diligencias iniciales que se requieren para el buen resultado de la investigación, como en el presente caso, pues según el informe No.1585 del Comando Operativo de la Policía Judicial del Meta, el 2 de julio de 1989 se capturó a José de la Cruz Daza Gamba, domingo en la tarde, por lo que legalmente debía recibirse su versión libre y espontánea con fundamento en serios indicios en contra de él como partícipe de los ilícitos. Ello lo aconseja la experiencia en una oportunidad tal, y lo permite la ley.

Por lo tanto, si en tales condiciones el indagado informó detalladamente sobre los pormenores de los hechos punibles y dio la identidad de los restantes autores, ello resulta procesal y probatoriamente válido para el Juez de la sentencia, pues resultaría un absurdo suponer que se permitan legalmente diligencias y actuaciones que no puedan ser consideradas por el fallador. "Así se dirá también de la identificación de personas en las diligencias de reconocimiento en fila de personas por parte de María Cendales de Vacca y Ovidio Daza Hernández, en las diligencias adelantadas ante la Policía Judicial y con mayor razón las del Juzgado 4o. Especializado".

Solamente por la celeridad con que actuaron los agentes de orden se hizo posible la captura de los autores sentenciados, lo que abona la permisión legal que se ha comentado.

Bajo estos parámetros no era ilegal que la Policía Judicial le recibiera versión libre a una persona (José de la Cruz Daza Gamba) eventualmente involucrada en los hechos investigados, y la diligencia así recibida ameritaba una valoración judicial como se hizo. Por otra parte, la misma persona modificó el relato anterior, mostrándose ajeno a los hechos y afirmando que tales aseveraciones de su versión inicial son falsas, porque las mismas fueron producto de amenazas de muerte por parte de la policía. "Ello envuelve un problema de una valoración judicial, por vía de cotejar las dos versiones contradictorias del mismo declarante en el proceso, que fue lo realizado" y resulta legal. Por ende la censura de impugnación no encuentra apoyo normativo, y en cuanto a los temas de confrontación de la contradicción es claro que ello resulta aspecto propio de la valoración exclusiva del Juez en el ámbito de la sana crítica de las pruebas.

Si bien se puede mirar como inexistente el reconocimiento efectuado por María del Carmen Cendales de Vacca ante la Policía Judicial porque el procesado reconocido no fue asistido por su apoderado, también lo es que en el reconocimiento efectuado ante el Juzgado 4o. Especializado, diligencia adelantada con los requisitos de ley, la declarante volvió a reconocer a Rodríguez Flórez como uno de los partícipes de los hechos. Además Ovidio Daza Hernández también reconoció a Rodríguez Flórez ante el Juzgado Especializado en legal forma. De lo anterior concluye que si se mira la inexistencia del primer reconocimiento, no tendría incidencia en el fallo, vista la fuerza determinante de los otros reconocimientos procesales –además de otras pruebas–, y de otra parte el efectuado ante el Juez suple con mayor fuerza al inexistente, lo que lleva a decir que la impugnación en este aspecto tampoco debe ser atendida.

Además "de lo censurado por el recurrente, obran en el proceso otros elementos de la prueba, que permiten mantener con solidez el fallo judi-

cial, pues a lo largo del proceso milita; y así lo destaca la Resolución de Acusación y los fallos de primera y segunda instancia, la prueba inculpatoria suficiente, a la cual el Tribunal se refiere".

Luego de transcribir un aparte del fallo impugnado, concluye que en estas condiciones los cargos formulados por violación indirecta de la ley sustancial, resultan inadmisibles.

CAUSAL SEGUNDA

En primer lugar anota que "el defecto censurado, de no mencionar las agravaciones específicas en la acusación, lo comete el demandante en la impugnación visto que en ninguna parte señala a cuáles agravantes se refiere y cuáles aparecieron en la sentencia sin estarlo en la acusación, estando obligado a ello por mandato de la ley en frente a este recurso".

No es cierta la supuesta incongruencia, porque si bien en la calificación provisional de la conducta se profirió resolución de acusación por los delitos de secuestro extorsivo (art.268 C.P.), hurto (art.249) y homicidio (art.323), también lo es que esta decisión resultó modificada por el Tribunal al resolver el recurso de apelación, en cuanto a la modalidad de los hechos típicos punibles, pues consideró que el hurto es en la modalidad de calificado y agravado, y el homicidio es con la circunstancia de agravación punitiva de que trata el numeral 2o. del art.324 del C.P. que debe entenderse además, que la parte resolutiva del auto impugnado se elimina la mención de los artículos que tipifican cada punible, conforme lo establece el numeral 3o. del art. 471 del C.P.P.

Concluye que como por esos precisos cargos resultaron condenados los tres procesados por parte del Juzgado Regional, no cabe la pretensión del recurrente en casación.

B. DEMANDA A NOMBRE DE ANTONIO BOHÓRQUEZ

El Procurador considera que el único cargo formulado no puede prosperar por las siguientes razones:

En su desarrollo aparecen desaciertos técnicos que no consultan la exigencia legal y jurisprudencial sobre el tema.

El actor procede a criticar el análisis y valoración efectuado por el fallador, para terminar afirmando que su defendido sólo fue condenado por la versión de Daza Gamba, "no obstante a que dicho testimonio contiene contradicciones y suposiciones, que nunca fueron probadas dentro del proceso, ya que ni siquiera se estableció si en verdad mi defendido se hacía llamar Eduardo Ríos", aspecto que da paso simplemente, a un error de derecho por falso juicio de convicción (valoración de la prueba), censu-

ra a todas luces improcedente si se repara en que el juzgador ni le otorgó un vedado mérito a una probanza ni menos pudo desconocer una determinada tasación de valor, ya que este no es el sistema del Código de Procedimiento Penal, como tampoco se vislumbra un sensible y censurable apartamiento de las reglas de la sana crítica. Sostiene que en síntesis, el recurrente pretende imponer su particular modo de ver y estimar las probanzas con desdén y alejamiento de las reflexiones consignadas por el fallador, que se encuentran amparadas por la doble presunción de legalidad y acierto.

De otra parte, el recurrente cae en error, al violar el principio de no contradicción, cuando asevera que el juzgador no valoró ni siquiera tangencialmente las manifestaciones expuestas por José de la Cruz Daza en la versión libre y espontánea ante la Policía Judicial y en las ampliaciones de indagatoria, para luego resultar cuestionándolas como se ha dejado consignado, pues mal puede darse una apreciación errónea con relación a elementos excluidos del análisis.

Resulta desacertado por parte del casacionista, presentar como pruebas omitidas por el fallador, sus propias conclusiones, como puede verse al literal B) cuando afirma: "En ninguna de las diligencias de reconocimiento en fila de personas fue señalado Luis Antonio Bohórquez por las personas perjudicadas con el hecho quienes tuvieron alguna incidencia procesal, v. gr. María del Carmen Cendales de Vacca, quien sólo conocía a Luis Felipe Rodríguez. Jesús Amador".

Sobre la posible omisión de pruebas sostiene que el juzgador sí las tuvo en cuenta como es el caso de las manifestaciones expresadas por José de la Cruz Daza, los testimonios de Ildarico Rojas Rodríguez, Ildarico Rojas Alvarez y Ovidio Daza Hernández, pero con un alcance y valor opuestos al señalado por el aquí demandante.

El Tribunal desechó la presunción de inocencia. En particular y respecto a Luis Antonio Bohórquez, el *a quo* acertadamente expresó lo pertinente; es decir, la misma sentencia responde negando la existencia de duda en el sentenciador, lo que permite decir al impugnante, en consecuencia, que mal puede sostener violación del mandato legal de resolver la duda en favor del procesado -a.445 C.P.P.- cuando el sujeto cognocente del material probatorio asevera rotundamente que no tuvo duda alguna.

Dice que ello vuelve a un tema ya sabido: "duda es un aspecto subjetivo del valorador de la prueba -el Juez-: pero no reside en la prueba en sí misma, al exterior del juicio crítico del juzgador, visto que la prueba es objeto sin valor por sí misma -ni legal ni objetivamente- que se racionaliza por el titular de la función de valoración de la prueba. Por ello mal puede un criterio de tercero, como en este caso, colocar una duda donde no la ha habido en el examinador de la prueba con poder para decidir sobre ella".

Por lo anterior estima que la demanda no puede prosperar.

El Procurador plantea la siguiente sugerencia para que sea decretada de oficio.

En la sentencia de primer grado se impuso como pena accesoria a los condenados la suspensión de la patria potestad por el término de quince (15) años, sin que mediara una previa motivación, por lo cual sugiere a la Corte casar parcialmente la sentencia impugnada y ajustarla a derecho, dejando sin efecto alguno la pena accesoria en mención, haciéndola extensiva a favor de José de la Cruz Daza Gamba.

V. Consideraciones de la Corte

1o. Por ser un tema que goza de prelación, antes de responder a las demandas es necesario decretar la prescripción de la acción penal en cuanto se refiere al delito de hurto calificado y agravado, pues desde el momento de la ejecutoria de la resolución de acusación proferida en segunda instancia por el Tribunal Superior de Villavicencio, 30 de marzo de 1990, a la fecha ya transcurrió el tiempo previsto para esa situación.

En efecto, la pena máxima establecida para el delito de hurto calificado es de ocho (8) años, la cual por razón de la agravante deducida puede aumentarse hasta en la mitad, esto es, cuatro (4) años, para un total de doce (12). A partir de la ejecutoria de la resolución de acusación el término de prescripción se reduce a la mitad, es decir, seis (6) años, plazo que en el asunto que nos ocupa ya se venció.

Como consecuencia de esta determinación la pena impuesta a los condenados Luis Antonio Bohórquez, Luis Felipe Rodríguez Flórez y José de la Cruz Daza Gamba, se disminuirá en la parte correspondiente al incremento por este punible.

En el caso concreto de José de la Cruz Daza, la pena le queda en doce (12) años de prisión, a los cuales se les descuenta la tercera parte por confesión, para un total de ocho (8) años.

2o. Demanda a nombre de Luis Felipe Rodríguez Flórez:

a) Causal Primera.

El libelista incurre en violación del principio de no contradicción, pues dentro del mismo cargo y respecto de las mismas pruebas cuestiona su legalidad y grado de convicción, sentidos del error de derecho que se excluyen, en la medida en que la objeción a la valoración presupone la aducción al proceso conforme a la ley.

Y para una mayor confusión en la presentación y desarrollo del reproche, a los supuestos yerros cometidos por el Tribunal al reconocerles credibilidad a las pruebas ilegales los denomina "error de hecho", pero no porque entre a demostrar que en su apreciación se violaron las reglas de la sana crítica, sino porque, como agrega más adelante, en su opinión se les dio a esas diligencias un valor probatorio del cual carecen, como si a esas pruebas el legislador les hubiere fijado algún valor.

Como puede verse, para poder dar una respuesta de fondo a esta primera censura sería necesario que la Corte se ocupara de corregir la demanda, procurando estructurar un cargo que no sea contradictorio y tratando de darle el desarrollo que corresponda al mismo, tarea que tiene vedada en virtud del principio de limitación.

Otro aspecto en el cual también falla el casacionista es el relacionado con la demostración de la trascendencia del error que invoca, propósito para el cual debe tener presente si además de las pruebas criticadas existen otras que sirvan de sustento a la sentencia, pues en ese caso debe atacar todo el conjunto probatorio, ya que un ataque parcial es inocuo para efectos de lograr que se case el fallo.

En el caso que nos ocupa, el defensor centra su inconformidad en los reconocimientos en fila de personas practicados por la Policía Judicial, sin tener en cuenta que ante el Juzgado Cuarto Especializado, en diligencias adelantadas con los requisitos de ley, María del Carmen Cendales de Vacca y Ovidio Daza Hernández señalaron a Luis Felipe Rodríguez Flórez -la primera citada- "como uno de los tipos que estuvo en la finca el día de los hechos" (fl.89 Cdno. No.1), y -el segundo- "como la misma persona que los amenazó y tenía revólver el día de los hechos (fl.116 del mismo Cdno.).

Tampoco objetó las declaraciones bajo juramento rendidas por los agentes que participaron en la averiguación tendiente a identificar a los autores de los delitos cometidos contra la familia Vacca Cendales, "quienes dan fe del reconocimiento espontáneo que desde un principio hizo Daza Gamba acerca de su papel en el reato y del señalamiento de los demás copartícipes del hecho", lo cual fue tenido en cuenta por el Tribunal en la sentencia impugnada.

Además, nada dijo el profesional sobre las pruebas de apoyo del fallo de primera instancia, acogido por el Tribunal en plenitud, en lo que se refiere a la responsabilidad penal de Rodríguez Flórez, y por tanto integrado a éste, en el que minuciosamente se estudió el abundante acopio de elementos de convicción que sustentan la condena.

Por lo dicho, el cargo formulado por violación indirecta de la ley sustancial no prospera.

B) Causal Segunda

Para el censor la resolución de acusación se dictó por los delitos de SECUESTRO EXTORSIVO, HURTO y HOMICIDIO, mientras que en la sentencia se deducen agravantes específicos que nunca fueron siquiera reconocidos en los considerandos del pliego de cargos.

No obstante que el censor no precisa a cuáles circunstancias agravantes se refiere, al confrontar la sentencia con la modificación que en segunda instancia se le introdujo a la resolución de acusación, surge de modo evidente que respecto del homicidio la única causal de agravación que se imputó fue la del numeral 2o. del artículo 324, esto es, el haber sido "cometido con el propósito de asegurar la impunidad del delito de secuestro, por cuanto la víctima había reconocido a sus captores, y por ello, lo eliminaron para que no los delatara", mientras que en el fallo las agravantes aplicadas fueron la sevicia y el estado de indefensión, las cuales, si bien su deducción ha debido estudiarse en la calificación, al no haberse atribuido no podían tenerse en cuenta para señalar la pena.

Respecto a los delitos de secuestro extorsivo y hurto calificado y agravado no hay desarmonía, pues la decisión coincide con la acusación.

En estas condiciones se casará parcialmente la sentencia recurrida, y en su lugar se dictará la de reemplazo, que consiste en tener en cuenta para la dosificación de la pena únicamente la causal de agravación deducida en el auto acusatorio, la cual se encuentra plenamente acreditada, dejando de contabilizar las que fueron aplicadas sin formar parte de la acusación. De esta manera, dada la gravedad y modalidades del hecho, el grado de culpabilidad que se deriva de ser un ilícito cometido en forma deliberada y debidamente preparada, así como la personalidad especialmente perversa que observaron los autores, por razón del homicidio se fijará la pena en veintiún (21) años, a los cuales se sumarán los cuatro (4) años, seis (6) meses correspondientes al secuestro extorsivo, para un total de veinticinco (25) años seis (6) meses de prisión. Los dieciocho (18) meses impuestos en las instancias por el hurto no se sumarán en razón a la prescripción de la acción penal.

3o. Demanda a nombre de Luis Antonio Bohórquez

Único Cargo

El casacionista afirma que la violación indirecta que acusa "proviene de la incursión en un ERROR DE HECHO MANIFIESTO, consistente en un "falso juicio de existencia", en virtud de que IGNORO la sentencia la configuración de una DUDA RAZONABLE Y MANIFIESTA en el haz probatorio recaudado, referido al aspecto específico de la responsabilidad en razón de la cual se realizaba el juicio de reprochabilidad".

Desde la presentación se advierte que el actor no tiene claridad sobre el reparo que pretende estructurar, pues el falso juicio de existencia hace relación a la apreciación de las pruebas, no a que no se haya reconocido la duda, pues esta es la conclusión a que se puede llegar luego del análisis y valoración de los elementos probatorios recaudados.

La confusión se hace más ostensible, si se tiene en cuenta que a renglón seguido dice que la duda surge de la precaria labor investigativa con miras al esclarecimiento de las circunstancias que rodearon los hechos, pues esa afirmación traslada el debate a un plano diferente al propuesto en el cargo, respecto al cual tampoco hace ninguna precisión.

Ahora bien, en el desarrollo del cargo el censor sostiene que el fallador no valoró siquiera tangencialmente las siguientes pruebas: la versión de José de la Cruz Daza Gamba, las diligencias de reconocimiento en fila de personas, los testimonios de Uldarico Rojas Rodríguez, Uldarico Rojas Alvarez y Ovidio Daza Hernández.

Al respecto cabe anotar que no es cierto que las mencionadas pruebas no fueran apreciadas por el fallador, y basta leer el fallo para advertirlo, lo que ocurre es que se les dio un alcance y valor diferente al que pretende el defensor, razón por la cual en lugar de demostrar que fueron ignoradas, lo que hace es insistir en que la conclusión del sentenciador ha debido ser diferente a la que obtuvo.

La argumentación del demandante va dirigida a sostener que no se le ha debido dar credibilidad a la versión libre y espontánea de Daza Gamba, y en cambio sí ha debido otorgársele mérito al relato de su defendido, planteamiento que como tantas veces lo ha sostenido esta Corporación, consiste simplemente en anteponer el criterio personal respecto de un medio probatorio, al que en su momento tuvieron los juzgadores de instancia, alegación que no es de recibo en este extraordinario recurso, porque la apreciación probatoria que contiene la sentencia de segunda instancia goza de la doble presunción de acierto y legalidad que sólo puede quebrarse mediante la demostración de un error trascendente.

El Tribunal descartó de manera expresa la existencia de la duda y relacionó las pruebas sobre las que apoyó la decisión condenatoria, la mayoría de las cuales no fueron ni siquiera mencionadas por el actor, quien insiste en que la única fue el testimonio de Daza Gamba, dejando así su reproche en forma parcial.

En síntesis, el demandante no demuestra el falso juicio de existencia que aduce, y confunde la sustentación del recurso de casación con un alegato de instancia, razón por la cual el cargo no prospera.

Así las cosas, las demanda está destinada al fracaso.

3o. Casación Oficiosa.

Le asiste la razón al Ministerio Público al decir que la sentencia de primera instancia impuso como pena accesoria la suspensión de la patria potestad por el término de quince (15) años, y así fue confirmada por el *ad quem* sin que mediara una previa motivación en ninguno de los dos fallos, como corresponde de acuerdo con la ley.

En consecuencia, la Corte de acuerdo con las facultades otorgadas por los artículos 228 y 229 del Código de Procedimiento Penal, de oficio casará la sentencia en forma parcial para corregir el yerro, revocando la pena accesoria mencionada y haciendo extensiva la decisión a todos los condenados.

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: Declarar la prescripción de la acción penal adelantada por el delito de hurto calificado y agravado.

Segundo: Casar parcialmente la sentencia impugnada, según el cargo de incongruencia formulado por el defensor del procesado Luis Felipe Rodríguez Flórez. Por extensión se aplicará la disminución de pena correspondiente a Luis Antonio Bohórquez.

Tercero: Desestimar la demanda presentada por el defensor del procesado Luis Antonio Bohórquez.

Cuarto: Casar oficiosa y parcialmente la sentencia, para declarar que no hay lugar a la aplicación de la pena de suspensión de la patria potestad para ninguno de los acusados.

Quinto: Como consecuencia de lo decidido en los numerales anteriores, las penas aplicables a los condenados quedan de la siguiente manera.

Para Luis Hernando Bohórquez y Luis Felipe Rodríguez Flórez, por los delitos de homicidio agravado y secuestro extorsivo, VEINTICINCO (25) AÑOS, SEIS (6) MESES DE PRISION, e interdicción de derechos y funciones públicas por diez (10) años.

Para José de la Cruz Daza Gamba, por el delito de secuestro extorsivo, efectuado el descuento de la tercera parte por confesión, OCHO (8) AÑOS DE PRISION, e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo de la pena privativa de la libertad.

En cuanto a la condena en perjuicios, como quiera que no se atribuyó ningún valor por el delito de hurto, se mantiene sin ninguna modificación.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEMANDA DE CASACION/INTERPRETACION ERRONEA DE NORMA

El ataque por interpretación errónea de la ley sustancial no puede entenderse como la presentación de un cúmulo de afirmaciones y dogmas teóricos que de lege ferenda posibiliten una determinada concepción sobre un fenómeno jurídico, sino que estén dirigidos específicamente a la norma aplicada por el juzgador y cuando, como sucede en este caso, la integren diversos elementos o requisitos, se impone que el demandante tenga en cuenta cuáles son los que se aplicaron para que la censura vaya respecto de estos que serían los erróneamente interpretados, pues las argumentaciones jurídicas en abstracto dejan incólume la interpretación no compartida.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá,D.C., agosto veintidós (22) de mil novecientos noventa y seis (1996).

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos Augusto Gálvez Argote*

Aprobado Acta No.123

Proceso: 9351

VISTOS

El 18 de mayo de 1993, el Juzgado 63 Penal del Circuito de Santafé de Bogotá, condenó en primera instancia a William Tabares Benjumea y a Orlando Blanco Amaya, a la pena principal de 58 meses de prisión por los delitos de hurto calificado y agravado en concurso con el de porte ilegal de arma para la defensa personal; y a Edgar Carreño Rodríguez, Alejandro Vargas Guevara y Everes Casanova a la pena principal de 46 meses de prisión, por el delito de hurto calificado y agravado, imponiéndoles a todos la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un tiempo igual a los de las penas principales.

Apelada esta decisión por los defensores, el Tribunal Superior de esta ciudad, en fallo del 15 de julio del mismo año, modificó el de primer grado, en el sentido de reducir la pena para Blanco Amaya y Tabares Benjumea,

a 31 meses de prisión; y para Carreño Rodríguez y Vargas Guevara a 23 meses, como consecuencia de reconocerles la rebaja punitiva de que da cuenta el art. 374 del C.P. Respecto de Everes Casanova se revocó el fallo condenatorio, absolviéndolo en su defecto. En lo demás, el fallo fue confirmado.

Contra esta sentencia, los procesados Carreño Rodríguez, Vargas Guevara y Tabares Benjumea interpusieron el recurso extraordinario de casación, habiéndose declarado desierto respecto de los dos últimos por no haber presentado oportunamente la correspondiente demanda.

Declarada ajustada a los requisitos legales la demanda presentada a nombre de Carreño Rodríguez, y obtenido el concepto del Procurador Delegado en lo Penal, se procede a decidir el recurso.

Hechos

Sucedieron el 27 de junio de 1992 en el Supermercado de Colsubsidio ubicado en la Carrera 80 No. 37-00, barrio Kennedy de esta capital, cuando a las 7:30 de la mañana dos hombres redujeron a impotencia a los vigilantes y administrador mediante el empleo de arma de fuego y cortopunzante, apoderándose de 6 tulas con dinero en efectivo, títulos valores, un reloj de pulso y varios revólveres pertenecientes a los celadores del almacén, para luego huir del lugar.

Por haber tenido conocimiento previo de la comisión del ilícito, mediante llamada anónima, se llevó a cabo un operativo por parte de la DIJIN, que culminó con la aprehensión de Edgar Carreño Rodríguez y Alejandro Vargas Blanco, cuando se movilizaban en un taxi con las tulas contentivas del dinero y los demás elementos hurtados, de Orlando Blanco Amaya y William Tabares Benjumea, cuando portando armas de fuego sin salvoconducto huían del lugar en una motocicleta. Igualmente, se dio captura a Everes Casanova, a quien las autoridades atribuyeron la misión de campanero durante la realización del asalto.

Sinopsis Procesal

El primero de julio de 1992, la Fiscalía 124 de la Unidad Primera de delitos contra el Patrimonio Económico, abrió la investigación con base en los informes de policía sobre la comisión del ilícito y de captura de los imputados, a quienes vinculó mediante indagatoria, definiéndoles su situación jurídica el 9 de julio siguiente, con detención preventiva para Edgar Carreño Rodríguez, Alejandro Vargas Guevara y Everes Casanova por el delito de hurto calificado y agravado y respecto de Orlando Blanco Amaya y William Tabares Benjumea, además del patrimonial, por el delito de porte ilegal de armas.

Practicadas otras pruebas, y cerrada la etapa instructiva, el 5 de octubre del mismo año, se profirió resolución acusatoria contra todos los sindicados por los mismos delitos imputados en el auto que resolvió la situación jurídica.

En la etapa del juicio, el Juzgado 58 Penal del Circuito, llevó a cabo la audiencia de terminación anticipada del proceso contenida en el artículo 37 del Decreto 2700 de 1991 sin que se hubiese producido acuerdo, por cuanto los procesados Carreño Rodríguez, Casanova, Tabares y Vargas, lo condicionaron a la concesión de la condena de ejecución condicional, que en criterio del juez no procedía.

Por tal motivo, el proceso pasó a conocimiento del Jugado 63 Penal del Circuito, en donde, celebrada la audiencia pública se profirió la sentencia de primer grado, que fue modificada por el Tribunal Superior, en los términos expuestos en precedencia.

La Demanda

Con fundamento en la causal primera del artículo 220 del C. de P.P., un cargo propone el demandante contra la sentencia impugnada, por violación directa de la ley sustancial, por interpretación errónea de los artículos 12 y 68 del C.P., el preámbulo y el artículo 230 de la Constitución Política, y los artículos 9 y 10 de la Ley 65 de 1993.

En orden a demostrar la censura, divide el libelo en tres acápites: el primero, lo dedica al "error" en que dice incurrió el Tribunal; el segundo, a la "violación de las normas de derecho", y el tercero, a la "incidencia de la interpretación errónea de las normas que se consideran violadas en la sentencia".

Respecto del primer punto, luego de citar los requisitos que exige el artículo 68 del C.P. para la concesión del subrogado de la condena de ejecución condicional, dedica el censor extensos párrafos a cuestionar la política penitenciaria del país, pues según su criterio, en lugar de permitir la resocialización del recluso lo que hace es brindarle nuevos elementos delincuenciales para que en forma perfeccionada continúe lesionando los derechos de la sociedad.

Bajo esta argumentación, transcribe en forma parcial y fuera de contexto, la decisión del 24 de abril de 1992 proferida por esta Sala, en la cual se precisa la naturaleza y fines del referido subrogado, para afirmar, que de ese criterio interpretativo ha de colegirse la benignidad con que debe interpretarse el artículo 68 del C.P., pues agrega, el juzgador debe comprender que "la pena no debe ser aberrante, ni excesiva, ella debe respetar la dignidad del hombre, porque la función penal debe también tutelar los derechos del delincuente y entre éstos el que no se le impida la enmienda, ni se le empuje al camino de la perdición o se le corrompa, todo

castigo que se le irrogue al culpable más allá de los fines de la pena, es un abuso de fuerza, es una crueldad ilegítima".

En la misma línea de críticas generales a la política penitenciaria, introduce de plano y hace suyas las ideas de Carrara sobre los fines de la pena y el respeto a la dignidad del procesado, que transcribe como preámbulo, para concluir que el Tribunal incurrió en un exceso al haber desconocido estos postulados al no reconocerle a su defendido el subrogado en comento, más aún, si se tiene en cuenta que en casos como el presente, se trata de penas de corta duración.

En punto del segundo enunciado, "violación de las normas de derecho", afirma el censor que en el fallo impugnado se violó el numeral segundo del artículo 68 del C.P., por cuanto "en la valoración del elemento subjetivo no debe procederse a conjugar en sus tres fases los elementos que lo integran, esto es, la personalidad, gravedad y modalidades del hecho punible". Como "este subrogado no debe mirarse como una gracia que pueda o no conceder el juez, pues más bien se trata de un beneficio de derecho", colige que el Tribunal interpretó erróneamente la precitada disposición final.

Acto seguido, refiere el demandante que el juzgador quebrantó también el preámbulo de la Constitución Política al desconocer la justicia y la libertad, al igual que la equidad que impone para la interpretación de la ley el artículo 230 de la misma Carta, ya que a su modo de ver, estos principios fueron abiertamente desconocidos en la labor hermenéutica del Tribunal al negarle el citado subrogado a Edgar Carreño Rodríguez.

Igualmente, afirma, que en el fallo recurrido se desconocieron los artículos 9 y 10 de la Ley 65 de 1993, al no tener en cuenta los fines que del tratamiento penitenciario establece esta disposición, pues no se podía ignorar la certificación del penal sobre la conducta ejemplar de Carreño Rodríguez durante los diez meses que estuvo detenido antes de obtener la libertad provisional, que junto con otros de los procesados, les fue concedida con fundamento en el numeral 5 del artículo 415 del C.P.P., más aún, cuando sólo le faltarían cinco meses para cumplir la pena impuesta al serle aplicable el artículo 72 del Código Penal.

En el tercer acápite, destinado a demostrar la incidencia de "la interpretación errónea de las normas que se consideran violadas, en la sentencia", y olvidando que actúa únicamente en representación de Carreño Rodríguez, insiste en los argumentos anteriores, pero ahora a nombre también del procesado Alejandro Vargas Guevara, pidiendo que la Sala tenga en cuenta al momento de decidir, la Constitución Política y que "no todo delincuente por el hecho de haber sido considerado tal a través de los procesos selectivos de criminalización primario y secundario, está necesitado de tratamiento penitenciario".

Termina, así, solicitando de la Corte se case parcialmente la sentencia acusada y se declare que el procesado Edgar Carreño Rodríguez "es merecedor del subrogado penal de la condena de ejecución condicional".

CONCEPTO DEL PROCURADOR PRIMERO DELEGADO EN LO PENAL

Para el Ministerio Público, la censura está técnicamente formulada, pero llamada al fracaso. Para demostrar su aserto, recurre a la transcripción de diversas decisiones de la Corte sobre la condena de ejecución condicional, distanciándose en muy buena parte el concepto de la verdad del libelo, pues estos auxilios jurisprudenciales transcritos en extenso y sin relación directa con las afirmaciones del casacionista, pierden coherencia y efectividad frente al planteamiento final de no prosperidad del cargo.

De todas formas, todo parece indicar que el Delegado no obstante afirmar previamente que el cargo permite su estudio de fondo, enfatiza en alguno de los apartes del concepto que el demandante cuestiona el criterio de personalidad que tuvo en cuenta el Tribunal para negar el subrogado, desconociendo que esta exigencia no fue desestimada por el *ad quem* en cuanto se refiere a la conducta ejemplar que se afirma, observó Carreño Rodríguez durante el tiempo que permaneció privado de la libertad.

Así, y prácticamente apoyado en las transcripciones jurisprudenciales, las cuales se refieren indistintamente a diversos temas de este subrogado penal, observa el Delegado que el cargo no estaría llamado a prosperar porque aquí el demandante lo que trata es de demostrar una presunta interpretación errónea del artículo 68 del C.P. oponiendo la suya a la del Tribunal.

CONSIDERACIONES

1o. No obstante que el censor anuncia atacar el fallo impugnado por errónea interpretación del artículo 68 del C.P., entre otras disposiciones, lo cual lo obligaba a demostrar el equivocado sentido que el sentenciador le dio a la norma, exponiendo el que considerase correcto, deja de lado este imperativo para dedicarse a formular una serie de criterios y especulaciones criminológicas, de política criminal y de política social, todas presentadas en forma general, las cuales, además de dejar de lado el caso concreto, en ninguna forma enfrentan y menos demuestran lo presuntamente equivocado de la interpretación del *ad quem*.

2o. Desconoce igualmente el censor, que el Tribunal negó al recurrente el subrogado de la condena de ejecución condicional, no por cuestionar la conducta ejemplar que observó en el centro penitenciario durante el tiempo que estuvo privado de la libertad por cuenta de este proceso, sino por la naturaleza y modalidades del delito, que precisamente son las exi-

gencias normativas que el demandante ni siquiera menciona, ya que toda la alegación la centra en un genérico análisis de la personalidad, sin que con ello logre demostrar yerro alguno y mucho menos, que este se remita a la errada interpretación de la ley.

3o. En efecto, mientras el *a quo* negó este subrogado, no sólo porque la pena que allí se tasó superaba los tres años, sino porque "mirando la personalidad de estos y la modalidad del ilícito, nos hacen suponer que requieren tratamiento penitenciario", el Tribunal llegó a igual conclusión pero no con base en la pena, que al reducirla quedó inferior a los tres años, sino porque "la condición subjetiva no se cumple, pues pese a que a algunos de los enjuiciados (Vargas y Carreño) les fue calificada su conducta, durante el tiempo que permanecieron el reclusión, como ejemplar (f. 234 y 254), este no es el único elemento de juicio que se debe valorar en orden a suponer fundadamente que los implicados no requieren tratamiento penitenciario, también cuenta la naturaleza y modalidades del hecho punible. Precisamente -agrega- dadas las circunstancias modales de ejecución del reato contra el Patrimonio Económico, el cual fue cometido por cuatro personas que previamente habían acordado y planeado su realización, utilizando armas de fuego, ejerciendo violencia sobre las víctimas, y con la participación de un representante de la autoridad, resulta indiscutible que los acusados no son merecedores de esta gracia.".

4o. Obsérvase entonces, que siendo éstas las razones en las que se fundamentó el fallador de segunda instancia para la negativa de dicho subrogado, su ataque en casación resulta por completo ajeno y fuera de contexto, razón por la cual, las argumentaciones del casacionista solamente constituyen un ensayo crítico valorativo de la política penitenciaria, tan general como equívoco, toda vez que con tal planteamiento habría que colegir, necesariamente, como ya desde antiguo lo ha advertido la Sala, que a todos los procesados debería concedérseles la condena de ejecución condicional por deficiencias en el sistema carcelario, o que si la pena no cumple, entre otros, con los fines de resocialización, no imponer penas privativas de la libertad, lo que cuando menos resulta inusitado, además en alguna forma contradictorio, porque la acreditación de trabajo y estudio de los reclusos se encarga por sí misma de desvirtuar esta afirmación como criterio absoluto.

5o. Así las cosas, debe precisar la Sala, que el ataque por interpretación errónea de la ley sustancial no puede entenderse como la presentación de un cúmulo de afirmaciones y dogmas teóricos que *de lege ferenda* posibiliten una determinada concepción sobre un fenómeno jurídico, sino que estén dirigidos específicamente a la norma aplicada por el juzgador y cuando, como sucede en este caso, la integren diversos elementos o requisitos, se impone que el demandante tenga en cuenta cuáles son los que se aplicaron para que la censura vaya respecto de éstos, que serían los erró-

neamente interpretados, pues las argumentaciones jurídicas en abstracto dejan incólume la interpretación no compartida.

6o. No es suficiente, por tanto, afirmar que el Tribunal desconoció en el proceso hermenéutico del artículo 68 del C.P. los principios de equidad, dignidad del ser humano y los fines de la pena, si no se demuestra el por qué y lo que resulta más trascendente, el cómo incidió un tal proceder en el punto específico presuntamente mal interpretado. Es que, si bien la interpretación de la ley exige unos fundamentos generales de orden jurídico, político y filosófico, es incuestionable que éstos no pueden *de facto* suplir la regulación legal y por el contrario, tienen que llevarse a ésta para deducir el sentido justo de una determinada disposición positiva.

7o. Así las cosas, es claro que el demandante desconoce en la censura la sentencia acusada y que su discurrir si bien conserva criterios de verdad sobre la política penitenciaria entendida en forma general, no está dirigido a cuestionar las exigencias de gravedad y modalidades del hecho punible que fueron las que le sirvieron de fundamento al juzgador para negar el precitado subrogado penal a Carreño Rodríguez, desconociéndose a la postre, el criterio jurídico del libelista sobre el alcance de estas exigencias legales.

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 el fallo impugnado. Devuélvase al Tribunal de origen.

Cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar. Secretaria.

PARTE CIVIL-Persona jurídica

Para ingresar, entonces, a las razones dadas por la defensa al enervar el antedicho auto, se aludirá primero a la personería del actor para evocar que siendo el cargo materia de encausamiento por un delito de prevaricato, no cabe duda de la vocación que al menos en principio asiste a la Nación para intentar el resarcimiento de perjuicios, porque cuando se trata de los bienes jurídicos que ampara el Código Penal en el Título III de su Libro Segundo, es evidente que puede darse un perjuicio directo para la administración pública que haría emergente el interés para constitución en parte por quien la representa, con miras a su resarcimiento.

Así resulta de los artículos 44 del Código de Procedimiento Civil que les otorga a las personas jurídicas capacidad para ser parte en un proceso, "con arreglo a lo que disponga la Constitución, la ley o los estatutos", y 64 en cuanto regula expresamente que la "nación y demás entidades de derecho público podrán constituir apoderados especiales para los procesos en que sean parte...", y con mayor razón la Ley 190 de 1995 cuando en su artículo 36 hace esa intervención en el interior del proceso penal imperativa, al disponer 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."

Pero es lo cierto que esta afirmación primera hace forzoso añadir, como ha tenido ya ocasión la Sala de entrar a precisarlo, que no basta advertir la sola posibilidad del daño material para que la demanda de resarcimiento de perjuicios se haga viable, sino que al tiempo resulta ineludible para el actor entrar a precisar en qué consiste y cómo pudo darse el daño, así en relación con su cuantía pueda en últimas referirse su estimación a la que fijen los peritos.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. - Santafé de Bogotá, D. C., veintidós (22) de agosto de mil novecientos noventa y seis (1996).

Magistrado Ponente: Dr. *Juan Manuel Torres Fresneda*

Aprobado Acta N°123

Proceso: 11891

VISTOS

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el defensor de la ex Juez 101 de Instrucción Criminal, doctora María Victoria Carvajal Paredes, en contra del auto de abril 10 que precede, por medio del cual el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, admitió la demanda de constitución de parte civil presentada por la apoderada de la Directora Nacional de la Administración Judicial.

ANTECEDENTES

En escrito presentado ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial -Sala Penal- de Santafé de Bogotá, la doctora Cecilia Riveros de Gutiérrez solicitó se le reconociera personería para actuar en las presentes diligencias seguidas contra la ex Juez de Instrucción Criminal Doctora María Victoria Carvajal Paredes, en calidad de parte civil y en representación de la Rama Judicial –Consejo Superior de la Judicatura– Dirección Nacional de la Administración Judicial–, para lo cual aportó el poder conferido por la Directora Nacional de la Administración Judicial y la demanda pertinente.

El 10 de abril de 1996, en vísperas de la diligencia de audiencia, el Tribunal admitió la referida demanda "a nombre y en representación de la Nación, representada en este caso por el H. Consejo Superior de la Judicatura", aceptando como apoderada a la doctora Riveros de Gutiérrez.

Ya en desarrollo de la vista pública, y cuando el auto anterior sólo le había sido notificado a la parte en él reconocida, el defensor de la acusada solicitó que se revocara dicha decisión por vía de reposición, y en subsidio interpuso el recurso de apelación, argumentando de la forma que sigue:

"... manifiesto que interpongo recurso de reposición y subsidiariamente de apelación contra dicha providencia teniendo en cuenta principalmente que dicha demanda no llena los requisitos establecidos en el numeral 5° del artículo 46 del C. de P. P., toda vez que no se ha hecho una tasación de la cuantía en que se estima la indemnización de los perjuicios que se considera se han ocasionado con la conducta de la doctora María Victoria Carvajal. Difiero además de la petición que en ella se formula en el sentido de condenar al pago de perjuicios morales a una persona jurídica, la cual no es objeto de sentimientos o emociones que pueda verse afectados (sic) con un comportamiento como el que se investiga. Igualmente hay que tener en cuenta que para la fecha en que ocurrieron los hechos, obje-

lo de este proceso no tenía existencia jurídica el Consejo Superior de la Judicatura ...era otra la persona jurídica la llamada a ocupar este lugar y a intentar tal calidad en el proceso...".

La Sala de decisión optó, entonces, por suspender la audiencia, y luego, mediante auto de mayo 7 siguiente despachó adversamente la pretensión de la defensa, concediendo el recurso subsidiario de apelación.

Sostiene el Tribunal que la estimación de los perjuicios, de acuerdo con el artículo 46-5 del Código de Procedimiento Penal le incumbe a quien alega haberlos padecido, pero siempre que se encuentre en condiciones de hacerlo *motu proprio*; sólo que al no contar con esa opción, bien puede remitirse a la consideración judicial o pericial, tal como en este evento ha sucedido.

De otra parte, el punto de los perjuicios morales "es tema de estudio reservado al momento de la sentencia", lo que no hace viable anticiparse a su denegatoria, como tampoco resulta procedente entrar a rechazar la admisión de la parte civil por esa sola circunstancia, pues no contempla la ley una semejante hipótesis.

Tampoco la existencia o no del Consejo Superior de la Judicatura al momento de ocurrir los hechos es circunstancia relevante, pues "ese ente oficial representa actualmente al organismo jurídicamente más elevado en cuyo nombre actúa, es decir, al Estado colombiano, el erario obviamente preexistente a dichos acontecimientos...", mientras por lo demás, el artículo 36 de la Ley 190 de 1995 señala que es dicho Consejo Superior la entidad que asume esa representación.

Al no encontrar que las alegaciones del recurrente desvirtúen el criterio expuesto en el auto recurrido, el Tribunal denegó la reposición y en su defecto otorga el recurso subsidiario ante esta Sala de la Corte.

Consideraciones de la Corte

1. Regulando el trámite de los recursos ordinarios, prevé el artículo 195 del Código de Procedimiento Penal que éstos se interpondrán por escrito salvo disposiciones en contrario, las que al efecto aluden a aquellas providencias que se adoptan en el curso de una audiencia o diligencia, según se lee en los artículos 196, 197 inciso final y 200 *ibidem*.

Bajo estas reglas tendríase de entrada un motivo desestimatorio para la apelación propuesta, dado que la decisión atacada no se profirió en el interior de la audiencia sino por auto previo y separado, lo que implica que su impugnación debía surtirse y sustentarse por escrito y no en el curso de la vista pública como aparece.

Pese a haber ocurrido así las cosas, no asume aquí la Sala que se haya dado con ello una irregularidad sustancial que por sí sola quebrante la

solidez del debido proceso, y por lo mismo implique invalidaciones, pues sobre el presupuesto de la prioridad para el derecho sustancial, y de la regla prevenida en el artículo 308 1 del Código de Procedimiento Penal, deberá entenderse que sin lesionamiento para la garantía de defensa, es el derecho de impugnación con su oportunidad para interponerlo lo que se ha hecho efectivo, si a la audiencia se llegaba a divulgar y debatir el auto que reconocía la parte civil, cuando aún no había alcanzado ejecutoria.

Tan breve referencia a la informalidad y a su intrascendencia bastará para explicar que el pronunciamiento de la Sala habrá de ser de fondo y no inhibitorio, y menos de invalidación para lo actuado.

2. Para ingresar, entonces, a las razones dadas por la defensa al enervar el antedicho auto, se aludirá primero a la personería del actor para evocar que siendo el cargo materia de encausamiento por un delito de prevaricato, no cabe duda de la vocación que al menos en principio asiste a la Nación para intentar el resarcimiento de perjuicios, porque cuando se trata de los bienes jurídicos que ampara el Código Penal en el Título III de su Libro Segundo, es evidente que puede darse un perjuicio directo para la administración pública que haría emergente el interés para constitución en parte por quien la representa, con miras a su resarcimiento.

Así resulta de los artículos 44 del Código de Procedimiento Civil que les otorga a las personas jurídicas capacidad para ser parte en un proceso, "con arreglo a lo que disponga la Constitución, la ley o los estatutos", y 64 en cuanto regula expresamente que la "nación y demás entidades de derecho público podrán constituir apoderados especiales para los procesos en que sean parte..", y con mayor razón la Ley 190 de 1995 cuando en su artículo 36 hace esa intervención en el interior del proceso penal imperativa, al disponer 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."

Pero es lo cierto que esta afirmación primera hace forzoso añadir, como ha tenido ya ocasión la Sala de entrar a precisarlo, que no basta advertir la sola posibilidad del daño material para que la demanda de resarcimiento de perjuicios se haga viable, sino que al tiempo resulta ineludible para el actor entrar a precisar en qué consiste y cómo pudo darse el daño, así en relación con su cuantía pueda en últimas deferirse su estimación a la que fijen los peritos.

En cuanto a lo primero, se tiene dicho en providencia del 29 de mayo próximo pasado con ponencia del Magistrado doctor Dídimo Páez Velandia que

"...no siempre la persona de derecho público que representa a la Nación como se quiere hacer ver, debe ineludiblemente constituirse en parte civil en el proceso penal, pues son dos las condiciones que emanan del precepto. La primera, que la investigación penal verse sobre conducta punible de las descritas en el Libro Segundo, Título III del Código Penal, es decir, "Delitos contra la Administración Pública" y, la segunda, que sea perjudicada con la infracción.

Ello guarda perfecta armonía con lo preceptuado en el artículo 104 del Código Penal, que determina como **titulares** de la acción indemnizatoria, exclusivamente a las personas naturales o jurídicas **"perjudicadas por el hecho punible"**, así como también con el artículo 43 del Código de Procedimiento Penal que señala como titulares de la acción civil para el resarcimiento de daños y perjuicios causados por el hecho punible, ante la jurisdicción civil o dentro del proceso penal, las personas naturales o jurídicas perjudicadas, o ejercida por el Ministerio Público o por el actor popular, en tratándose de daños o perjuicios colectivos."

Así, entonces, tiénese que para el caso que se examina esos requisitos en la demanda no se cumplen, pues cuando en ella se alude a los perjuicios materiales tan sólo advierte que la conducta perseguida los causa a la administración pública, pero sin expresar razones de esa afirmación, ni mucho menos precisar en qué consisten, cuáles son, ni cómo se derivan, lo que implica un claro incumplimiento de la más elemental de las obligaciones del actor, cual es la de justificar su interés para acceder a la constitución en parte.

3. Otro tanto sucede en lo que toca con los perjuicios morales, porque al aludirlos en el aparte pertinente de su escrito, dice el demandante que ellos serán los que en momento debido fijen los expertos, pero tampoco en este caso dice en qué consisten, ni de otro modo justifica su existencia, ni mucho menos un interés por perseguirlos.

Por el contrario, tratándose de personas jurídicas como es el caso aquí de la Nación, ni de modo remoto se vislumbra la posibilidad de que los hechos hayan podido generar un *pretium doloris* que justifique su resarcimiento, por lo que ha de reconocerse que la razón le asiste en este caso al recurrente, y ello conlleva a que el reconocimiento de parte civil haya de revocarse, para que en su lugar devuelva el Tribunal el incompleto escrito de demanda a su proponente, a fin de que en los términos que indica el artículo 49 del Código de Procedimiento Penal, la ajuste a los requisitos previstos en el artículo 46 *ibidem*, si es que encuentra mérito para entrar a formularla nuevamente.

4. Son de aclarar, por lo demás, dos aspectos que agrega la motivación del impugnante:

El primero de ellos se refiere a la imposición legal para que en la demanda de parte civil precise el actor la cuantía de los perjuicios materia-

les y morales, pues cabe aquí insistir en que siendo lo esencial determinar la existencia del perjuicio a modo de requisito condicionante de la legítima personería de quien demanda, la fijación de esa cuantía, sólo ante la imposibilidad actual de aproximarla, bien autoriza a deferir a lo que sobre el particular fije el perito, dado que el Código Penal prevé para los casos en que ese daño, siendo real, no sea cuantificable, entre el juzgador a sopesar por la vía de los artículos 106 y 107, de modo discrecional y en gramos oro la cantidad que debe resarcirse, sin exceder los límites que el legislador impone.

Por lo demás, es de advertir que ni siquiera en la legislación civil es de rigor que por anticipado se dé la indicación de la cuantía en la demanda, pues ese requisito sólo lo exige el artículo 75-8 del Código de Procedimiento Civil "cuando su estimación sea necesaria para determinar la competencia o el trámite", y aquí sucede que ni aquella ni este se condicionan al valor que fijen los perjuicios, pues son factores de índole territorial, funcional, foral y de la naturaleza misma de los hechos, los que adjudican el conocimiento del asunto; mientras que el trámite tampoco cambia por causa de un mayor o un menor valor de los perjuicios, así conserve importancia para acceder determinadas prerrogativas procesales cual es el caso de la casación.

Para el evento propuesto, el actor se remite en cuanto al daño material y moral a la cuantía que por dictamen fijen los peritos, y ello mal puede llevar hasta el extremo de enervar la admisibilidad de la demanda, siempre y cuando, se insiste, se acreditase el interés para constitución en parte.

En el segundo aspecto, tocante con la objeción que se hace a la representación de la Nación por parte de la Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial, porque al decir del apelante inexistía al suceder los hechos, es de rigor decir que la argumentación sólo plantea un insustancial equívoco, pues ya se ha visto que la persona eventualmente perjudicada no sería ese funcionario ejecutivo sino la Administración Pública.

Por ello se comprende que cuando el artículo 99 de la Ley 270 de 1996 -Estatutaria de la Administración de Justicia- otorgó al Director Ejecutivo de la Administración Judicial la función de

"8. Representar a la Nación Rama Judicial en los procesos judiciales para lo cual podrá constituir apoderados especiales..."

muy a distancia de crear, como se pretende, un titular para el ejercicio de la acción civil, lo que hizo fue indicar cuál era en el futuro el representante de la Nación para aquellos casos concretos que como el presente atañen con la Rama Judicial, con lo que se aclara que no preexistió el posible daño a un titular que pudiera reclamarlo, sino que coexistiendo uno y otro al momento de ejecución de la conducta, se ha precisado ahora

al representante de la Nación para los fines ya previstos. Ello es lo que se reconoce en el auto del Tribunal que se recurre, y por lo mismo obliga a precisar que en ese aspecto la decisión no era motivo de reproche.

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

RESUELVE

REVOCAR el auto de abril 10 próximo pasado, motivo de alzada, por medio del cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá -Sala Penal-, reconoció como parte civil a la Nación - Consejo Superior de la Judicatura, representada por la Directora Ejecutiva de la Administración Judicial, disponiendo en su lugar la inadmisión de la respectiva demanda en los términos que indica el artículo 49 del Código de Procedimiento Penal.

Cópiese, devuélvase y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar Secretaria.

COMPETENCIA TERRITORIAL/ COLISION DE COMPETENCIA

La competencia en razón del territorio se determina por el lugar donde se realizó, perpetró o desarrolló el hecho punible.

Cuando no es posible determinar inequívocamente ese lugar, o el hecho ocurrió en el exterior, o se realizó en varios sitios, es pertinente acudir a las reglas de la llamada competencia a prevención, de que trata el artículo 80 del Código de Procedimiento Penal.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. - Santafé de Bogotá D.C., agosto veintisiete (27) de mil novecientos noventa y seis (1996).

Magistrado Ponente: Dr. *Nilson Pinilla Pinilla*

Aprobado Acta No.125

Proceso: 11336

VISTOS

Resolverá de plano la Corte el conflicto de competencias negativo surgido entre los Juzgados Segundo Penal del Circuito de Buga (Valle) y Penal del Circuito de Caloto (Cauca), para conocer del proceso adelantado contra Omar Rivera Ul, por el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años.

ANTECEDENTES

El 15 de septiembre de 1992 la madre de la menor Gloria Elena Montoya Bran, denunció penalmente ante la Inspección de Policía de Yotoco (Valle), al tío de ésta, Omar Rivera Ul, por la traslación de su hija; queja que dio lugar a investigación adelantada por la Fiscalía Seccional de Buga (Valle), en desarrollo de la cual se estableció que Gloria Elena, entonces menor de catorce años de edad, había consentido irse con el denunciado a la población de Caloto (Cauca), donde convivieron por espacio de un mes, sosteniendo relaciones sexuales.

Ofendida y sindicado coinciden en afirmar que tales relaciones sexuales fueron voluntarias. Tuvieron su comienzo en el mes de diciembre de

1991, durante las vacaciones que aquélla pasó en la finca "La Dominga", donde residía Omar Rivera Ul, ubicada en el municipio de Caloto, y continuaron en diferentes lugares, incluyendo Yotoco ("... en mi casa también tuve relaciones con Omar en la pieza donde dormíamos todos los muchachos... Omar dormía en el suelo cuando iba de visita y en el suelo sostuvimos las relaciones, pero cuando yo ya tuve mis relaciones en esa pieza yo ya había sostenido relaciones con él en Caloto, Cauca.". f.33 y v.).

Por tales hechos, la Fiscalía Quinta Delegada de Buga, adelantadas las diligencias propias de la investigación, la calificó con resolución de acusación en contra del sindicado Omar Rivera Ul, por el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, descrito en el artículo 303 del Código Penal y en firme la providencia calificatoria, fue repartido el expediente al Juzgado Segundo Penal del Circuito de dicha ciudad.

ARGUMENTOS DE LOS JUECES EN CONFLICTO

En sustento de la colisión negativa de competencias, argumenta el señor Juez Segundo Penal del Circuito de Buga que el conocimiento del proceso corresponde a su homólogo de Caloto, porque "el primer acopio sexual lo tuvo el procesado Omar Rivera Ul con la menor ofendida en el mes de diciembre de 1991 en el Municipio de Caloto, Cauca, en donde continuaron las prácticas sexuales" (f. 83), identificándose con los planteamientos que en tal sentido le había presentado el agente del Ministerio Público, Procurador Judicial 77.

Replica la doctora Juez Penal del Circuito de Caloto diciendo que no es competente para conocer del asunto porque "el actuar delictuoso de Omar Rivera Ul, no sólo se consumó en esta jurisdicción municipal sino en la de Yotoco (Valle), como claramente lo determina la ofendida, adecuándose entonces la situación a lo estipulado en el artículo 80 del Código de Procedimiento Penal, por lo que es forzoso concluir que en este asunto en particular sí opera la competencia a prevención, y es al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Buga (Valle), no a éste, a quien corresponde asumirla ...la denuncia se formuló ante la Inspección de El Dorado, municipio de Yotoco, Valle y la Fiscalía Seccional Once de Guadalajara de Buga dictó la resolución de apertura de instrucción..., sin que en nada hayan intervenido las autoridades judiciales de este Circuito..." (fs.86 y 87).

En consecuencia, dispone remitir el expediente a esta corporación para que dirima el conflicto suscitado.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La competencia en razón del territorio se determina por el lugar donde se realizó, perpetró o desarrolló el hecho punible.

Cuando no es posible determinar inequívocamente ese lugar, o el hecho ocurrió en el exterior, o se realizó en varios sitios, es pertinente acudir a las reglas de la llamada competencia a prevención, de que trata el artículo 80 del Código de Procedimiento Penal.

De acuerdo con los términos de la resolución acusatoria proferida en contra del procesado Omar Rivera Ul y a las pruebas que le sirven de soporte, no se remite a duda que éste accedió carnalmente, por primera vez, a su sobrina Gloria Elena Montoya Bran en la finca "La Dominga", del municipio de Caloto (Cauca); prácticas sexuales que posteriormente se repitieron, siempre a voluntad, en el municipio de Yotoco (Valle) y en otros parajes, hasta que la menor regresó a casa de sus padres, aunque "la verdad es que yo quería quedarme allá en Caloto con Omar" (f.30 v.).

De la motivación de la resolución acusatoria, de fecha septiembre 13 de 1995, puede transcribirse, para mayor ilustración (f.70):

"...quiere significar la Fiscalía con lo anterior, que el acusado Rivera Ul, para el mes de septiembre cuando decide venir por la menor, mucho tiempo atrás había accedido carnalmente a Gloria Elena Montoya Brand (sic), en la casa de ésta o por lo menos donde vivía con sus padres y en la primera ocasión cuando la ofendida pasó vacaciones en Caloto..."

Se aprecia entonces con claridad que la acción punible que dio origen a este proceso tuvo ocurrencia en varios lugares, por lo cual, de acuerdo con el mandato del artículo 80 del Código Penal, conocerá de él el funcionario judicial competente por la naturaleza del hecho, del territorio en el cual primeramente se formuló la denuncia o se profirió resolución de apertura de instrucción, que siempre apunta al Circuito Penal de Guadalajara de Buga, Valle del Cauca.

En consecuencia, esta colisión se dirime declarando que la competencia le corresponde al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Buga, adonde se remitirá el expediente, enviando copia de esta providencia al Penal del Circuito de Caloto, para su información.

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

RESUELVE

DIRIMIR la colisión planteada, declarando que la competencia para conocer de la presente causa corresponde al Juzgado Penal del Circuito de Buga, Valle del Cauca, adonde se remitirá el expediente.

Para su información, envíese copia de esta providencia al Juzgado Penal del Circuito de Caloto, Cauca.

Cópiese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

HOMICIDIO/ PENA -Ley 40 1993

El delito de homicidio a partir de la Ley 40, que entró en vigencia desde el 19 de enero de 1993, se halla sancionado con pena de prisión de veinticinco (25) años y el de porte ilegal de armas de defensa personal, con pena mínima de un (1) año de prisión, según el Decreto 3664 de 1986, adoptado como legislación permanente por el 2266 de 1991, lo que arrojaría en sus mínimos una suma de veintiséis (26) años de prisión, que fue la pena impuesta por los juzgadores en las instancias con apoyo en lo preceptuado por el artículo 26 del C.P. que regula los concursos.

Una tasación punitiva así realizada, aun cuando en apariencia acusa una simple acumulación aritmética de penas, no lo es en verdad, puesto que el artículo 26 referido si bien es cierto tiene por filosofía la acumulación jurídica de penas, también lo es que se trata de una norma que parte del supuesto de la modificación de los extremos punitivos señalados en la ley, como que permite incrementar hasta en otro tanto la pena del delito más grave deducido, vale decir, que si en el caso presente el delito considerado de mayor gravedad fue el de homicidio, sancionado con pena mínima de 25 años de prisión, podía legítimamente el juzgador imponerle "hasta otro tanto", según el claro tenor de la disposición en referencia. Por manera que al incrementarle por razón del otro delito únicamente un año, no desbordó el ordenamiento, sino que actuó el juzgador dentro de la doble filosofía señalada en la norma del concurso; y ello no es contradictorio, como en apariencia pudiese parecerlo ya que aún juzgándosele con toda la benignidad posible por los dos delitos separadamente, jamás podría habérsele impuesto una sanción menor a la que se le impuso dentro del juzgamiento unitario.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. Santafé de Bogotá, D. C., veintisiete de agosto de mil novecientos noventa y seis.

Magistrado Ponente: Dr. *Dídimo Páez Velandia*

Aprobado Acta No.123-Ag.22/96

Proceso: 9782

Conoce la Corte del recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada el 4 de mayo de 1994 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, en la cual, por confirmación de la de primera instancia condena a Ancízar Fierro Gaitán a la pena principal de 26 años de prisión y a la accesoria correspondiente, como autor responsable de los delitos de homicidio en la persona de José Ignacio Peñuela Fierro y el de porte ilegal de armas de defensa personal, cometidos en concurso de hechos punibles.

Hechos y actuación procesal

En la morgue del hospital San Rafael del municipio de Dolores, el 21 de febrero de 1993 se practicó el levantamiento del cadáver de quien en vida había respondido al nombre de José Ignacio Peñuela Fierro, fallecido a causa de las heridas con arma de fuego que recibió ese mismo día aproximadamente a las cinco y media de la tarde en la vivienda de Vitelio Fierro situada en la vereda "Los Aneses" de la jurisdicción de ese municipio de manos de su tío Ancízar Fierro Gaitán, cuando al encontrarse se lanzaron recíprocas ofensas verbales reavivando antigua disputa personal que contaba ya con un episodio en que se lastimaron mutuamente. (fls. 1 y ss cd. ppl. 1).

Iniciada por la Fiscalía 47 con sede en Purificación la investigación con base en las diligencias previas practicadas por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Dolores (fl. 17 cd. ppl. 1), el sindicado se presentó y fue oído en indagatoria (fls. 18 y ss cd. ppl. 1), siendo posteriormente comprometido en juicio por el concurso de hechos punibles de homicidio simple y porte ilegal de armas de defensa personal. (fls. 154. y 121 cd. ppl. 3), pues la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior, al conocer por apelación la calificación de la primera instancia la modificó en el sentido de suprimir el agravante del homicidio que se le había imputado.

Por los mismos ilícitos fue condenado en primera instancia por el Juzgado 2o. Penal del Circuito de Purificación a la pena principal de 26 años de prisión, distribuidos así: 25 años por el homicidio y uno (1) por el porte ilegal de armas (fls. 223-224 cd. ppl. 3), en sentencia que el Tribunal Superior del Distrito confirmó a integridad (cd. Tr.), en la que es objeto del presente recurso extraordinario incoado por la parte acusada.

La Demanda

Tres son los cargos que formula el señor defensor al fallo de segundo grado:

Primero.- Transgrede en forma indirecta los artículos 40, numeral 3 y 6o. del C. P., que dejó de aplicar, debido a error en la apreciación de la prueba de que el procesado obró bajo la invencible convicción de estar

amparado por la causal de justificación de la legítima defensa de "su hogar, su residencia, su integridad personal y su vida".

Intentando demostrar su hipótesis afirma que el día de los hechos llegó su procurado al sitio de los hechos en donde se hallaba el occiso y al preguntarle a éste qué estaba haciendo, el interpelado le respondió que "esperándolo para matarlo", procediendo enseguida a armarse de una piedra para atacarlo, por lo que aquél salió corriendo y éste detrás "con un par de piedras a darle". Agrega que días antes ellos mismos habían tenido una pelea en que el occiso le propinó "planazos" al procesado.

Añade que esta versión de los hechos del día de autos, apoyada en el testimonio de Eliécer Méndez, fue confirmada por el acusado en su indagatoria, por Ana Lucía Garzón, por la inspección judicial al lugar del homicidio, y asevera que a esa múltiple prueba "no se le dio ningún valor" pese a revelar las circunstancias que determinaron en el procesado su errada convicción y, que "esta creencia en el procesado está determinada por su comportamiento en el momento supremo de los hechos y nótese que dice que disparó, pero no con intención de matar, sino de repeler el peligro en que objetivamente se encontraba".

Aunque antes había afirmado solamente la ignorancia de las pruebas que menciona por parte del fallador, para finalizar su argumentación en este reparo el profesional ahora precisa, en conjugada conclusión, que "no se valoró suficiente y adecuadamente y se procedió como si no existiera".

Segundo.- Subsidiario del primero: El fallo es violatorio, de los artículos 61 del C. P. y 299 del C. P. P., sin señalar la clase de violación.

Su procurado, dice el actor, se presentó voluntariamente al día siguiente de iniciada la investigación, cuando aún no existía orden de captura en su contra y confesó "ser el autor único y material del lesionamiento violento" de Peñuela que culminó con su muerte, explicando las circunstancias de todo orden en que sucedió y no fue capturado en flagrancia, por lo que el fallador, no obstante que "no se ajustó la investigación a partir de la indagatoria ... a lo preceptuado en el artículo 297 del Código de Procedimiento Penal", producida la confesión, debió aceptarla en todo su contenido y reconocerle la rebaja punitiva autorizada.

Sin embargo, precisa, a esa confesión no se le confirió "valor alguno", lo que implicó la transgresión normativa preanotada.

Tercero.- Este reclamo se anuncia como subsidiario de los precedentes: el fallo violó los artículos 61 del C. P. y 2357 del C. C.

El Tribunal, afirma el actor, acogió el peritaje sobre el monto de los perjuicios causados con la infracción y no tuvo en cuenta la imprudencia del occiso al perseguir al procesado en su huida hacia su casa, lanzándole piedras, sin prever que éste pudiera reaccionar.

Conjetura que si el occiso ningún acto hubiera adelantado contra el acusado, "nada habría sucedido y hoy para felicidad de todos estaría vivo ...".

El Ministerio Público

Tras severa crítica por sus aspectos técnicos, el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal considera que todos los cargos de la demanda deben ser desestimados, pero sugiere la casación oficiosa en relación con la tasación de la pena.

El primero, advierte, carece de demostración de los errores de evaluación probatoria de que habla; no consulta la realidad de la sentencia en cuanto a las pruebas que examinó y, en últimas se reduce a la pretendida y arbitraria superposición del criterio del actor sobre el del fallador.

El segundo, por igual que el anterior, carece de demostración y de objetividad porque cuando el acusado acudió a la Fiscalía, en la investigación, aunque no se había comunicado, ya mediaba orden de captura impartida en el auto de inicio investigativo. Además, no es cierto que la confesión no hubiese sido apreciada, porque lo sucedido fue que para el criterio del fallador careció de credibilidad.

Advierte, por otra parte, la mixtura que hace el demandante de motivos de casación, al aducir conjuntamente con el no reconocimiento de la confesión, que en el proceso no se practicaron todas las pruebas tendientes a establecer la veracidad de la misma como lo ordena el artículo 297 C. P. P., reclamo éste que en criterio del funcionario debió formularlo a través de la causal 3a. del artículo 220 C. P. P.

También desecha el cargo tercero por falta de adecuada sustentación, a la vez que llama la atención sobre el hecho de que la objeción se dirija contra la evaluación del dictamen pericial sobre perjuicios, cuando el mismo profesional demandante era el defensor y recibió el traslado de la prueba sin impugnarla.

Finalmente, teniendo en cuenta el distinguido colaborador del Ministerio Público que el procesado fue condenado por el concurso delictual de homicidio y porte ilegal de arma de defensa personal, sancionado este último con prisión de duración mínima de un (1) año, al tasar la pena el juzgador sumó a la mínima del delito contra la vida la mínima del delito concurrente y así realizó una suma aritmética de sanciones, considera que la sentencia debe ser parcialmente casada en ese sentido y así lo sugiere en su concepto.

Consideraciones de la Corte

Asiste la razón al Ministerio Público, en sus apreciaciones sobre la demanda, como seguidamente pasa a verse:

Con marcado desconocimiento de los supuestos dialécticos que gobiernan la demanda de casación, el censor propugna en la primera de las censuras que presenta contra la sentencia del Tribunal, por la preeminencia de su criterio personal y comprensiblemente interesado, sobre el del fallador, en relación con la culpabilidad de su poderdante, partiendo de la secuencia fáctica que éste vertió en sus explicaciones y el testigo Eliécer o Reinaldo Méndez -que también así se le conoce procesalmente- pretendió avalar, sin tener en cuenta que el Tribunal expresamente desechó tal versión por considerarla inconsistente y carecer de veracidad, siendo estas descalificantes válidas para cualquier motivo excluyente de antijuridicidad o de culpabilidad diverso a los que se adujeron durante los debates que pretendieron estructurarse con fundamento en esa misma prueba. (fls. 24, 25 y 31 cd. Tr.).

En efecto, afirma que hubo error en la apreciación de la demostración de los hechos indicativos de la causal 3a. del artículo 40 del C.P., sugiriendo primeramente, que ese error consistió en la ignorancia de la prueba de esa circunstancia, pero renglones adelante asevera que lo sucedido fue que "no se valoró suficiente y adecuadamente y se procedió como si no existiera". Este planteamiento es contradictorio porque ignorar la prueba en la evaluación que adelanta el fallador es desconocerla, y conferirle un sentido y alcance diferente al que en opinión del casacionista deba dársele para que esa evaluación resulte "suficiente y adecuada", es analizarla; con lo cual se derrumba por sí solo el cargo.

Pero además, debe advertirse que cuando el cuestionamiento a las consideraciones probatorias y sus conclusiones del fallador de las instancias carece de una base objetiva que evidencie los errores en concretas pruebas trascendentes en su decisión, tal como sucede en el presente caso, en que se abstiene el actor de demostrar el error del Tribunal para terminar insinuando que a la que él estima la prueba de la circunstancia exculpante no se le confirió ese alcance porque no se le valoró "suficiente y adecuadamente", sin precisar de qué manera la valoración habría reunido estas condiciones, la demanda rebasa el campo de acción de la Corte como Juez extraordinario, porque en estos eventos no son yerros de evaluación susceptibles de enmienda a través del recurso de casación los que se objetan, sino el criterio formado por el juez de las instancias en observancia de los principios reguladores de la prueba, básicamente del imperativo de la sana crítica.

En estas condiciones, lo que el alegato traduce es la pretensión del interesado de que a su arbitrio la Corte prefiera su punto de vista sobre el judicial, atentando contra la seguridad de las decisiones judiciales y la presunción de acierto y legalidad que las ampara.

Bastando lo hasta aquí considerado para desestimar el cargo, no sobra agregar que tampoco en lo fundamental del reclamo asiste la razón al

actor, pues las circunstancias antecedentes del homicidio juzgado y concomitantes con él excluyen frontalmente la pregonada causa de inculpabilidad. No podía el acusado creer que su comportamiento estaba amparado por la justificante que aduce, cuando, mediando vieja rencilla con su sobrino -el occiso-, aprovecha la oportunidad de volver a verlo para, iniciado un cruce de ofensas verbales, sabiéndolo inerme, cobrarle a bala la afrenta que sentía haber recibido en esa ocasión, en que lo castigó golpeándolo con garrote y éste le replicó con "planazos", sin que entonces el asunto trascendiera.

Que luego de dispararle hubiera salido corriendo hacia su casa seguido por el ya herido occiso, no demuestra que hubiese sido colocado por éste en la subjetiva creencia de que debía defender "su hogar, su residencia, su integridad personal y su vida" como lo sostiene el profesional. La versión no pasa del campo especulativo y carece de solidez.

En definitiva, no prospera el cargo.

Suerte pareja acompaña a la segunda censura. En esta, subsidiaria de la precedente, dice el defensor que como su patrocinado no fue capturado en flagrancia, confesó la autoría del delito y explicó en detalle las circunstancias en que éste ocurrió, se hacía merecedor a la favorabilidad que comporta la rebaja prevista en el artículo 299 del C. de P. P. que debió serle reconocida.

Añade que a esa confesión no se le atribuyó valor alguno en el fallo, y que en el proceso no se atendió lo previsto en el artículo 297 del C. P. P., es decir no se practicaron las diligencias pertinentes para determinar su veracidad y averiguar las circunstancias del hecho.

El reclamo, como acertadamente lo sostiene el Ministerio Público, hace una mezcla de motivos de casación propios de diversas causales, que lo hacen inatendible.

Al decir que se inaplicó la norma que contempla la degradante por confesión, está dentro de los lindes de la causal 1a. del artículo 220 del C. de P. P.; pero al afirmar simultáneamente que no se practicaron las pruebas para establecer la veracidad de esa confesión no reconocida, se está atribuyendo al fallo la transgresión del derecho de defensa, siendo éste un reclamo que sólo puede adelantarse a través de la causal 3a. del mismo artículo, como que comportaría una causa de invalidación procesal.

La censura es entonces, por este concepto, contradictoria.

Pero además, es también inatendible en cuanto lo que propicia finalmente es el rechazo en sede de casación del criterio del fallador de las instancias para sobreponer el del demandante en relación con la pregonada confesión.

Olvida el profesional que la condenación de su procurado se basó fundamentalmente en la múltiple prueba testimonial de quienes lo observaron cuando disparaba contra el occiso segándole la vida y sin que mediaran las circunstancias de favor que adujo.

No presentes las circunstancias que imponían el reconocimiento de la confesión ni de sus calificantes, la inaplicación del artículo 299 del C. P.P. resulta inobjetable.

El cargo no prospera.

De igual manera, tampoco el cargo tercero, en que el actor afirma que hubo falta de aplicación de los artículos 61 del C. P. y 2357 del C. C. está llamado al éxito.

A la muy diciente circunstancia de que el mismo profesional demandante recibió, en calidad de defensor durante las instancias el traslado del dictamen de perjuicios que hoy cuestiona y lo acogió sin reservas, como que no le formuló objeción alguna (fls.197-197v. cd. ppl.3), lo que resta seriedad a la actual impugnación, súmase, la del desconocimiento del requisito que de la cuantía exige el artículo 221 del C. de P.P. para recurrir en casación, y la ya conocida tendencia de la demanda, a sobreponer al criterio judicial el de su signatario, sin demostrar los errores de evaluación probatoria que pregona respecto de la imprudencia del occiso que alega, para exponerse al daño proveniente de su homicida y soslayando la desestimación por el Tribunal de toda calificante del comportamiento punible, capaz de disminuir su sanción.

No prospera el cargo.

De la petición oficiosa de la delegada

Como el señor Procurador Delegado propone a la Corte casar parcial y oficiosamente el fallo impugnado extraordinariamente por cuanto se desconoció en él el principio de acumulación jurídica de penas reconocido en el artículo 26 del C.P. que regula el concurso de delitos, pues el fallador se limitó a sumar los mínimos que los respectivos tipos penales imputados señalan, lo cual constituye una acumulación aritmética de sanciones que no es de recibo en nuestra legislación penal, corresponde a la Sala dar respuesta a dicho planteamiento.

El delito de homicidio a partir de la Ley 40, que entró en vigencia desde el 19 de enero de 1993, se halla sancionado con pena de prisión de veinticinco (25) años y el de porte ilegal de armas de defensa personal, con pena mínima de un (1) año de prisión, según el Decreto 3664 de 1986, adoptado como legislación permanente por el 2266 de 1991, lo que arrojaría en sus mínimos una suma de veintiséis (26) años de prisión, que fue la pena impuesta por los juzgadores en las instancias con apoyo en lo preceptuado por el artículo 26 del C.P. que regula los concursos.

Una tasación punitiva así realizada, aun cuando en apariencia acusa una simple acumulación aritmética de penas, no lo es en verdad, puesto que el artículo 26 referido si bien es cierto tiene por filosofía la acumulación jurídica de penas, también lo es que se trata de una norma que parte del supuesto de la modificación de los extremos punitivos señalados en la ley, como que permite incrementar hasta en otro tanto la pena del delito más grave deducido, vale decir, que si en el caso presente el delito considerado de mayor gravedad fue el de homicidio, sancionado con pena mínima de 25 años de prisión, podía legítimamente el juzgador imponerle "hasta otro tanto", según el claro tenor de la disposición en referencia. Por manera que al incrementarle por razón del otro delito únicamente un año, no desbordó el ordenamiento, sino que actuó el juzgador dentro de la doble filosofía señalada en la norma del concurso; y ello no es contradictorio, como en apariencia pudiese parecerlo ya que aún juzgándosele con toda la benignidad posible por los dos delitos separadamente, jamás podría habérsele impuesto una sanción menor a la que se le impuso dentro del juzgamiento unitario. Discutible, y hasta razón le asistiría a la Delegada, si tomando como punto de partida para la dosificación el mínimo de la sanción, se le hubiese dosificado la pena por encima de los mínimos fijados en las normas concursantes, porque con igual criterio en un juzgamiento separado la pena que merecería estaría por debajo de la señalada; pero ese no fue el caso presente, por lo que no hay razón para atender la sugerencia de la Delegada.

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

RESUELVE

NO CASAR la sentencia impugnada. En firme, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese y cúmplase.

Didimo Páez Velandia, Ricardo Calvete Rangel, Fernando Enrique Arboleda Ripoll, Jorge Córdoba Poveda, Jaime Rico Carvajal, (Conjuez): *Jorge A. Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

COLISION DE COMPETENCIA-Calificación jurídica de los hechos

1o. Por definición legal la colisión de competencias se presenta "cuando dos o más jueces consideran que a cada uno de ellos corresponde adelantar un juzgamiento, o cuando se niegan a conocer por estimar que no es de competencia de ninguno de ellos" (art. 69 C.P.P.).

2o. Respecto de tal definición, que en términos más o menos similares se ha venido manteniendo en los diferentes estatutos procedimentales, desde antaño ha sostenido la jurisprudencia de esta Sala, que de acuerdo con la concepción gramatical o jurídica "envuelve la idea de 'oposición y pugna de ideas, principios o intereses': referido a la competencia en materia procesal, implica 'controversia o discusión con criterios opuestos entre dos jueces o tribunales en torno a cuál de ellos corresponde el conocimiento de un determinado asunto judicial, es decir, ejerce en él la jurisdicción para su definición'". (Sentencia, septiembre 5 de 1969).

3o. Ahora bien, cuando el conflicto se suscita porque los jueces o tribunales se niegan a conocer del proceso por considerar que es el otro quien debe asumir la competencia se estará en presencia de una colisión negativa de competencias que indudablemente debe entrar a dirimir o bien el superior jerárquico, o como en este caso, la Sala Penal de la Corte, por tratarse de dos jueces del Circuito que pertenecen a diferente distrito judicial.

4o. Si la discrepancia recae sobre la calificación jurídica de los hechos, en cuanto ella determinaría la competencia, igualmente lo ha sostenido la Sala, el juez está en la obligación de proponer sin dilación alguna la colisión de competencias negativa, ni cuestionar la validez de la actuación, pues sólo una vez radicada la competencia, quien la asume debe proceder a remediarla, de conformidad con los diferentes instrumentos procesales que la ley le confiere como director del proceso.

Si considerare que existe error en la denominación jurídica de la conducta constitutiva de nulidad, quien debe declararla es el funcionario competente y no, paradójicamente, el incompetente, que carecería de facultades para ello.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá D.C., agosto veintisiete (27) de mil novecientos noventa y seis (1996).

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos Augusto Gálvez Argote*

Aprobado Acta No.125

Proceso: 12154

VISTOS

Decide la Corte la colisión de competencias negativa suscitada entre el Juzgado Penal del Circuito de Urrao (Ant.) y el Segundo Penal del Circuito de Itagüí (Ant.) en el proceso adelantado en contra de Ramiro Antonio García García, por el delito de receptación.

HECHOS

El 6 de abril del año en curso, en horas de la mañana, varios sujetos armados, en la autopista sur, a la altura del semáforo "de Mayoritaria" en la ciudad de Medellín, interceptaron un camión de la Compañía Nacional de Chocolates, habiéndose subido uno de ellos al vehículo para indicarles a sus conductores que continuaran derecho, habiendo parado frente al cementerio de Jardines Montesacro en donde bajaron a uno de los empleados de la empresa mencionada, para subirse otro de los sujetos. Mientras continuaban la marcha hicieron despojar al conductor de la camisa del uniforme, haciéndole vestir una diferente. Posteriormente, cuando llegaron a la quebrada La Miel, bajaron al conductor del vehículo para dejarlo bajo la vigilancia de uno de los asaltantes, quien hasta las dos de la tarde, aproximadamente, lo dejó ir.

ANTECEDENTES

El 23 de abril del año en curso, fue capturado el señor Ramiro Antonio García García en Concordia (Ant.), al habérsele encontrado en la bodega de la tienda "El Recurso", de su propiedad, abundante mercancía que días antes había sido hurtada en la ciudad de Medellín, al asaltar un camión de la Compañía Nacional de chocolates, y de los cuales el señor José Luis Arenas Díaz, conductor del vehículo, había presentado la correspondiente denuncia ante la Fiscalía Unica de Itagüí.

Escuchado en indagatoria al aprehendido, el siguiente 30 de abril, la Fiscalía Seccional de Concordia (Ant.) le resolvió la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva por el delito de receptación, sin excarcelación. Notificado de dicha decisión, solicitó la

aplicación del artículo 37 del C.P.P., habiéndose llevado a cabo la diligencia de formulación del cargos el pasado 14 de junio, en la cual el procesado aceptó el cargo por el delito de receptación.

Enviado el proceso al Juez Penal del Circuito de Urrao, mediante auto del 5 de julio (f. 63) y luego de un minucioso análisis de la indagatoria y ampliación de denuncia, concluyó que no podía considerarse al procesado como mero receptador, pues eran múltiples las circunstancias que lo señalaban como coautor o por lo menos de cómplice, del ilícito de hurto, razón por la cual dispuso el envío del proceso al reparto de los Jueces del Circuito de Itagüí, proponiendo colisión de competencias negativa.

Habiéndole correspondido a la Juez Segunda Penal del Circuito de Itagüí, por auto del 15 de julio (f. 73), consideró inconveniente asumir el conocimiento del proceso así como la colisión de competencias propuesta, pues, aunque compartía las razones del Juez de Urrao sobre la calificación del delito, manifestó que únicamente podría asumir la competencia si los cargos se formulaban por el delito contra el patrimonio económico, pues en su criterio, "Sólo para que pueda dictarse aquí el fallo adelantado, como se pretende, el Señor Juez Penal del Circuito de Urrao debe, expresamente, abstenerse de dictar el fallo que se le solicita y obviamente, dejar sin valor la diligencia realizada por la Fiscalía para la formulación de los cargos", devolviéndole en consecuencia el proceso.

A su turno, en decisión del 19 de julio pasado (f.75), el Juez del Circuito de Urrao, rechazó los argumentos expuestos por la Juez de Itagüí, ya que si aceptó sus planteamientos en torno a la adecuación típica del delito, es ella la competente para continuar conociendo el asunto, advirtiéndole que no es él quien puede invalidar las actuaciones, sino ella como funcionaria en quien se encuentra radicada la competencia y esa, explica, es la razón por la cual se abstuvo de fallar el proceso, reiterándole que si no acepta la competencia, y para evitar dilaciones, envíe el proceso a esta Corporación para que dirima el conflicto.

Recibido por segunda vez el proceso, la Juez Segunda Penal del Circuito de Itagüí, precisó que el hecho de compartir los argumentos del Juez de Urrao no significa que esté afirmando, "en este estado procesal", que la competencia sea suya, reiterando que "Como se dijo en nuestro auto anterior, es el señor Juez de Urrao, quien, luego de abstenerse de dictar sentencia, debe remitir el expediente de nuevo ante la Fiscalía Delegada de Concordia, para la nueva diligencia de lanzamiento de cargos, esta vez por el delito patrimonial. Y si el implicado García García los acepta, ahí sí, enviarnos el asunto a este Juzgado, ya que ahí sí sería nuestra la competencia para el pronunciamiento de fondo" y en consecuencia, acepta la colisión negativa de competencias disponiendo el envío del proceso a esta Corporación.

Consideraciones

1o. Por definición legal la colisión de competencias se presenta "cuando dos o más jueces consideran que a cada uno de ellos corresponde adelantar un juzgamiento, o cuando se niegan a conocer por estimar que no es de competencia de ninguno de ellos" (art. 69 C.P.P.).

2o. Respecto de tal definición, que en términos más o menos similiares se ha venido manteniendo en los diferentes estatutos procedimentales, desde antaño ha sostenido la jurisprudencia de esta Sala, que de acuerdo con la concepción gramatical o jurídica "envuelve la idea de 'oposición y pugna de ideas, principios o intereses'; referido a la competencia en materia procesal, implica 'controversia o discusión con criterios opuestos entre dos jueces o tribunales en torno a cuál de ellos corresponde el conocimiento de un determinado asunto judicial, es decir, ejerce en él la jurisdicción para su definición'". (Sentencia, septiembre 5 de 1969).

3o. Ahora bien, cuando el conflicto se suscita porque los Jueces o Tribunales se niegan a conocer del proceso por considerar que es el otro quien debe asumir la competencia, se estará en presencia de una colisión negativa de competencias que indudablemente debe entrar a dirimir o bien el superior jerárquico, o como en este caso, la Sala Penal de la Corte, por tratarse de dos jueces del Circuito que pertenecen a diferente distrito judicial.

4o. Si la discrepancia recae sobre la calificación jurídica de los hechos, en cuanto ella determinaría la competencia, igualmente lo ha sostenido la Sala, el Juez está en la obligación de proponer sin dilación alguna la colisión de competencias negativa, ni cuestionar la validez de la actuación, pues sólo una vez radicada la competencia, quien la asume debe proceder a remediarla, de conformidad con los diferentes instrumentos procesales que la ley le confiere como director del proceso.

5o. En el presente caso, no obstante que siendo la tipicidad de la conducta, el aspecto que, como lo reconocen los mismos colisionantes es el que hizo variar la competencia y ninguno de los dos la discute, por el contrario, están de acuerdo con ella, en ninguna forma puede concebirse que material y jurídicamente esté trabada una colisión negativa de competencias, así formalmente la hayan declarado los jueces colisionados.

6o. Lo anterior emerge claro, si se tiene en cuenta que las razones que motivaron al Juez del Circuito de Urrao para declararse incompetente al momento de pronunciarse sobre la aceptación de cargos por parte del procesado, radican fundamentalmente en el hecho de que la conducta a imputar no debió ser la de receptación, sino la de hurto, caso en el cual el competente es la Juez Segundo Penal del Circuito de Itagüí, por haber sido en su jurisdicción donde ocurrieron los hechos, aspecto que esta funcionaria acepta pero que sorprendentemente lo condiciona aduciendo

que es el otro Juez quien debe tomar las medidas necesarias para que los cargos lo sean por el delito contra el patrimonio económico.

7o. Razón tuvo entonces, el Juez del Circuito al manifestar su asombro cuando la Juez de Itagüí pese a aceptar sus argumentaciones en torno a la calificación del delito, no asume la competencia y le devuelve el proceso para que sea él, que no es competente, quien subsane las irregularidades, que en criterio de la Juez competente, deben remediarse. Nada más *sui generis* que el tratamiento que la Juez de Itagüí le ha dado a este asunto ya que, como lo ha venido sosteniendo la jurisprudencia desde hace ya varios años, si considerare que existe error en la denominación jurídica de la conducta constitutiva de nulidad, quien debe declararla es el funcionario competente y no, paradójicamente, el incompetente, que carecería de facultades para ello.

8o. Es evidente entonces, que la Juez de Itagüí, aparte de haber sometido el presente proceso a un vaivén innecesario, pese a que hay persona privada de la libertad, pretextando la aceptación de la colisión de competencias negativa propuesta por el Juez de Urrao, ha enviado el proceso a esta Corporación; no para que se defina quién debe asumir el conocimiento del proceso, porque como expresamente lo reconoce, es a esta funcionaria a quien corresponde, sino para que se le solucione un trámite procedimental posterior, que como se dijo, le corresponde a ella definirlo como competente para conocer el asunto.

Por lo anterior, la Corte se abstendrá de dirimir el conflicto planteado y dispondrá el envío del proceso a la Juez Segundo Penal del Circuito de Itagüí.

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

RESUELVE

1o. *Abstenerse* de dirimir el conflicto de competencias negativo, suscitado entre el Juez Penal del Circuito de Urrao y la Juez Segundo Penal del Circuito de Itagüí.

2o. Comuníquese lo aquí resuelto al Juez Penal del Circuito de Urrao.

3o. Envíese el proceso a la Juez Segundo Penal del Circuito de Itagüí.

Cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

PORTE ILEGAL DE ARMAS/ COLISION DE COMPETENCIA

Una adecuada interpretación del párrafo pertinente del proveído de la Corte fechado agosto 3 próximo pasado, permite concluir que la expresión "carga natural" allí utilizada, debe estar referida a cada caso particular y teniendo en cuenta la proporcionalidad de los proyectiles en relación con el arma de fuego de defensa personal que ilícitamente porta el sujeto activo del delito. Para el evento concreto, tratándose de una escopeta tipo "changón", difícil, por no decir imposible, resultaría entender por "carga natural" la única que puede albergar en su recámara consistente en un solo cartucho. En resumen, axiológicamente se le estaría otorgando mayor disvalor al acto de portar la munición para el arma que al porte mismo de ésta. Cosa diferente hubiera ocurrido si se tratara de una considerable cantidad de municiones para una o muy pocas armas de fuego, en circunstancia que sin lugar a dudas superara el concepto de "carga natural".

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., veintisiete (27) de agosto de mil novecientos noventa y seis (1996).

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos Eduardo Mejía Escobar*

Aprobado Acta No. 125 (27-08-96)

Proceso: 11912

VISTOS

De plano, decide la Corte la colisión negativa de competencias suscitada entre el Juzgado Penal del Circuito de Urrao (Antioquia) y un Juzgado Regional radicado en Medellín.

HECHOS, ACTUACIÓN PROCESAL Y FUNDAMENTOS DEL CONFLICTO

Pasadas las nueve de la noche del 30 de septiembre de 1995, cuando agentes de la Policía Nacional entraron al establecimiento "Bar y Restaurante El Guadual", sito en el casco urbano del municipio de Concordia

(Ant.) para efectos de requisa, en poder de Carlos Mario Jiménez Ramírez hallaron una escopeta o "chumgón" recortado, hechizo, calibre 16, marca "Ruger", con un cartucho en su recámara y tres más que portaba en el bolsillo.

Iniciada la instrucción por la Unidad Unica de Fiscalía Delegada en dicha cabecera municipal, se recepciona indagatoria a Jiménez Ramírez y es resuelta situación jurídica, con medida de aseguramiento de detención preventiva, con beneficio excarcelatorio por violación al Decreto No. 3.664 de 1986.

A petición del acriminado, en abril 11 del año en curso el Fiscal Seccional llevó a efecto la diligencia de formulación de cargos para sentencia anticipada tendiente a finalizar el proceso por la expedita vía prevista por el Art. 37 del C. de P. Penal. La concreta acusación se planteó por el cargo de portar consigo el arma de fuego de defensa personal y cuatro cartuchos para la misma, sin permiso de autoridad competente, debiendo responder en calidad de autor del delito que define y sanciona el Art. 1° del Decreto reseñado, aceptado libre, consciente y voluntariamente por Jiménez Ramírez (fls. 21).

Por competencia, el proceso se remitió al Juzgado Penal del Circuito de Urrao (Ant.), dependencia que mediante auto de abril 29 siguiente decidió que aquella radicaba en los Juzgados Regionales con asiento en la capital antioqueña puesto que al implicado, además del arma de uso civil, le había sido "incautada cierta cantidad de proyectiles," situación que al tenor del Art. 71 del C. de P. Penal, modificado por el Art. 9° de la Ley 81 de 1993 torna inexorable la conclusión del conocimiento de las conductas contenidas en el Decreto No. 2.266 de 1991; que tratándose de municiones de defensa personal, la Jurisprudencia de la Corte, que se abstiene de precisar, dispuso el envío de las diligencias en un caso similar, por lo que de una vez, propone colisión negativa de competencias, caso de no aceptar sus planteamientos.

El Juzgado Regional de Medellín al que correspondió el asunto, adujo que el de Urrao no puede crear un conflicto de competencias por simple auto de sustanciación desconociendo la resolución acusatoria ejecutoriada, debiendo buscar otras vías procesales porque aquella "no tiene asidero material ni jurídico ... no se presenta cuando un funcionario judicial estima que un determinado asunto no es de su resorte, sino cuando quien recibe un proceso como lo recibió el juez de conocimiento de Urrao ... manifiesta su diferencia de criterio frente al calificatorio, pues para trabar la colisión de competencia, se hace necesario que se presente el rechazo a lo expuesto por el Fiscal en la resolución de acusación...".

Agrega que la jurisprudencia relacionada por el Juzgado de Urrao, debe ser de agosto 3 de 1995, con ponencia del Dr. Fernando E. Arboleda Ripoll donde se pronunció la Corte sobre la competencia de los Jueces

Regionales para conocer del porte de municiones, determinación que resulta diferente a los hechos acá cuestionados porque en la misma claramente se afirmó que la munición correspondiente a la carga natural del arma, según su diseño, se integra a la noción de arma de fuego; de otra parte, dichas conductas no pueden escindirse porque ello comportaría violación al principio *non bis in idem*.

En síntesis, la actividad de Carlos Mario debe limitarse a una sola conducta, la de "portar arma de defensa personal, "así tuviera en su poder municiones, pues éstas, al ser para el cabal funcionamiento del arma son accesorias a aquella y siguen su suerte, operando el fenómeno de la subsunción". Se abstiene el Juez Regional de conocer del proceso y aceptar la colisión, proponiéndola nuevamente.

Recibido de nuevo el proceso por el Juzgado Penal del Circuito de Urrao, se pronunció para controvertir la posición del Regional acotando la confusión de éste porque el conflicto de competencias ya estaba planteado y para el efecto se apoya en decisiones de la Corte; el reproche no es sólo por el porte de armas, sino también por municiones (fs. 21); el Juzgado Regional entiende subsumida la conducta de llevar municiones en el delito de porte de armas, cuando desde su óptica ocurre lo contrario. Interpretando la Jurisprudencia de agosto 3 de 1995 concluye que "cuando se pasa del número de cartuchos que el tambor o proveedor está en capacidad de recibir –como en el caso presente–, la competencia es de los Jueces Regionales". Inaceptadas las explicaciones del despacho judicial remite el expediente a la Corte para que dirima la colisión planteada solicitando "una vez resuelva el conflicto, se sirva enviar a este Despacho Judicial, copia de la providencia que así lo resuelva".

Considera la Corte

Es competente la Corte para dirimir el incidente presentado, de conformidad con lo dispuesto por el numeral 5° del Art. 68 del C. de P. Penal.

Sea lo primero acotar, que el Juzgado Penal del Circuito de Urrao planteó correctamente el conflicto de competencias indicando concretamente las razones por las cuales consideraba que no era a él a quien correspondía legalmente finalizar el caso profiriendo la sentencia anticipada.

Comparte la Sala los argumentos que por este aspecto planteó el Juzgado Penal del Circuito de Urrao en la providencia que por la devolución que del expediente le hiciera el Juez Regional, se vio precisado a proferir, en tanto dijo abonado en decisión de esta Sala:

"... Ahora bien, no por disentir de la resolución de acusación puede el Juez de la causa negarse a conocer del proceso pretextando incompetencia. Esto solamente puede hacerlo cuando la discrepancia recae sobre la calificación jurídica de los hechos y la que habría de darse determina

cambio de competencia, verbigracia si la acusación contiene cargos por un delito de conocimiento de la justicia ordinaria y el Juez considera que la calificación debió hacerse por uno de competencia de la justicia especial regional, caso en el cual está obligado a proponer colisión negativa sin festinar decisiones sobre la validez de la actuación (Art. 101 del C.P.P.)". (Providencia del 28 de Agosto de 1995, M.P: Fernando E. Arboleda Ripoll). Que fue lo que aquí se hizo; que es lo jurídico y legal, y no como lo insinúa el señor Juez Regional: que se invalide la resolución de acusación, pues ello corresponde al Juez en donde quede radicada la competencia si así lo estima, según los claros mandatos del canon arriba citado, que a letra dice: Efectos de la colisión. Provocada la colisión se suspenderá el juez (sic) mientras se decide aquella, pero las nulidades a que hubiere lugar sólo podrán ser decretadas por el funcionario judicial en quien quede radicada la competencia".

"De conceder razón a este segundo planteamiento, fácil resultaría concluir en que la Corte no podría terciar en esta clase de conflictos, pues si su promoción tiene como obligado presupuesto el proferimiento de una resolución de acusación que ubica el caso bajo el conocimiento de los jueces, ineludiblemente bastaría con invocarla junto con su intangibilidad para inhibir cualquier análisis sobre los factores determinantes del conocimiento. Por el contrario, es indudable que uno de los principios fundamentales anejos al debido proceso se refiere al adelantamiento del proceso por el juez natural y competente, al punto que la causal primera de nulidad prevista por el artículo 304 del Código de Procedimiento Penal apunta justamente a la 'falta de competencia del funcionario judicial'. Siendo ello así, necio resultaría pretender que luego de descubrir su propia incompetencia, tuviera el funcionario que proseguir indefectiblemente con el adelantamiento de un determinado asunto, sólo por la necesidad de obedecer un auto calificatorio en firme, inferencia que se opondría por lo demás a los artículos 305 y 306 del Código de Procedimiento Penal cuando en su orden autorizan al funcionario para que decrete la nulidad cuando la advierta,, y a las partes para que la invoque 'hasta el término de traslado común para preparar la audiencia', porque de lo contrario quedaría supeditada al recurso extraordinario de casación" (Providencia del 13 de Julio de 1995, M.P. Juan Manuel Torres Fresneda).

Debió el Juez Regional de Medellín, si no compartía los argumentos del Penal del Circuito de Urrao aceptar la colisión y remitir el expediente en forma inmediata a la Corte, evitando de esta forma un innecesario trajín del proceso y admitiendo, que en el entretanto, quedaba bajo su órbita el expediente de manera que a él correspondería resolver lo atinente a las medidas cautelares mientras se dirimía la colisión.

Ahora bien, tocando el punto específico materia del conflicto de competencias, la problemática se circunscribe al alcance que debe dársele al aparte de la providencia de la Sala de Casación Penal de la Corte fechada

agosto 3 de 1995 con ponencia del Magistrado Arboleda Ripoll donde el aspecto fáctico origen de la colisión estribó en haber hallado en poder del acriminado 75 cartuchos para escopeta calibre 12, en tres cajas de 25 unidades cada una, munición ésta de defensa personal. Razonamientos básicos del proveído fueron:

"... La única excepción contemplada por la norma que define la competencia de los Jueces Regionales, en relación con las conductas descritas en el artículo 1° del Decreto 3664 de 1986, es la que se refiere al porte de armas de fuego de defensa personal, cuyo conocimiento quedó en cabeza de los Juzgados del Circuito.

"En tratándose de municiones o explosivos, la competencia de los Juzgados Regionales se extiende a todas las previsiones fácticas del artículo 1° del Decreto 3664 de 1986, en tanto que cuando son armas de fuego de defensa personal, se excluye de su marco de competencia el simple porte.

"Resulta oportuno señalar, para prevenir futuros e innecesarios conflictos de competencia, que la munición correspondiente a la carga natural, entendida como el número de cartuchos que el tambor o proveedor está en capacidad de recibir según su diseño de fábrica, se integra al concepto o noción de arma de fuego, pero la ausencia de carga en nada modifica la modalidad delictiva, ya que el artefacto es considerado arma no porque esté dotado de proyectiles, sino porque reúna las características señaladas en el artículo 6° del Decreto 2535 de 1993...".

La última observación señalada en la decisión es la que sirve de punto de apoyo al Juzgado Penal del Circuito de Urrao para desechar la competencia, entendiendo que si el changón en su recámara sólo puede llevar un cartucho, los tres restantes exceden los que corresponde a carga natural y la competencia es de los Jueces Regionales. En tanto, el Juzgado Regional estima que la formulación de cargos equivalente a la resolución acusatoria lo fue por el porte del arma de fuego y las municiones pero que no por ello debían entenderse cada uno de esos supuestos como si fueran comportamientos ajenos e independientes, esto es, que el porte de la munición queda integrado al del porte del arma, por depender aquel del desarrollo que se hace de éste y ser de mayor entidad en la esfera penal. Para ese despacho, la conducta desarrollada es una sola consistente en el porte de arma de defensa personal, así el procesado "tuviera en su poder municiones pues éstas, al ser para el cabal funcionamiento del arma son accesorias a aquella y siguen su suerte, operando el fenómeno de la subsunción."

Una adecuada interpretación del párrafo pertinente del proveído de la Corte fechado agosto 3 próximo pasado, permite concluir que la expresión "carga natural" allí utilizada, debe estar referida a cada caso particular y teniendo en cuenta la proporcionalidad de los proyectiles en relación con el arma de fuego de defensa personal que ilícitamente porta el sujeto

activo del delito. Para el evento concreto, tratándose de una escopeta tipo "changón", difícil, por no decir imposible, resultaría entender por "carga natural" la única que puede albergar en su recámara consistente en un solo cartucho. En resumen, axiológicamente se le estaría otorgando mayor disvalor al acto de portar la munición para el arma que al porte mismo de ésta. Cosa diferente hubiera ocurrido si se tratara de una considerable cantidad de municiones para una o muy pocas armas de fuego, en circunstancia que sin lugar a dudas superara el concepto de "carga natural".

Precisamente, en noviembre primero de 1994 esta misma Corporación con ponencia del M. Dídimo Páez Velandia sobre una hipótesis similar a la presente, consistente en el sorprendimiento del imputado por agentes de la policía cuando portaba un revólver calibre 38 largo con seis cartuchos para el mismo, y otra munición (5 cartuchos) que fue catalogada por el perito en balística como de uso privativo de las fuerzas armadas (punta expansiva y hueca que aumentaban su poder destructor), características éstas que en la normatividad del Decreto 2.535 de 1993 ya no eran suficientes para tenerlas como de guerra o uso privativo adujo tras admitir que se trataba de munición para arma de fuego de defensa o uso personal:

"... En nuestro caso, ninguna de las particularidades que precisó el perito en balística en su dictamen (fs. 31) como perteneciente a la munición que le fue incautada al procesado, puede considerarse que corresponde al tipo de armas que se dejaron especificadas precedentemente y por tanto se sustrae al catálogo de las previstas como de guerra o de uso privativo de la fuerza pública, de donde se sigue que, por tal concepto, se excluye la competencia del Juez Regional para conocer de este asunto.

"Ahora, como de conformidad con el numeral 4° del Artículo 71 del C. de P. P. el simple porte de arma de fuego de defensa personal, a cuya denominación pertenece precisamente el revólver que llevaba consigo el imputado, es del conocimiento del Juzgado Penal del Circuito fijando la competencia en el de (...) el cual, dentro de sus facultades, deberá adoptar las providencias del caso atendiendo a que la conducta que se perfila como principal, es la que ha sido determinante para la asignación de la competencia, vale decir, el simple porte de arma de fuego de defensa personal, que dentro de la calificación del mérito del sumario se estimó que quedaba subsumido en el porte de munición considerado por entonces de uso privativo de la fuerza pública y que hoy, por las reflexiones hechas, pierden dicha connotación y pasan, por ende a ocupar otro plano...".

Para el concreto evento, es el porte ilegal del changón, como arma de fuego de uso civil, el que determina la competencia y no el de los cartuchos. La evaluación probatoria del contenido del expediente permite deducir, por lógica natural y experiencia cotidiana, que el acusado mantenía

consigo el arma y la precaria cantidad de munición, en una relación de medio a fin indisolublemente vinculada y dentro de un marco de características de modo, tiempo y espacio, que no permiten trastocar lo accesorio en principal, ni darle a lo secundario un papel tan determinante como para separarlo jurídicamente, hasta el punto de formular por ello un juicio de valor independiente y como si tuviera capacidad autónoma de vulnerar más gravemente el bien jurídico objeto de protección. Bien vale la pena, entonces, no sólo recordar los criterios de la progresividad y la accesoriedad como formas de la consunción, así como las pautas hermenéuticas señaladas por la Sala en decisión de marzo 13 último:

"En cada caso concreto se impone analizar la conducta atendiendo su finalidad en concreto, esto es, sin desconocer el objetivo material a la cual va dirigida, debiendo por eso someterse a un juicio de racionalidad dentro del ámbito de protección del bien jurídico tutelado y los límites progresivos de las descripciones típicas, sin olvidar, además, que en un derecho penal actual, la función hermenéutica no puede encerrarse en una dogmática pura limitada y exclusivamente conceptualista, sino que se deben tener presente los fines de política criminal que han inspirado la norma y los que se imponen al momento de aplicarla." (M.P. Dr Gálvez Argote).

Se adscribirá la competencia, entonces, al Juzgado del Circuito de Urrao (Antioquia).

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

RESUELVE

1. DIRIMIR el incidente de colisión asignando la competencia al Juez Penal del Circuito de Urrao (Ant.), a donde se remitirá inmediatamente la actuación.

2. Infórmesele, con copia de este proveído, al Juez Regional de Medellín.

COPIESE Y CUMPLASE

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

COLISION DE COMPETENCIA/CONCIERTO PARA DELINQUIR/NARCOTRAFICO

Obrar en concierto para delinquir significa asociarse con el propósito común de cometer una serie de conductas delictivas, lo cual en el ámbito de la legislación sobre estupefacientes significa que las conductas desplegadas por el agente deben estar relacionadas con el narcotráfico, ya sea que se trate de adquisición, transporte, venta, cultivo, conservación, etc.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá D.C., veintisiete (27) de agosto de mil novecientos noventa y seis (1996)

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

Aprobado Acta No.125 (27-08-96)

Proceso: 11771

Vistos

Resuelve la Corte la colisión de competencias suscitada entre el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Neiva y un Juzgado Regional de Santafé de Bogotá, dentro del proceso adelantado en contra de Rodolfo Botello Basto, por infracción a los artículos 33 y 44 de la ley 30 de 1986.

Antecedentes

Los hechos objeto de la presente investigación tuvieron origen en las labores de inteligencia de la Policía Judicial del Departamento Huila, que motivaron el allanamiento a la residencia del señor Isidro Torres Naranjo, a quien se le decomisaron, entre otros, 127.9 gramos de base de coca, una motocicleta desarmada y algunos elementos de los cuales no se pudo acreditar su lícita procedencia.

Como además se había ordenado la interceptación de la línea telefónica No 730037, que pertenecía al lugar de habitación de Rodolfo Botello Basto, se estableció, según la transcripción de las conversaciones telefó-

nicas efectuadas por el Cuerpo Técnico de Investigación, que el mismo mantenía nexos con Isidro Torres y otras personas aún no identificadas, y que se dedicaba a la comercialización de sustancias estupefacientes las cuales traía desde el Departamento del Caquetá, para venderlas en la ciudad de Neiva.

De otra parte, se tuvo en cuenta que la señora Audrey Fierro Rico, compañera de Isidro Torres a quien se vinculó al proceso mediante indagatoria formuló cargos contra Rodolfo Botello Basto, como la persona que comercializaba con droga con su compañero, lo que a la postre motivó que se le impartiera de inmediato la respectiva orden de captura. Explicó también que su compañero Isidro comercializaba con la droga que le traía Botello Basto del Caquetá, operación que realizó seis veces, transportando de a 200 gramos cada vez.

Vale la pena aclarar que a los implicados Isidro Torres Naranjo y Audrey Fierro Rico se les dictó sentencia anticipada con base en el artículo 37 del C.P.P.

La Colisión Propuesta

El Juzgado Segundo Penal del Circuito encontró que al momento de hacer una nueva revisión del proceso, más concretamente en el proveído del 28 de septiembre de 1995 la Fiscalía Seccional acusó a Rodolfo Botello Basto, 'como posible autor responsable de Concierto para Delinquir señalado en el artículo 44 de la Ley 30 de 1986, en concordancia con el artículo 33 de la norma citada, en razón a las consideraciones anotadas anteriormente.

Tal calificación, considera el colisionante, otorga competencia a los Jueces Regionales para que asuman el conocimiento del proceso, conforme a lo previsto en el artículo 71 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el artículo 9o de la ley 81 de 1993.

Agrega que el artículo 89 de la normatividad procesal penal también modificado por el artículo 13 de la citada ley, dispone en su inciso segundo que: 'Cuando se trate de conexidad entre hechos punibles de competencia del juez regional y de cualquier funcionario judicial, corresponderá el juzgamiento al juez regional'.

Por su parte, el Juez Regional de Santafé de Bogotá, consideró que carecía de competencia para avocar el conocimiento del asunto, ya que no les asiste razón, en cuanto a la calificación efectuada, al instructor ni al que debe ser el fallador del proceso, y que ahora rechaza la competencia, pues la conducta no tiene adecuación en el tipo penal descrito en el artículo 44 de la ley 30 de 1986.

Fundamenta lo anterior en que "mas que unas simples conversaciones telefónicas en donde se trata lo concerniente a la compra de cantida-

des de estupefacientes, que por estimarlas mínimas, el conocimiento del delito a que dan lugar, -a (sic) sido trasladado a los Jueces del Circuito-, debe existir, prueba fehaciente de que se trata de una serie de personas, que se han concertado, es decir, se han puesto de acuerdo, para realizar más de una de las conductas ilícitas descritas en los artículos que anteceden al 44 de la Ley 30 de 1986. Valga, decir, se exige la existencia de una organización mas o menos bien conformada, estructurada, cuyo giro delictivo principal abarque más de una conducta de las que hacen parte del vigente Estatuto Nacional de Estupefacientes, bien puede ser, cultivar plantas de las que pueda extraerse cocaína o cualquiera otra droga que produzca dependencia, a más de traficar con los mismos estupefacientes y aún con la destinación o almacenamiento de alguna droga alucinógena, esto, sin perjuicio de la subsunción que pueda existir."

Agrega que en este evento, según las transcripciones telefónicas no se alcanza a percibir más que el usual acuerdo al que llegan el común de los expendedores y compradores de pequeñas cantidades -doscientos o cuatrocientos gramos- de cocaína o bazuco, pero no se desprende un preacuerdo para llevar a cabo más de una de las conductas en referencia, sino que existían personas determinadas entre sí, que por su propia cuenta obraban en calidad de expendedores y proveedores de pequeñas cantidades, sin que por ello sea dable edificar una acusación de concierto para infringir la ley de estupefacientes, pues quien tenía la droga era independiente para venderla a quien primero la negociara, situación que también acontecía con el comprador.

Para el Juez Regional, la acusación efectuada a Botello Basto no contiene un fundamento contundente pues sostuvo conversaciones telefónicas relativas a la compra y venta de bazuco o cocaína en cantidades inferiores a la libra, dejando de lado la demostración del concierto o asociación de personas, de la organización permanente con el propósito de cometer delitos de los sancionados por la Ley 30 de 1986, lo mismo que el acuerdo común y recíproca ayuda de los asociados.

Adicional a lo anterior, considera que el Fiscal Seccional del Neiva (II) incurrió en otro desacierto: pues de haber considerado que se tipificaba el delito de que trata el artículo 44 del citado Estatuto, debía dar traslado a la Fiscalía Regional quien era la competente para calificarlo y no exponer el proceso a una declaratoria de nulidad, la que considera inminente por la no ocurrencia de tal conducta.

Consideraciones de la Sala

Según lo revela el acervo probatorio, conforme a conversaciones grabadas y sostenidas entre Rodolfo Botello Basto, e Isidro Torres con personas aún no identificadas el procesado se dedicaba a la comercialización

de sustancias alucinógenas, las cuales traía desde el Departamento del Caquetá para venderlas en la ciudad de Neiva, concertación que hacía mediante el empleo de claves; las operaciones que se llevaron a cabo en varias oportunidades.

La controversia suscitada radica en la adecuación de la conducta descrita, pues para el Juez Segundo Penal del Circuito de Neiva se configura el tipo descrito en el artículo 44 de la ley 30 de 1986, mientras que para el Juez Regional de Santafé de Bogotá no, porque para ello es necesaria la existencia de una organización mas o menos bien conformada, estructurada, cuyo giro delictivo principal abarque más de una conducta de las que hacen parte de Estatuto Nacional de Estupefacientes vigente.

Un análisis global del asunto que ocupa la atención de la sala y conforme a la prueba recaudada hasta el momento, permite concluir que la actuación de los diversos funcionarios, y sus razonamientos, no se ajustan a una correcta interpretación de las normas que regulan la situación tanto en su ámbito sustancial como procesal.

Obrar en concierto para delinquir significa asociarse con el propósito común de cometer una serie de conductas delictivas, lo cual en el ámbito de la legislación sobre estupefacientes significa que las conductas desplegadas por el agente deben estar relacionadas con el narcotráfico, ya sea que se trate de adquisición, transporte, venta, cultivo, conservación, etc.

En el caso *sub examen*, surge evidente que el aquí procesado mantenía constante comunicación con varias personas, entre ellas el señor Isidro Torres, para coordinar la adquisición y venta de la sustancia alucinógena, la cual era traída desde el Caquetá hacia la ciudad de Neiva (H), donde era expendida.

En ese orden de ideas, no considera la Sala que la actividad desplegada por Botello Basto obedezca al usual acuerdo al que llega el común de los expendedores, como lo afirmó el Juez Regional, sino a la ejecución de actividades tendientes a la comercialización de droga, que por no tener el carácter de momentáneas y estar encaminadas a un objetivo común que se prolongó en el tiempo, es que encuadra en el tipo de que trata el artículo 44 de la ley 30 de 1986, motivo por el cual su conocimiento corresponde a la Justicia Regional y no a la ordinaria.

Quiere agregar la Sala que como el Juez Regional hizo referencia a una serie de irregularidades que podrían presentarse en caso de que el conocimiento sea atribuido a esa jurisdicción especial, es necesario aclarar que en el trámite del incidente la Corte sólo está facultada para dirimir el conflicto y por lo tanto no le es dable hacer pronunciamiento de ninguna otra especie, pues como bien lo dijo el citado funcionario, cualquier irregularidad que se encuentre es del resorte de quien asuma el trámite del asunto.

Así las cosas, esta Corporación señala al Juez Regional de Santafé de Bogotá como el competente para seguir conociendo del presente proceso, lo cual implica su inmediata remisión al mismo, enviándosele copia de esta decisión al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Neiva, para su información. Será dicho funcionario el que resuelva sobre la validez formal de la acusación dado que, tratándose de dichos delitos se profirio por un Fiscal Seccional.

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

RESUELVE

DIRIMIR el conflicto de competencia planteado, en el sentido de atribuir el conocimiento del proceso adelantado contra Rodolfo Botello Basto por infracción a la Ley 30 de 1986, al Juez Regional de Santafé de Bogotá, a quien se le remitirá el expediente para lo de su cargo.

Copia de esta decisión envíese al Juzgado Segundo Penal Municipal de Neiva, para su información.

Notifíquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar Secretaria.

DERECHO DE DEFENSA -Audiencia pública

El ejercicio del derecho de defensa que la Constitución y la ley le reconocen al sindicado, no se menoscaba por la restricción a su libertad que deriva de la imposición de una medida de aseguramiento, pues son múltiples los instrumentos que las reglas de procedimiento ofrecen al encartado para defenderse. Nótense al efecto: La audiencia pública, actuación procesal en la que es obligatoria su presencia, siempre que esté detenido, para que, primordialmente, pueda controvertir las pruebas que obran en su contra o relievar las que favorezcan su posición; la libertad que mantiene, aun estando detenido, de remitir escritos al Funcionario Judicial, ya sea para solicitar la práctica de pruebas, para contradecir las ya existentes o para simplemente dejar conocer su posición sobre determinado elemento probatorio; y, la posibilidad de elevar peticiones a través de sus apoderados, titular o suplente, sin dejar pasar de vista el inalienable derecho que mantiene de evaluar la gestión de sus defensores para determinar si a su juicio, están o no defendiéndolo correctamente, pues en caso de una conclusión negativa tiene derecho a cambiarlos cuantas veces quiera.

Deviene de lo anterior concluir que la presencia física del procesado preso, en la práctica de las pruebas en la etapa del sumario no resulta evidentemente necesaria, tornándose obligatoria únicamente en aquellos casos en los que la naturaleza de la prueba así lo aconseje o la ley expresamente lo contemple así: verbigracia, la indagatoria, el reconocimiento en fila de personas, en la etapa instructiva; o la audiencia pública, aunque esté detenido por cuenta de otro proceso.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal.- Santa Fe de Bogotá, D.C., veintiocho (28) de agosto de mil novecientos noventa y seis (1996).

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

Aprobado Acta No. 126

Proceso: 10684

VISTOS

Resuelve la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia sobre la petición del sindicado Tiberio Villarreal Ramos y de su defensor acerca de la participación de aquel en todas las diligencias probatorias que se practiquen.

LA PETICIÓN DE SINDICADO Y DEFENSOR

I.- En memorial recibido en la Secretaría de la Sala el sindicado Tiberio Villarreal Ramos solicita "que a todas las pruebas por practicar en las que podamos intervenir los sujetos se me noticie con la debida antelación en especial sobre la fecha y hora en que se practicará con el objeto de que sea traslado (sic) para intervenir en su práctica, así esté (sic) presente los abogados defensores".

Advierte a renglón seguido que "el derecho de intervenir me asiste, es fundamental y no se me puede menoscabar bajo el subterfugio de que poseo defensor principal y suplente, porque el que mejor sabe y conoce mis cosas, mis actuaciones no es otra persona distinta que el suscrito".

II.- En la parte final del escrito presentado por el defensor para solicitar la sustitución de la medida de aseguramiento de detención preventiva por detención domiciliaria y la ordenación de algunas pruebas, señala que "dejo desde ya sentando el precedente que quiero intervenir en la práctica de las pruebas, lo mismo que lo desea hacer mi defendido Tiberio Villarreal Ramos, cuya remisión habrá de ordenar la Corte, oficiando con la debida antelación al INPEC."

CONSIDERACIONES

No es un problema de poca monta el que se plantea a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia con la solicitud que al unísono presentan defensor y sindicado para que éste último sea remitido desde su lugar de reclusión a fin de participar en la práctica de todas las pruebas.

La petición así planteada se resolverá negativamente con fundamento en las siguientes precisiones:

1. El legislador nacional históricamente ha reconocido al procesado facultades para su defensa, las que ha especificado unas veces y en otras ha generalizado, así:

El Decreto 409 de 1971, señalaba en su artículo 116 bajo la nominación de "facultades del procesado, en su defensa", que "los procesados pueden, sin necesidad de apoderado, solicitar la práctica de pruebas, interponer recursos, desistir de los mismos, solicitar la excarcelación, la condena y libertad condicionales, actuar en las diligencias e intervenir

directamente en todos los casos que autorice la ley", detallando de tal manera todas las actuaciones en las que podía participar.

Posteriormente el Decreto 0050 de 1987, varió la fórmula para consagrar en el artículo 126, nominado de la misma forma que el atrás citado, que "el procesado para los fines de su defensa, tiene los mismos derechos de su defensor, excepto sustentar los recursos de casación y de revisión, si no fuere abogado titulado", generalizando así la actividad que el sujeto pasivo de la acción penal puede tener dentro de la actuación, aunque privilegió la defensa técnica al afirmar que "cuando existan pretensiones contradictorias entre el procesado y su defensor, prevalecerán estas últimas".

Finalmente, el Decreto 2700 de 1991, consagró en el artículo 137, bajo la nominación "facultades del sindicado" que "para los fines de su defensa, el sindicado tiene los mismos derechos de su defensor, excepto la sustentación del recurso de Casación" manteniendo la preferencia por las solicitudes de este último al señalar que ante la existencia de "peticiones contradictorias entre el sindicado y su defensor, prevalecerán estas últimas".

2.- Se tiene entonces que las reglas sobre la participación del sindicado dentro del proceso penal han pasado desde la especificidad del Decreto 409 de 1971 a la generalidad que consagra el actual Código de Procedimiento Penal, donde se le otorgan al sujeto pasivo de la acción penal del Estado, para efectos de su defensa, los mismos derechos que a su defensor.

La fórmula de redacción del artículo 137 del actual Código de Procedimiento, que no ofrece ninguna dificultad en tratándose de sindicados no privados de la libertad, encuentra serios reparos de ejecución cuando se trata de procesados contra los que pesa alguna medida restrictiva de su derecho fundamental a la libertad, como es el caso del Representante Tiberio Villarreal Ramos.

En efecto, una interpretación exegética con fundamento en la técnica gramatical de la norma en comento llevaría a concluir que la petición del sindicado Villarreal debería ser despachada favorablemente, pues al fin y al cabo la norma le señala al procesado los mismos derechos de su defensor, y éste se halla en posibilidad de asistir a la práctica de las diligencias probatorias que se lleven a efecto. Empero, una interpretación basada en tal método y técnica deviene en irracional e inconstitucional, por desnaturalizar la esencia del proceso penal y los fines primordiales del Estado en cuanto hace a la administración de justicia.

Resultaría abiertamente dilatorio de la actuación judicial la ordenación previa del traslado de los sindicados desde su lugar de reclusión para poder practicar cualquier prueba, si se tienen en cuenta todas las

dificultades logísticas que tal procedimiento implica para garantizar no sólo que el encartado no se evada, sino también la seguridad del mismo, lo que devendría en directa violación del artículo 29 de la Constitución Política en cuanto le garantiza al sindicado el derecho a un proceso "sin dilaciones injustificadas".

Y no se diga frente a este argumento de inconstitucionalidad que tal dilación está justificada, pues ninguna razón de hecho o de derecho obliga la presencia del sindicado preso en la práctica de todas las pruebas.

En efecto, frente al argumento de garantía del derecho de defensa que algunos podrían esgrimir, por el derecho que le asiste al procesado, como a su defensor, de controvertir la prueba, resulta claro contraargumentar que tal razón es en extremo reduccionista, pues minimiza el ejercicio del derecho fundamental a la defensa a un solo acto, y más que a un solo acto, a una sola oportunidad, cuando resulta evidente que la controversia de la prueba es un derecho que puede ejercerse de bastantes más formas que con la simple participación en la aducción de la misma.

3. La interpretación exegética de la norma atrás citada también deviene en irracional, entendida la irracionalidad de la interpretación como aquella que en lugar de hacer útil la norma para el propósito que fue creada, la torna en inútil al convertirla en obstáculo para el fin al que debe servir. En este orden de ideas, no cabe duda que el artículo 137 del Código de Procedimiento Penal es norma integrante del debido proceso, en cuanto garantiza el derecho de defensa del procesado, pero este no puede ejercitarse de manera que niegue otros componentes del mismo debido proceso como el derecho que le asiste a que no haya dilaciones injustificadas en el trámite de su asunto, o principios basilares de la administración de justicia como los de eficiencia, celeridad (ley estatutaria), eficacia y prevalencia del derecho sustancial (Constitución Política arts. 209 y 228).

¿Cómo conciliar una interpretación exegética del artículo citado con la práctica de pruebas fuera de la ciudad donde se halle detenido el sindicado? ¿Debe acaso trasladarse el interno hasta la localidad donde vaya a realizarse la diligencia judicial. Y cómo debe actuarse cuando la prueba deba ser practicada fuera del país, ¿o es que se debe concluir en una interpretación de la norma que sea diferencial, es decir que se interprete de una manera cuando las pruebas se practiquen en la sede del centro de reclusión donde se halle el sindicado y, de otra manera, cuando sea en otra ciudad, sin contar los múltiples problemas que se generarían cuando se trate de procesos con varios sindicados. La respuesta es una sola, tal hermenéutica resulta irracional al hacer inútil la norma por tornarla en obstáculo para el logro de uno de los elementos del debido proceso, que es el de evitar una injustificada dilación del proceso.

4. En contrario a la interpretación exegética de la norma de la que parten sindicado y defensor para solicitar el traslado desde el lugar de

reclusión de aquel para la práctica de las pruebas, una interpretación sistemática actualiza plenamente el precepto y lo integra como elemento de valiosa utilidad en desarrollo del derecho fundamental al debido proceso.

Partiendo de la definición del derecho fundamental al debido proceso, como la institución a la que debe integrarse la norma cuya interpretación se persigue, las facultades del sindicado para su defensa otorgadas en el artículo 137 deben entenderse que tienen como efecto útil garantizar su derecho de defensa.

La Constitución Política privilegia la defensa técnica frente a la autodefensa del sindicado, al otorgar como derecho al procesado el de nombrar un abogado que lo represente y establecer como obligación para el Estado el designarle uno de oficio, cuando aquel no quiera o no pueda postular un profesional que lo represente, derecho-deber que se explica además en el carácter técnico del proceso penal colombiano, dentro del cual es condición *sine qua non* la presencia de un abogado como representante legal del sindicado, para que el proceso sea considerado válido.

Ya sea que se concluya como Bentham que "en el reinado de una legislación oscura y complicada, de un modo de enjuiciar lleno de fórmulas y cargado de nulidades, es necesaria la defensa técnica de un abogado de profesión para restablecer la igualdad entre las partes respecto a la capacidad y para compensar la desventaja inherente a la inferioridad de condición del imputado"[1], o como Gimeno Sendra que el ejercicio de la institución de la defensa penal tiene un carácter dual que integran la defensa privada o material y la pública o formal[2], es lo cierto que el procedimiento penal colombiano privilegia la presencia del defensor letrado por encima incluso de la del propio sindicado, pues resulta perfectamente probable adelantar un sumario o concluir un juicio sin la presencia física del procesado, pero nunca podrán finiquitarse tales etapas procesales en ausencia de un defensor técnico.

El ejercicio del derecho de defensa que la Constitución y la ley le reconocen al sindicado no se menoscaba por la restricción a su libertad que deriva de la imposición de una medida de aseguramiento, pues son múltiples los instrumentos que las reglas de procedimiento ofrecen al encartado para defenderse. Nótense al efecto: La audiencia pública, actuación procesal en la que es obligatoria su presencia, siempre que esté detenido, para que, primordialmente, pueda controvertir las pruebas que obran en su contra o relevar las que favorezcan su posición; la libertad que mantie-

---

[1] "Tratado de las pruebas Judiciales". BENTHAM, Jeremías, en Derecho y Razón, de FERRAJOLI, Luigi. Madrid, Editorial Trotta, 1995. página 614.

[2] "Constitución y Proceso" GIMENO SENDRA Vicente. Madrid, Editorial Tecnos, 1988. página 95.

ne, aun estando detenido, de remitir escritos al Funcionario Judicial, ya sea para solicitar la práctica de pruebas, para contradecir las ya existentes o para simplemente dejar conocer su posición sobre determinado elemento probatorio; y, la posibilidad de elevar peticiones a través de sus apoderados, titular o suplente, sin dejar pasar de vista el inalienable derecho que mantiene de evaluar la gestión de sus defensores para determinar, si a su juicio, están o no defendiéndolo correctamente, pues en caso de una conclusión negativa tiene derecho a cambiarlos cuantas veces quiera.

Deviene de lo anterior concluir que la presencia física del procesado preso, en la práctica de las pruebas en la etapa del sumario no resulta evidentemente necesaria, tornándose obligatoria únicamente en aquellos casos en los que la naturaleza de la prueba así lo aconseje o la ley expresamente lo contemple así; verbigracia, la indagatoria, el reconocimiento en fila de personas, en la etapa instructiva; o la audiencia pública, aunque esté detenido por cuenta de otro proceso.[3]

La decisión política de la Carta Fundamental y del Código de Procedimiento Penal de privilegiar la presencia del defensor técnico encuentra actualización plena en tratándose de situaciones como la que enfrenta el peticionario Villarreal Ramos, que por su condición de detenido tiene restringido su derecho fundamental de locomoción, sin que ello sea impedimento para ejercer su derecho de defensa a través de su abogado de confianza, o de uno de oficio si fuere el caso, o personalmente mediante la remisión de peticiones por correo, garantizándose de esa manera por el Estado colombiano el respeto al derecho fundamental al debido proceso y a los tratados internacionales suscritos por el país.

Por ejemplo, si lo que el sindicado quiere concretamente es contrainterrogar a los testigos, tal fin lo puede alcanzar a través de la natural comunicación que debe existir con sus defensores o directamente mediante la remisión de un escrito en el que anexe el cuestionario que desea que absuelva el testigo, eso sí señalando en concreto las razones del contrainterrogatorio.

La posición que aquí adopta la Corte, en desarrollo de claros textos constitucionales y legales, es perfectamente conciliable con el ordinal 3° del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[4] en el que se establece que "durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o

[3] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de Casación, 11 de octubre de 1988. Magistrado Ponente: Jorge Carreño Luengas. Gaceta Judicial, Tomo CXXIII. Bogotá, 1988, páginas 398 403.

[4] Aprobado por la Ley 16 de 1972.

ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviere defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente si careciere de medios para pagarlo"; así mismo con el ordinal 2[6] del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica"[5] cuando señala que "(...)Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor".

Nótese cómo los acápites de los pactos internacionales citados imponen la obligación de permitir al reo el ejercicio del derecho de defensa a través de dos medios: personalmente "o" por un defensor, por lo que la opción nacional de preferir en el ejercicio del derecho de defensa al defensor técnico resulta mayormente protectora del derecho fundamental del sindicado, habida cuenta del carácter eminentemente técnico del proceso penal.

Similar situación se plantea, desde la perspectiva del derecho comparado, si se observa en la Comunidad Europea la "convención de salvaguardia de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales" que les impone a los Estados comunitarios la obligación de permitirle al procesado "defenderse él mismo o tener la asistencia de un defensor de su elección o poder ser asistidos gratuitamente por un abogado de oficio"[6], por lo que la presencia de los abogados titular y suplente del sindicado Villarreal no son como él lo señala "un subterfugio" para desconocerle el derecho fundamental a la defensa, sino al contrario los perfectos garantes de tal derecho por cuanto la ley los presume más aptos que a él para enfrentar los tecnicismos del proceso.

Tampoco puede perderse de vista, desde la perspectiva de los tratados internacionales, que el derecho a contrainterrogar, por ejemplo, como ejercicio del derecho de defensa se estructura sobre el esquema del juicio oral con inmediación de la prueba dentro de la audiencia, característica propia de los procedimientos acusatorios puros, pero en tratándose de un sistema mixto como el nacional, o inquisitivo como el que cobija al aquí procesado (Constitución Política, artículo 235 3), cuya etapa instructiva se desarrolla en diligencias, no en audiencias, tal derecho no puede ser absoluto sino que debe hacerse compatible con este tipo de proceso.

---

[5] Aprobado por la Ley 74 del 26 de diciembre de 1968.Diario Oficial No. 32.682.

[6] Artículo 6, ordinal 3°, literal "c".

En conclusión, el artículo 137 del Código de Procedimiento Penal no acepta una lectura gramatical que lo desvincule del propósito para el cual sirve, garantía del debido proceso, ni entrega autorización alguna para disminuir los naturales rigores que una medida de aseguramiento conlleva, ordenando el traslado del detenido cada vez que haya de practicarse una prueba, a su favor o en su contra.

El derecho a la defensa del sindicado está debidamente garantizado mediante la probable participación de su defensor, de confianza o de oficio, en las diligencias probatorias; sólo de esta manera se pueden conciliar los derechos de defensa, de celeridad del proceso, de eficacia y de eficiencia que componen, entre otros, el derecho fundamental al debido proceso y los principios de la administración de justicia, por lo que no se autorizarán las remisiones solicitadas y consecuencialmente sólo se le notificarán aquellas decisiones que la ley procesal ordena, debiéndose enterar de las demás por conducto de uno cualquiera de los abogados que lo representan.

5. En cuanto hace al deseo del defensor de participar en la práctica de las pruebas, la Corte no encuentra ninguna objeción a tal manifestación como quiera que corresponde al legítimo ejercicio del derecho de defensa que su cliente le ha encargado ejercer a su nombre.

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

RESUELVE

1o. *Negar* el traslado solicitado por el sindicado Tiberio Villarreal Ramos desde el centro de reclusión cada vez que haya de practicarse diligencias probatorias.

Notifíquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CONTROL DE LEGALIDAD/FISCAL GENERAL DE LA NACION/ FISCAL DELEGADO ANTE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA-Delegación

1o. Dentro de este abanico de controles, la figura jurídica correspondiente a la "legalidad de las medidas de aseguramiento" define con la mayor de las nitideces la tendencia acusatoria de nuestro sistema procesal, por cuanto constituye, fuera del ámbito de la jerarquía funcional del órgano que toma la medida, donde se opera el control por vía de impugnación, uno de los principales instrumentos para avalar o infirmar la legitimidad de las decisiones que sobre la libertad del procesado adopte el ente investigador.

La Corte considera oportuno precisar entonces sus características, emanadas del artículo 414A del Estatuto Procesal Penal (modificado por el artículo 54 de la Ley 81/93.

Su objeto es específico y lo constituye la medida de aseguramiento –no la restante actuación procesal–, cuya legalidad se deduce genéricamente de la garantía procesal del Debido Proceso, consagrada en el artículo 29 de la Constitución Nacional.

Su finalidad apunta:

a) A la sustitución de la medida, cuando ésta haya sido adoptada con violación del debido proceso o del derecho de defensa, o haya sido proferida por funcionario incompetente.

b) A la sustitución de la medida, cuando la selección de la misma no corresponda al tipo penal por el que se procede, a la forma de participación del sujeto agente, o, en el caso concreto de la detención preventiva, a las hipótesis legalmente previstas para su aplicación en los numerales 4, 5, 6 y 7 del artículo 397 del Código de Procedimiento Penal, y

c) A la libertad del procesado, si como consecuencia de las variantes anteriores deviene aplicable la previsión normativa de su excarcelación.

2o. Al contrario de la delegación, la figura jurídica de la comisión se caracteriza por su limitación en torno al objeto –por ejemplo, "comisiónase para abrir investigación penal" mas no para que "profiera las decisiones a que haya lugar"–; al destinatario –por lo que mal podría comisionarse genéricamente a los "Fiscales Delegados ante la Corte", sino a un funcionario determinado, debidamente individualizado–; y a su duración –ya que no pueden existir comisiones indefinidas en el tiempo–; a estas características se suma la imposibilidad para el comitente de desprenderse de su responsabilidad, conocimiento, dirección y potestad decisoria en cada caso particular.

Así lo ha entendido la misma Corte Constitucional, al afirmar que ***"la comisión no representa en ese sentido una delegación de la jurisdicción, que sería completamente inadmisible a la luz de la Carta,*** *sino un medio eficaz de garantizar que se administre pronta y cumplida justicia merced a la oportuna ejecución de actos procesales que de otra forma no podrían llevarse a cabo, al menos con la rapidez requerida". (Sentencia C-396, septiembre 8 de 1994) (Negrilla fuera de texto).*

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D. C., veintiocho (28) de agosto de mil novecientos noventa y seis (1996).

Magistrado Ponente: Dr. *Fernando Arboleda Ripoll*

Proceso: 11674

Aclaración de Voto: Dr. *Jorge Aníbal Gómez Gallego*

Salvamento del Voto: Dr. *Carlos Eduardo Mejía Escobar*

CONTROL DE LEGALIDAD/FISCAL GENERAL DE LA NACION/ FISCAL DELEGADO ANTE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA-Delegación

(Aclaración de Voto)

Aclaración de Voto: Dr. *Jorge Aníbal Gómez Gallego*

Fecha: 28-08-1996

Proceso: 11674

Publicada: Sí.

Magistrado Ponente: Dr. *Fernando Arboleda Ripoll*

(Salvamento de Voto)

Aclaración de Voto: Dr. *Carlos Eduardo Mejía Escobar*

Fecha: 28-08-1996

Proceso: 11674

Publicada: Sí.

Magistrado Ponente: Dr. *Fernando Arboleda Ripoll*

IMPEDIMENTO/ INTERES EN EL PROCESO

Fundamentan los honorables Magistrados su impedimento en el hecho de que en la Comisión de Investigaciones se han formulado denuncias contra ellos y se vienen adelantando actuaciones penales que los afectan.

En providencia de fechas 18 y 19 de abril de 1996 la Sala de Conjueces no admitió el impedimento en diligencias semejantes por encontrar que no es procedente. En efecto, si se aceptara se estaría protocolizando el hecho de que los Congresistas no tendrían juez, porque bastaría denunciar a los Magistrados ante la Comisión de Investigaciones y Acusaciones de la Cámara.

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

Magistrado Conjuez Ponente Dr.: *Bernardo Gaitán Mahecha*

Aprobado Acta de Conjueces No. 18

Proceso: 16692

VISTOS

Resuelve la Sala de Conjueces la manifestación de impedimento de los honorables magistrados Ricardo Calvete Rangel, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Jorge Córdoba Poveda, Nilson Pinilla Pinilla y Carlos Augusto Gálvez Argote, integrantes de la Sala Penal, dentro de las diligencias iniciadas con fundamento en la denuncia penal presentada por el ciudadano Guillermo Alemán, contra los Representantes a la Cámara y miembros de la Comisión de Investigaciones y Acusaciones de la misma, Emilio Martínez Rosales y José Domingo Dávila Armenta.

Fundamentan los honorables Magistrados su impedimento, en el hecho de que en la Comisión de Investigaciones y Acusaciones se han formulado denuncias contra ellos y se vienen adelantando actuaciones penales

que los afectan. Invocan para tal efecto la causal establecida en el artículo 103-1 del Código de Procedimiento Penal. Esta causal se fundamenta en el hecho de que "el funcionario judicial, su cónyuge o compañero permanente, o algún pariente suyo dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, tenga interés en el proceso". Lo primero que se advierte en relación con esta causal es que el interés en que esté incurso el funcionario judicial debe referirse al proceso del cual esté conociendo. Y es obvio que respecto del proceso en el cual se manifiesta el impedimento no hay interés alguno de los Magistrados. El problema consiste en que las personas denunciadas son miembros de la Comisión de la Cámara de Representantes, que debe adelantar la investigación por las denuncias contra los Magistrados, y naturalmente ellos tienen interés en ese proceso.

Si bien la ley no alude a esta clase de interés al establecer la causal de impedimento y por este aspecto no sería viable su aceptación, al expresarlo los honorables Magistrados manifiestan su altísimo sentimiento de pulcritud, al no querer intervenir en proceso que deba adelantarse contra personas que a su turno deben entender de las diligencias que a ellos se refieren en la Comisión de la cual forman parte.

Se trata de un caso singular que ha resultado del hecho de que la Constitución de 1991 sometió el juzgamiento de los miembros del Congreso a la Corte Suprema de Justicia, cuando antes estaban sometidos a la competencia general de los jueces del conocimiento, sin tener en cuenta que el Congreso tenía la competencia para juzgar a los Magistrados de la Corte. De ahí ha surgido el conflicto.

En providencias de fecha 18 y 19 de abril de 1996, la Sala de Conjueces no admitió el impedimento en diligencias semejantes por encontrar que no es procedente. En efecto, si se aceptara se estaría protocolizando el hecho de que los congresistas no tendrían juez, porque bastaría denunciar a los Magistrados ante la Comisión de Investigaciones y Acusaciones de la Cámara. Sin embargo, en la tal Comisión son varios sus miembros y su función es simplemente la de investigar y proponer la medida que fuere pertinente ante la Cámara en Pleno (Ley 273 de 1996), es decir, que su tarea es meramente transitoria. El Fiscal verdadero es la Cámara en pleno, de numerosísimos miembros, y lo pertinente sería que los Representantes investigados por la Corte se excusaran de intervenir en las deliberaciones sin que se afecte el funcionamiento de la institución de juzgamiento. De igual manera en el seno de la Comisión, deben ser sus miembros los que se inhiban de intervenir si están siendo sometidos a diligencia penal en la Corte.

Debemos agregar que la función de los miembros del Congreso en cuanto al ejercicio de la función judicial es eminente excepcional y sometida a un procedimiento *sui generis*. La Comisión se limita a proponer la acusa-

ción o la preclusión: la Cámara en pleno decide y si procluye termina el proceso; si acusa corresponde al Senado admitir o no la acusación: si la admite, una comisión de su seno instruye y si se encuentra que hay lugar a juzgamiento por delito, envía a la Corte para que lo realice. Al final, si todo esto ocurriese terminarían los demás miembros de la Sala Penal juzgando a sus pares, y si fuesen todos serían juzgadores los Conjueces. Esta secuencia es suficiente para ver cómo carece de viabilidad el tener que aceptar impedimento de un Magistrado de la Corte, cuando instruye proceso contra un Congresista solamente porque el magistrado ha sido denunciado ante la Cámara y ese Congresista es miembro de la Comisión Investigadora. Si así fuese, en el caso de que la totalidad de los miembros de la Cámara fuesen acusados ante la Corte, no podrían ser juzgados por sus magistrados porque todos los miembros de la Cámara tienen que decidir sobre lo que proponga la Comisión. Sería una cuestión de nunca acabar.

La verdad es que al cruzar la competencia entre la Corte para los congresistas y el Congreso para los Magistrados de la Corte, el Constituyente no previó esta colisión, que en beneficio de las instituciones no puede resolverse en contra de la potestad de la Corte Suprema de Justicia y de la idoneidad moral de sus Magistrados.

No hay causal exactamente aplicable al caso y no procede la extensión analógica de ninguna de las establecidas en el Código de Procedimiento Penal. Verdad es que el interés al cual se refiere la causal primera del artículo 103 del Código de Procedimiento Penal puede ser de distinta naturaleza, pero tiene que referirse al proceso del cual se conoce, no de uno ajeno o distinto.

En providencia de fecha 19 de abril de 1996, la Sala de Conjueces, con ponencia del honorable Conjuez Eduardo Torres Escallón, dijo lo siguiente: "Efectivamente, sólo en virtud de una amplia interpretación podía 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, dados 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".

Las razones expuestas hacen concluir que no hay motivo para aceptar el impedimento manifestado por los honorables Magistrados y por tal razón, la Sala de Conjueces

RESUELVE

No aceptar el impedimento manifestado por los honorables Magistrados Ricardo Calvete Rangel, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Jorge E. Córdoba Poveda, Nilson Pinilla Pinilla y Carlos A. Gálvez Argote.

Cópiese y cúmplase.

Bernardo Gaitán Mahecha, Luis Bernardo Alzate Gómez, Fabio Aristizábal Hoyos, William Montoy Victoria, Jaime Rico Carvajal, Edgar Lombana Trujillo, Hugo Humberto Rodríguez C. (con aclaración de voto); *Eduardo Torres Escallón.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

Aclaración de Voto Dr. Hugo Humberto Rodríguez Cortés

Me permito suscribir la providencia con la aclaración de voto, no sin manifestar que me hallo totalmente de acuerdo con la parte resolutiva y en sus consideraciones, salvo el siguiente aparte:

"Debemos agregar que la función de los miembros del Congreso en cuanto al ejercicio de la función judicial es eminentemente excepcional y sometida a un procedimiento *sui generis*. La comisión se limita a proponer la acusación o la preclusión; la Cámara en pleno decide: si precluye, termina el proceso; si acusa, corresponde al Senado admitir o no la acusación; si la admite, una comisión de su seno instruye; y si encuentra que hay lugar a juzgamiento por el delito, envía a la Corte para que lo realice".

Dice la Constitución Nacional en su artículo 4°, inciso primero: "La Constitución es norma de normas. En todo caso la incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales".

El Título IV "De las Disposiciones Especiales del Senado de la República", de la Ley 05 de 1992, Reglamentaria del Congreso, en su Capítulo Cuarto "Del Juzgamiento de Altos Funcionarios", en su Sección la establece la Comisión de Instrucción, la cual de acuerdo con el artículo 327, se conforma con 7 miembros, los cuales deben acreditar la calidad de abogados "y tener conocimientos preferencialmente en las disciplinas penales". Dicha comisión tiene a su cargo el estudio de la acusación que formule la Cámara de Representantes ante el Senado, e "Instruir el proceso correspondiente, si fuere el caso".

A pesar de lo dispuesto en el Capítulo IV, Sección 1°, en Sección 2ª, denominada Juicio especial, confiere facultades a la Cámara de Representantes, no únicamente para recibir denuncias o quejas "por escrito acompañado de las pruebas que tenga el denunciante o de la relación de las pruebas que deban practicarse y que respaldan la denuncia o queja", como lo indica el artículo 329, sino que, en las disposiciones subsiguientes le da facultades para abrir y adelantar la investigación, practicar pruebas, recibir indagatoria, clausurar la instrucción y dictar la resolución calificatoria, sea de acusación o de preclusión.

La Constitución Nacional, por el artículo 116, al otorgar determinadas funciones judiciales al Congreso, solamente por el artículo 174 confiere poder jurisdiccional al Senado, cuando exista acusación previa de la Cámara de Representantes.

Esta acusación es por consiguiente una condición de procesabilidad, es decir, la acción penal no podrá iniciarse sin que opere la acusación de la Cámara, la cual será sometida a estudio por el Senado para aceptarla o rechazarla. En el primer caso, el Senado al poner en vigencia la acción penal, "podrá someter la instrucción del proceso a una diputación de su seno", cuando la causa, de acuerdo con los numerales 2 y 3 de la misma norma –artículo 175– le corresponda a dicha Corporación; el juicio y la sentencia serán de su competencia y no de la comisión.

La Cámara de Representantes tiene la única atribución conferida por el artículo 178, para conocer de las denuncias y quejas que "ante ella se presentan por el Fiscal General de la Nación o por los particulares contra los expresados funcionarios y, si prestan mérito, fundar en ellas acusación ante el Senado".

Luego la Corporación Legislativa que tiene facultades es el Senado de la República y como consecuencia, tiene a su cargo la instrucción del proceso penal.

Señores Conjueces.

Hugo Humberto Rodríguez Cortés, Conjuez.

DEBIDO PROCESO/ RESOLUCION DE LA SITUACION JURIDICA

El hecho de que el instructor haya dispuesto que el sindicado suscribiera diligencia compromisoria y posteriormente, vencidos los diez (10) días para resolver su situación jurídica con la correspondiente medida de aseguramiento, guardar silencio, en manera alguna constituye violación del debido proceso ni del derecho a la defensa, pues si contra el sindicado no se daban los requisitos del artículo últimamente mencionado, el Juez de Instrucción no podía tomar decisión distinta que la de abstenerse a decretar la medida. La omisión en proferir interlocutorio en tal sentido, ni siquiera podría constituir falta disciplinaria y menos quebranto del debido proceso, pues como atinadamente lo destaca la Delegada, fue el Decreto 2700 que solamente entró en vigencia el 1° de julio de 1992, el que impuso al funcionario instructor la obligación inexcusable de resolver la situación jurídica del indagado, antes de disponer el cierre de la investigación (artículo 438).

Por otra parte, el artículo 469 del Decreto 050 de 1987 tenía prevista como forma de calificación del mérito del sumario, la cesación de procedimiento (hoy preclusión de la instrucción), con efectos de cosa juzgada, lo que en manera alguna puede tomarse tal decisión como una ruptura de la unidad procesal en caso de proferirse resolución de acusación contra otros imputados o por otros delitos, sino la terminación del proceso y con ello la extinción de la acción penal para los favorecidos con la cesación.

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

Magistrado ponente: Dr. *Dídimo Páez Velandia*

Aprobado Acta No.126-VIII-28/96

Proceso: 9565

Vistos

Conoce la Corte del recurso de casación impetrado por el defensor del procesado contra el fallo proferido el 24 de febrero de 1994 por el Tribunal Superior de Ibagué (Tolima), que confirmó el de primera instancia del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Lérida, de fecha 13 de septiembre del año inmediatamente anterior, mediante el cual condenó a Héctor Rodríguez Bocanegra a la pena principal de seis (6) años de prisión, multa de diez mil pesos ($ 10.000.oo) y suspensión en el oficio de conductor de vehículos automotores por cinco (5) años y accesoriamente le impuso la interdicción de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la pena privativa de la libertad, condenándolo, además, al pago de perjuicios materiales y morales exclusivamente en favor de las personas lesionadas, y le negó el subrogado de la condena de ejecución condicional, como autor responsable de los delitos de homicidio y lesiones personales culposos, en concurso.

Hechos y actuación procesal

Dan cuenta los autos que el día domingo 3 de marzo de 1991 siendo aproximadamente las 3:00 p.m., sobre la carretera central que de Lérida conduce a Armero, frente a la hacienda "Torrijos" (kilómetro 82), colisionó la buseta marca Chevrolet de placas WT.4699, de servicio público, afiliada a la Empresa Transportes Rápido Tolima S.A. y conducida por Héctor Rodríguez Bocanegra, con la camioneta marca Ford de placas WT. 1446 -Tipo Chiva-, también de servicio público y afiliada a la misma empresa, conducida por Fabio Eliécer Barrero Osorio, dándose como resultado la muerte de Jorge González, Jose Oliverio Angarita Muñoz, Carlos Alirio Orduz, Nelson Javier Borrero Zárate, Flor María Pineda Irreño, Jose Helí Cardona Raigosa y Dídier Ferney Barrero Zárate, y lesiones de alguna gravedad en Yamile Angarita Guillén, Ricardo Barrero Raude, Lilia María Mahecha de Téllez, Milton Acero Vanegas, Ana Margarita Enciso, Jesús Antonio Guerrero, Aleyda Muñoz Bernal, María Teresa Muñoz de Angarita, Isaías Téllez Mahecha, Luis Arturo Acero Zárate, Cristina Saavedra, Manuel Jaramillo, María del Carmen Vásquez Bolaños, Luis Felipe Beltrán Tinoco, Fabio Trujillo y Jhon Jairo Vanegas Muñoz, así como también en la humanidad de los dos conductores.

La investigación fue iniciada por el Juzgado 14 de Instrucción Criminal de Lérida (Tolima) el 11 de marzo de 1991 (fl. 39), siendo vinculados mediante indagatoria los conductores Héctor Rodríguez Bocanegra (fl. 78 y ss.) y Fabio Eliecer Barrero Osorio (fl. 301). Al primero se le resolvió su situación jurídica el 21 de mayo de 1991 con medida de aseguramiento de detención preventiva sin beneficio de excarcelación por los delitos de homicidio y lesiones personales culposos (fl.182 y ss.), decisión que fuera confirmada por el Tribunal Superior de Ibagué mediante interlocutorio de

fecha 11 de julio siguiente (fl. 243 y ss.). Al segundo, se le permitió seguir gozando de su libertad para lo cual suscribió diligencia compromisoria (fl. 303).

Clausurada la etapa instructiva y cumplido el traslado común a los sujetos procesales, se calificó el mérito de la instrucción el 16 de septiembre de 1991 con resolución de acusación contra Rodríguez Bocanegra como presunto autor responsable de los delitos de homicidio y lesiones personales en la modalidad de culposos, sin beneficio de excarcelación y cesación de procedimiento en favor de Barrero Osorio (fl. 359 y ss.). Dicha decisión causó ejecutoria el 19 de los citados mes y año al no haber sido recurrida.

Recibidas las diligencias por el Juzgado Primero Superior de Honda (Tolima), el 8 de octubre siguiente se abrió el juicio a pruebas conforme al artículo 490 del Código de Procedimiento Penal (Decreto 050 de 1987) y el primero de noviembre del citado año de 1991 el Juez ordenó la práctica de aquellas solicitadas por el Ministerio Público y otras decretadas de oficio (fl.389), tales como el reconocimiento médico legal definitivo de varios de los lesionados. Obtenidos éstos, fueron puestos en conocimiento de los sujetos procesales por auto del 26 de febrero de 1992 (fl. 423) sin haber sido objetados.

Por auto de fecha 9 de marzo del mismo año, se señaló el día 17 siguiente a las 9:00 a.m. para llevar a cabo la diligencia de audiencia pública (fl. 425), la que no pudo llevarse a efecto por inasistencia del defensor (fl. 432) y, mediante interlocutorio del 2 de abril siguiente, con fundamento en el numeral 5° del artículo 439 del Código de Procedimiento Penal se le otorgó el beneficio de libertad provisional al acusado.

Entrado en vigencia el nuevo Código de Procedimiento Penal (Decreto 2700 de 1991), las diligencias fueron remitidas al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Lérida por competencia, quien ordenó por auto de fecha 18 de agosto de 1992, correr traslado a los sujetos procesales conforme a lo previsto en el artículo 466 del citado estatuto (fl. 482 vto.), llevándose a cabo la audiencia pública el 26 de agosto de 1993 (fl. 581 y ss.), para dar paso a la sentencia de primer grado de fecha 13 de septiembre siguiente (fl.585 y ss.), en la que se adoptaron las determinaciones a que se hizo referencia al inicio de esta providencia.

Recurrido el fallo por el procesado y su defensor, las diligencias llegaron a la Sala Penal del Tribunal Superior de Ibagué, desatándose la instancia el 24 de febrero de 1994, confirmando la sentencia de primer grado.

La Demanda

Contra la sentencia de segundo grado, el defensor del procesado presenta un cargo único con apoyo en la causal 3a. de casación prevista en el

artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, por ser "violatoria de la ley sustancial" y por lo mismo se afectó el debido proceso y el derecho a la defensa de su patrocinado.

Estima el actor que al proceso fueron vinculados su poderdante y Fabio Eliécer Barrero Osorio con el fin de establecer la responsabilidad de los mismos en el accidente, no obstante lo cual solamente a su representado se le definió su situación jurídica mediante providencia interlocutoria, no así al segundo, a quien se le favoreció en la calificación con cesación de procedimiento.

Considera que dicha irregularidad constituye nulidad procesal a partir de la calificación, pues claramente se observa que no se le resolvió a Barrero Osorio su situación jurídica, con lo cual la unidad procesal "sufre desmedro en contra de mi defendido Rodríguez Bocanegra ya que desmejora la condición probatoria del condenado, debiéndose haberse evaluado el proceder del otro conductor". (fl. 57 cuad. Tribunal).

Pone de presente el libelista que el mismo motivo fue alegado por la defensa en el escrito de apelación presentado ante la primera instancia, y que el Tribunal de Ibagué, en su criterio "interpretó erróneamente la ley penal", razón por la cual en la apreciación de la prueba incurrió "en un error de derecho".

Invoca luego el artículo 306 del Código de Procedimiento Penal, para indicar que la única oportunidad para demandar nulidades originadas en la etapa instructiva lo es en el recurso extraordinario de casación, por lo cual estima necesario retrotraer el procedimiento para que se defina previamente la situación jurídica de Barreto Osorio conforme a lo preceptuado en el artículo 387 del citado estatuto, por cuanto no se puede declarar cerrada la investigación sin haberse cumplido con ese expreso mandato legal.

Concluye que como el instructor solamente en el auto calificatorio resolvió la situación jurídica del implicado, entonces las sentencias del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Lérida y del Tribunal Superior de Ibagué se dictaron en juicio viciado de nulidad, que le permite solicitar a la Corte que se case "la sentencia demandada, dictando el fallo que en derecho corresponda o más concretamente decretando la nulidad de la actuación" (fl. 58 id.).

El Ministerio Público

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, destaca en primer término que desde su formulación la demanda marca las pautas de su propio fracaso, ya que el actor no logra escoger de manera firme una causal de casación para apoyar su censura, pues tal como se advierte de sus propias expresiones, se produjo un quebranto de la ley sustancial con afectación fundamental del debido proceso y del derecho de defensa.

Considera la Delegada que bien podría excusarse como una simple confusión terminológica, empero, "trascendió al contenido mismo de la demanda en tanto que en el propósito de demostrar la infracción a las normas procesales -que no sustanciales-, el libelista adujo que acudiría a señalar los errores de derecho en la apreciación de las pruebas en las cuales incurrió el Tribunal y que, lógicamente, nunca fueron siquiera enunciados" (fl. 109 cuad. Corte).

No obstante lo anterior, el Ministerio Público frente a la presunta violación del artículo 387 del Código de Procedimiento Penal, estima que la afirmación del actor entraña un desconocimiento acerca de la vigencia de la norma o de la fecha en que se produjo la providencia calificatoria, pues a pesar de ser un hecho cierto que a Barreto Osorio no se le resolvió la situación jurídica antes del calificatorio del mérito del sumario de fecha 16 de septiembre de 1991, ejecutoriado el 20 de los citados mes y año, es obvio que la preceptiva invocada no podía cobijarlo, pues para ese momento el Decreto 2700 de 1991 no había entrado en vigencia.

Luego de hacer algunas precisiones sobre la vigencia de las leyes y de su aplicación, advierte que para el 1° de julio de 1992 cuando el nuevo Código de Procedimiento Penal entró en vigencia, el proceso ya se hallaba en la etapa de la causa y por lo tanto, consolidada la resolución de acusación y tramitado el asunto bajo preceptos diversos a los invocados, esto es, mediante los ritos del Decreto 050 de 1987, con lo cual no existe vicio alguno que pueda quebrantar el debido proceso.

Finalmente y respecto del rompimiento de la unidad procesal que esboza el censor para alegar dificultades defensivas en perjuicio de su representado, la Delegada apunta que el criterio expuesto obedece a un equivocado entendimiento de lo que es el proceso penal y de lo que significa la unidad procesal.

Destaca que el instructor consideró necesario escuchar a los dos conductores, pues en su contra existían motivos suficientes para vincularlos procesalmente, decisión que no ata definitivamente al funcionario judicial, al punto que deba adelantar el proceso hasta el proferimiento de sentencia respecto de los indagados, ya que el procedimiento penal no pretende que todos los extremos de la relación jurídico-procesal se resuelvan en el fallo, sino que prevé la posibilidad de que algunas cuestiones reciban solución definitiva con anterioridad a él, como es el caso de la preclusión (antes cesación de procedimiento), precisamente en favor de quien no puede ser enjuiciado, lo que en manera alguna implica quebranto de la unidad procesal, sino el reconocimiento de que la acción penal no puede proseguirse en su contra.

En el presente caso, advierte el Ministerio Público que dicha vía, en manera alguna puede causar lesión al derecho de defensa del procesado afectado con la resolución de acusación, pues evidente es que pudo ejer-

citar toda su capacidad defensiva, sin que su suerte dependiera de que se mantuviese vinculado al proceso a Barreto Osorio, pues siendo la responsabilidad penal individual, aún con la cesación de procedimiento dictada en favor de éste, se podrían, como se hizo, argüir pruebas de inocencia respecto de Rodríguez Bocanegra.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Aun cuando es evidente la falta de interés del actor para impugnar el fallo en la forma en que lo ha hecho -primeramente, porque la falla que aduce se refiere exclusivamente a procesado diferente a su poderdante, circunstancia que de darse sólo afectaría parcialmente la actuación en la cual la ausencia de interés legítimo es evidente y, además, porque el procesado supuestamente favorecido con la alegación del impugnante no fue condenado, sino beneficiado con una cesación de procedimiento que hizo tránsito a cosa juzgada-, examinado éste encuentra la Corte que razón le asiste a la Delegada cuando advierte que el censor en su demanda, incurre en insalvables fallas de orden técnico dentro de la preceptiva que gobierna el recurso extraordinario de casación, ya que la finalidad del mismo, radica en que la Corte deje sin efecto la sentencia acusada, bien mediante la declaratoria de nulidad que puede abarcar total o parcialmente el proceso, ora mediante un fallo sustitutivo.

El actor, en su libelo alega presuntos errores de derecho que atribuye al juzgador de segunda instancia, lo que es propio de la causal primera de casación prevista en el artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, para luego entrar a reproducir como si se tratara de una tercera instancia, las alegaciones conjuntas de su antecesor y su representado, presentadas ante el Juez Segundo Penal del Circuito de Lérida como fundamento de la impugnación contra la sentencia de primer grado de fecha 13 de septiembre de 1993 (fl. 612 Cuad. No. 1), esto es, por considerar que se había incurrido en causal de nulidad, por no haberse definido previamente a la resolución de acusación la situación jurídica del indagado Fabio Eliécer Barrero Osorio.

No obstante lo anterior, y sólo con el fin de destacar la ausencia de irregularidades sustanciales que vicien lo actuado en detrimento del debido proceso o del derecho de defensa alegados, se referirá la Corte someramente a las inquietudes plasmadas:

Por hechos ocurridos el 3 de marzo de 1991, el Juzgado Catorce de Instrucción Criminal de Lérida abrió investigación penal el día 11 de los mismos, conforme al rito procesal contenido en el Decreto 050 de 1987 vigente para ese momento.

Indagado inicialmente el conductor Héctor Rodríguez Bocanegra, se le resolvió su situación jurídica con medida de aseguramiento de detención

preventiva sin beneficio de excarcelación, como presunto autor responsable de los delitos de homicidio y lesiones personales culposos (fl. 182 y ss. cuad. No. 1). Posteriormente, Fabio Elíécer Barrero Osorio rindió indagatoria, pero el funcionario judicial una vez concluida, estimó que debía suscribir diligencia compromisoria, mientras se resolvía su situación jurídica (fl. 303 id.)

Es claro que el artículo 413 del estatuto procesal vigente para ese momento, establecía que a la persona privada de su libertad, rendida la indagatoria, su situación jurídica debía ser definida por auto interlocutorio, dentro de los cinco (5) días siguientes, con medida de aseguramiento **"si hubiere prueba que la justifique"**, u ordenando su libertad inmediata.

Así mismo, si el procesado fuere dejado en libertad al terminar la indagatoria, que fue lo acontecido con Barreto Osorio, el plazo para resolver la situación jurídica del imputado era de diez (10) días, desde luego sobre la base de darse la circunstancia prevista en el artículo 414 *ibidem*, esto es, que "contra el procesado resultare por lo menos un indicio grave con base en las pruebas legalmente producidas en el proceso."

El hecho de que el instructor haya dispuesto que Barrero Osorio suscribiera diligencia compromisoria y posteriormente, vencidos los diez (10) días para resolver su situación jurídica con la correspondiente medida de aseguramiento, guardar silencio, en manera alguna constituye violación del debido proceso ni del derecho a la defensa, pues si contra el sindicado no se daban los requisitos del artículo últimamente mencionado, el Juez de Instrucción no podía tomar decisión distinta que la de abstenerse a decretar la medida. La omisión en proferir interlocutorio en tal sentido, ni siquiera podría constituir falta disciplinaria y menos quebranto del debido proceso, pues como atinadamente lo destaca la Delegada, fue el Decreto 2700 que solamente entró en vigencia el 1° de julio de 1992, el que impuso al funcionario instructor la obligación inexcusable de resolver la situación jurídica del indagado, antes de disponer el cierre de la investigación (artículo 438).

Por otra parte, el artículo 469 del Decreto 050 de 1987, tenía prevista como forma de calificación del mérito del sumario, la cesación de procedimiento (hoy preclusión de la instrucción), con efectos de cosa juzgada, lo que en manera alguna puede tomarse tal decisión como una ruptura de la unidad procesal en caso de proferirse resolución de acusación contra otros imputados o por otros delitos, sino la terminación del proceso y con ello la extinción de la acción penal para los favorecidos con la cesación.

Finalmente, el artículo 5° del Decreto 1861 de 1989 que modificó el artículo 85 del Código de Procedimiento Penal (Decreto 050 de 1987), preceptuaba que "Además de lo previsto en otras disposiciones, **no se conservará la unidad procesal** en los siguientes casos":

"2. Cuando la resolución de acusación o **la cesación de procedimiento** no comprenda todos los hechos o todos los copartícipes". (Destaca la Corte).

Siendo ello así, no admite duda que si Barrero Osorio fue favorecido con cesación de procedimiento y dicha determinación no fue impugnada, el asunto en la etapa del juicio sólo cobijaba a Rodríguez Bocanegra a quien se le dictó resolución de acusación por los delitos de homicidio y lesiones personales culposos, en concurso, sin que ahora pueda válidamente afirmarse que la decisión adoptada por el instructor respecto del primero, haya o pueda afectar el derecho de defensa del recurrente, o vulnerar el debido proceso.

La censura no está llamada a prosperar.

CASACIÓN OFICIOSA

De acuerdo con el criterio mayoritario de la Sala sobre la prohibición de unidad procesal entre delitos y contravenciones y de la lectura integral de estas diligencias, encuentra que en su trámite se ha incurrido en causal de nulidad por incompetencia, respecto de las lesiones personales ocasionadas por el procesado a Lilia Ma. Mahecha de Téllez, Isaías Téllez Mahecha, María del C. Vásquez Bolaños, Ricardo Barrero Raude, Ma. Teresa Muñoz de Angarita y Jhon Jairo Vanegas Muñoz, a quienes se les fijó una incapacidad definitiva inferior a treinta (30) días sin secuelas, según el último reconocimiento médico legal a ellos practicado, respectivamente (fls. 250, 259, 271, 274, 304 y 405).

Lo anterior, teniendo en cuenta que el artículo 1°, numeral 10° de la Ley 23 del 21 de marzo de 1991, establece que las lesiones personales preterintencionales y culposas que impliquen una incapacidad para trabajar o enfermedad que no pase de treinta (30) días, son hoy de competencia de los jueces penales municipales, según la ley 228/95 tal como quedó después de la sentencia C-364/96 de inexequibilidad (agosto 14), por tratarse de contravenciones sancionadas con pena de arresto.

Como quiera que aquella normatividad ya había entrado en vigencia para la época en que se resolvió la situación jurídica del indagado Rodríguez Bocanegra, la Corte habrá de decretar la nulidad parcial a partir del auto por medio del cual se declaró cerrada la investigación y disponer que se compulsen copias de lo pertinente a fin de que dichas autoridades continúen con el trámite de rigor y profieran la determinación a que haya lugar.

Como lo anterior implica necesariamente modificación de la pena impuesta al sentenciado Héctor Rodríguez Bocanegra, la Sala atendiendo a los parámetros que para tal efecto determina el Código Penal en sus artículos 61 y 67 y en atención a que fueron varios los homicidios (siete (7) en

total) y las lesiones personales con desfiguración facial, perturbación funcional y deformidad física permanentes, determina que ha de fijársele la definitiva de setenta (70) meses de prisión, multa de nueve mil ochocientos cincuenta pesos ($ 9.850.oo) y suspensión por el término de cinco (5) años del ejercicio de la profesión de conductor de automotores como pena principal; en cuanto a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, se fija por un período igual al de la pena privativa de la libertad.

Con relación a los perjuicios materiales y morales, deducidos en concreto en el fallo en favor de las personas lesionadas respecto de las cuales se anula la actuación, se revocará la condena como consecuencia de tal decisión.

En todo lo demás el fallo permanece sin modificación alguna.

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

RESUELVE

1° Desestimar el cargo formulado en la demanda de casación.

2° **CASAR PARCIAL y oficiosamente** el fallo impugnado para

a) ANULAR lo actuado a partir del auto por medio del cual se declaró cerrada la investigación únicamente respecto de las lesiones personales en Isaías Téllez Mahecha, Lilia Ma. Mahecha de Téllez, Ma. Teresa Muñoz de Angarita, María del C. Vásquez Bolaños, Ricardo Barrero Raude y Jhon Jairo Vanegas Muñoz; y por tanto, ordenar que en relación con estas personas se compulsen copias de lo pertinente para que las autoridades respectivas adopten las decisiones que legalmente les corresponda.

b) En consecuencia, MODIFICAR la pena impuesta al procesado Héctor Rodríguez Bocanegra, en el sentido de imponerle la pena principal de setenta (70) meses de prisión; multa de nueve mil ochocientos cincuenta pesos ($9.850.oo) y suspensión por el término de cinco (5) años en el ejercicio de la profesión de conductor de automotores y, como accesoria la interdicción de derechos y funciones públicas por un período igual al de la pena privativa de la libertad, como autor material del concurso de delitos de Homicidios culposos en Jorge González, José Oliverio Angarita Muñoz, Carlos Alirio Orduz, Nelson Javier Borrero Zárate, Flor María Pineda Irreño, José Helí Cardona Raigosa y Didier Ferney Barrero Zárate y lesiones personales culposas en Yamile Angarita Guillén, Milton Acero Vanegas, Ana Margarita Enciso, Jesús Antonio Guerrero, Aleyda Muñoz Bernal, Luis Arturo Acero Zárate, Cristina Saavedra, Manuel Jaramillo, Luis Felipe Beltrán Tinoco, Fabio Trujillo y Fabio Eliécer Barrero Osorio.

3° **REVOCAR** la condena al pago de perjuicios materiales y morales causados con las lesiones personales en Isaias Téllez Mahecha, Lilia María Mahecha de Téllez, María Teresa Muñoz de Angarita, María del Carmen Vásquez Bolaños, Ricardo Barrero y Jhon Jairo Vanegas Muñoz.

4° En todo lo demás, el fallo recurrido queda sin modificación alguna. En firme vuelva el proceso al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Dídimo Páez Velandia, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Jorge A. Gómez Gallego, Carlos Augusto Gálvez Argote, Carlos E. Mejía Escobar, (con salvamento parcial de voto), Nilson Pinilla Pinilla (con salvamento parcial de voto), *Juan Manuel Torres Fresneda.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CONTRAVENCION/ UNIDAD PROCESAL/ CONEXIDAD/ PRIVACION DE LA LIBERTAD

(Salvaménto Parcial de Voto)

En igual sentido Salvamentos parciales de voto de junio 14 de 1995, Cas. 8423, M.P. Dr. Ricardo Calvete Rangel y octubre 23 de 1995, Cas. 9132, M.P. Dr. Carlos A. Gálvez Argote.

Salvamento Parcial de Voto: *Carlos Eduardo Mejía Escobar*

Magistrado ponente: Dr. *Dídimo Páez Velandia*

Proceso: 9565

Publicada: sí

Tal como lo he venido sosteniendo de tiempo atrás no considero que proceda la declaratoria de nulidad por incompetencia, respecto de las lesiones personales, porque el Código de Procedimiento Penal en su artículo 89 y luego la Ley 81 de 1993 en su artículo 13 establecen la unidad procesal, para Hechos Punibles, y dicho mandato cobija a las contravenciones, con mayor razón si tienen aparejada la privación de la libertad.

La Ley 23 de 1991 no establece texto concreto sobre la prohibición de conservar unidad procesal entre delitos y contravenciones y el Decreto 800 de 1991, por ser un decreto reglamentario, no podía modificar el Código de Procedimiento Penal, es decir, la ley.

Las consecuencias perniciosas de estas decisiones anulatorias, tan radicales y tan rígidas, se ven claramente en este proceso, si se miran de cara a la prescripción y a los derechos de las víctimas.

Por supuesto que a partir de la Ley 228 de 1995 es posible sostener que delitos y contravenciones no son susceptibles de unidad procesal, pero por una potísima razón, cual es el carácter Legal de dicho cuerpo de normas, capaz, eso sí, de producir derogaciones del Código de Procedimiento Penal. Pero no es esa ley el fundamento de la declaratoria de nuli-

dad, sino la norma ya precisada (Ley 23 de 1991) en armonía con el Decreto 800 de 1991, es evidente que frente a ello mantenga mi postura, expresada entre otros en salvamentos de voto de (junio 14 de 1995 Cas. 8423, M.P. Dr. Ricardo Calvete Rangel y oct. 23 de 1995 Cas. 9132, M. P. Dr. Carlos A. Gúlvez Argote).

Con todo respeto,

Carlos E. Mejía Escobar

CONTRAVENCION/ UNIDAD PROCESAL/ CONEXIDAD/ PRIVACION DE LA LIBERTAD

(Salvamento Parcial de Voto)

En igual sentido Aclaraciones de junio 14 de 1995, Cas. 8423 M.P. Dr. Ricardo Calvete Rangel y enero 24 de 1996 Cas. 9400, M. P. Fernando Arboleda Ripoll.

Salvamento parcial de Voto: Dr. *Nilson Pinilla Pinilla*

Magistrado ponente: Dr. *Didimo Páez Velandia*

Agosto treinta (30) de 1996

Proceso: 9565

Publicada: sí

He expresado en anteriores salvedades, compartidas con el Magistrado doctor Carlos Eduardo Mejía Escobar o expuestas individualmente, a cuyos argumentos me remito por mantener plena vigencia y en gracia de brevedad (e.g. Cas. 8423 jun. 14/95, M.P. Dr. Ricardo Calvete Rangel y Cas.9400 enero 24/96, M.P. Dr. Fernando Arboleda Ripoll), que es viable, jurídico y acorde con la prevalencia del derecho sustancial, que Frente a la época del diligenciamiento analizado, las contravenciones especiales, que también son hechos punibles (art. 18 C.P.) y admiten concurso (arts. 26 y 27 C.P.), pueden ser investigadas y juzgadas en conjunto con otros hechos punibles, así se trate de delitos, en cuanto haya conexidad (arts. 87 y Ss. C. de P.P.), como aquí lo hicieron los juzgadores de instancia.

Como con dicha interpretación también se preservan la reserva judicial de la libertad y la anhelada eficiencia de la administración de justicia, debo con el respeto de siempre apartarme de la decisión de la mayoría que, casando parcialmente el fallo, dispuso anular lo actuado a partir del auto que declaró cerrada la investigación, para que por separado "las autoridades respectivas adopten las decisiones que legalmente les corresponda", respecto de las lesiones sufridas por seis víctimas de un grave

accidente de tránsito acaecido el 3 de marzo de 1991, frente a quienes de esta manera se concluye en una decisión negatoria.

Con todo comedimiento,

Nilson Pinilla Pinilla, Magistrado

(fecha *ut supra*)

COMPETENCIA/CORTE SUPREMA DE JUSTICIA/ NO RECURRENTE

No puede la Sala, sin desbordar los marcos propios de su limitada competencia funcional, arrogarse la facultad de estudiar la actuación procesal de quienes no interpusieron el recurso, o habiéndolo interpuesto les fue declarado improcedente o desierto por cualquier motivo, pues su condición de no recurrentes los hace, en principio, impermeables a cualquier modificación de su situación jurídica en sede extraordinaria.

Una tal variación sólo es posible cuando adviene como consecuencia necesaria de la decisión que se tome en la sentencia en relación con el procesado recurrente, bien sea de oficio o por virtud de la demanda, en cuyo caso, por disposición legal, la competencia de la Corte se amplía para hacer extensivos los efectos del fallo a los no impugnantes (art. 243 del C. de P. P.).

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

Aprobado acta No.130

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

Proceso: 10413

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de 25 de agosto de 1994, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca condenó a los procesados Héctor Medardo Moreno Castillo, Alfonso Possos, Luis Enrique Moreno Castillo y Nelson Evencio Moreno Castillo, los dos primeros a la pena principal de 10 años de prisión por el homicidio de Alvaro Vásquez Avendaño, y los dos últimos a 5 años, por el homicidio, en el grado de tentativa, de Fabio Quitián Avendaño.

Hechos y actuación procesal

El 5 de marzo de 1989, aproximadamente a las 11 de la noche, en la casa de habitación del señor Héctor Medardo Moreno Castillo, ubicada en

la Vereda Santa Rosa del Municipio de Supatá (Cund), resultó muerto Alvaro Vásquez Avendaño y herido Fabio Quitián Avendaño, quienes departían con los hermanos Héctor Medardo, Luis Enrique, Nelson Evencio y Ediliberto Moreno Castillo, José Virgilio Crispín Velásquez, Alfonso Possos y su compañera Hortensia López. En el lugar también se encontraba la señora Alcira Méndez Alvarado, esposa del dueño de la casa.

El occiso, recibió heridas de naturaleza distinta producidas con arma blanca y dos impactos con arma de fuego tipo escopeta (fls.57 y 386-1). Fabio Quitián Avendaño, a su vez, recibió ocho (8) heridas, al parecer con arma cortocontundente, tipo machete (fls.55 y 56), que ameritaron una incapacidad provisional de 25 días.

La denuncia fue presentada por Fabio Quitián Avendaño, quien señaló a Alfonso Possos y Héctor Medardo Moreno Castillo como los causantes de la muerte de Alvaro Vásquez Avendaño, y a los hermanos Luis Enrique y Nelson Evencio Moreno Castillo como autores de las heridas que él recibiera. Comentó que encontrándose en el lugar, tomando aguardiente con varias de las personas mencionadas, Héctor Medardo y Alfonso Possos salieron repentinamente de una de las piezas, cada uno con una escopeta, y se ubicaron a los lados de una ventana que da a la carretera, hacia donde miraban con insistencia. Luego cruzaron por frente de donde se encontraban el denunciante y sus contertulios, en compañía de Nelson Evencio, quien llevaba una peinilla en la mano. Ante el comentario de Alvaro Velásquez en el sentido de que "uno entre más armado esté más ligero lo matan", Alfonso Possos levantó su escopeta y le disparó a la cara. Sostiene que al ver a Alvaro herido, sacó su peinilla y se enfrentó al agresor para evitar que siguiera disparando, pero como intervinieron los hermanos Luis Enrique y Nelson Evencio, cada uno con peinilla, logrando herirlo, resolvió salir corriendo. Dice que mientras peleaba con Possos, sonó el segundo disparo, el cual, en su opinión, lo hizo Héctor Medardo, porque era la otra persona que tenía escopeta en esos momentos (fls.2 y 32).

A la investigación fueron vinculados, a través de indagatoria, los hermanos Héctor Medardo, Luis Enrique y Nelson Evencio Morerio Castillo, y mediante declaración de persona ausente, Alfonso Possos (fls.12, 85, 88, 157, 158- 1). Contra el primero, el juzgado instructor profirió medida de aseguramiento de detención preventiva, por los delitos de homicidio y lesiones personales (fls.43). Y respecto de Luis Enrique y Nelson Evencio, de conminación, por el segundo de los citados ilícitos (fl.97).

Los hermanos Moreno Castillo, se declararon ajenos a los hechos que se les imputan. Luis Enrique, dice que se encontraba durmiendo y que por tanto no se dio cuenta de lo ocurrido (fls.85). Héctor Medardo, sostiene que entre Alfonso y Alvaro se presentó una discusión que terminó con la muerte de este último. Cuando sonó el primer disparo, se hallaba fuera

de la casa. Al entrar, vio a Alfonso con la cara cubierta en sangre, con una herida en la cabeza, y a Alvaro tirado al borde de la carretera. Alfonso cogió la escopeta, salió y le hizo un disparo a Alvaro a corta distancia (fls.12).

Nelson Evencio, único recurrente en casación, asegura que Alvaro y Alfonso entraron en discusión y que a causa de ello el primero se paró y cortó al segundo en la cabeza con una macheta. De inmediato, el agredido sacó la escopeta y le pegó un tiro en el rostro a Alvaro, quien salió hacia la carretera con las manos en la cara pidiendo ayuda. Fabio Quitián, se le lanzó a Alfonso con un machete, hasta cortarlo. Esto, enfureció a Alfonso, quien después de vociferar contra Fabio, sacó de nuevo la escopeta, la cargó, salió de la casa, y cuando vio a Alvaro acostado al borde de la carretera, le pegó el otro tiro y se fue. Dice que no es cierto que estuviera armado, y menos que hubiera utilizado una peinilla contra Fabio Quitián (fls.88).

Dentro del proceso declararon, además, Alcira Méndez Alvarado (fls.38) y José Virgilio Crispín Velásquez (fls.51). Edilberto Moreno Castillo, se abstuvo de hacerlo, amparado en el artículo 283 del Código de Procedimiento Penal -286 del estatuto entonces vigente- (fls.108).

Cerrada la investigación, se la calificó mediante proveído de 29 de junio de 1990, con resolución acusatoria para todos los procesados. En contra de Alfonso Possos y Héctor Medardo Moreno Castillo, por el homicidio de Alvaro Vásquez Avendaño; y, respecto de Luis Enrique y Nelson Evencio Moreno Castillo, por tentativa de homicidio en Fabio Quitián Avendaño (fls.258- cd.1). Apelada esta decisión, el Tribunal Superior de Cundinamarca la confirmó íntegralmente por auto de 20 de junio de 1991 (fls.29-2).

Celebrada la audiencia pública, el Juzgado Penal del Circuito de Pacho (Cund), en armonía con el pliego de cargos, condenó a Alfonso Possos y Héctor Medardo Moreno Castillo a la pena principal de 10 años de prisión, como autores responsables del delito de homicidio, y a Luis Enrique y Nelson Evencio Moreno Castillo, a 5 años de prisión, por el de homicidio tentado. Como pena accesoria, les impuso la interdicción de derechos y funciones públicas por un término igual a la principal (fls.506-1).

El Tribunal Superior de Cundinamarca, mediante el fallo que es objeto del recurso de casación, confirmó en todas su partes el de primera instancia (fls.16 y ss-3).

El recurso extraordinario fue interpuesto por el defensor de los hermanos Moreno Castillo, quien optó por la sustentación conjunta del recurso, pero la Corte lo declaró desierto en relación con Héctor Medardo y Luis Enrique, por haber sido la demanda presentada cuando ya el término de traslado para ellos había transcurrido (fls. 7 cd. Corte).

Por esta razón, solamente se la admitió respecto de Nelson Evencio.

LA DEMANDA

Con apoyo en la causal primera de casación, cuerpo segundo, la defensa acusa la sentencia impugnada de ser violatoria de la ley sustancial, por aplicación indebida de los artículos 323 y 22 del Código Penal, como consecuencia de errores en la apreciación de la prueba, concretamente del testimonio de Fabio Quitián Avendaño, a quien el fallo otorgó completa credibilidad, apartándose del artículo 294 del Código de Procedimiento Penal.

Para el censor, se trata de un ostensible error de derecho, que de no haberse cometido, habría determinado una decisión absolutoria. Si el citado testimonio hubiese sido apreciado críticamente, la condena perdería su base, porque no existe otra prueba que lo supla o complemente.

Sostiene que la sentencia valoró este testimonio, otorgándole un mérito superior al que el legislador le asigna, es decir, rebasó sus alcances por haber desestimado condiciones que le restan fuerza incriminatoria. Transcribe doctrina de la Corte sobre la forma como deben plantearse en sede extraordinaria esta clase de errores, y hace una exposición sobre lo que significa apreciar "razonablemente" la prueba testimonial.

Retoma luego su discurso para sostener que las calidades del testigo Quitián Avendaño, contrariamente a las reconocidas en el fallo impugnado, se acreditan así: a) Teniendo en cuenta que en la denuncia y su posterior ampliación se contradice; b) Advirtiendo que es familiar del hoy occiso, y por consiguiente, que también es testigo sospechoso, como se afirmó que lo eran José Virgilio Crispín Velásquez y Nelson Evencio Moreno Castillo, y c) Poniendo de presente que la crítica al testimonio sólo se aplicó a las declaraciones de Virgilio Crispín, Alcira Méndez y demás, pero no ocurrió igual cosa con el único testimonio incriminador.

Insiste en que el fallo dio plena credibilidad a la declaración de Quitián Avendaño, desconociendo el contenido del artículo 294 del estatuto procesal, lo cual condujo a la violación de los artículos 247 *ibidem* y 323 y 22 del Código Penal.

Pide que se case totalmente la sentencia impugnada para que en su lugar se profiera decisión absolutoria.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal advierte, ab initio, el fracaso de la censura propuesta por el defensor del procesado, pues considera que si el fin último del casacionista era demostrar la existencia de la duda, ha debido precisar la forma de su violación, en los términos de antiguo señalados por la jurisprudencia.

Sostiene que un tal desarrollo no es intentado por el recurrente, quien infructuosamente pretende demostrar la duda por medio de un error de derecho por falso juicio de convicción, desconociendo que en materia penal la tarifa legal desapareció con la entrada en vigencia del Código de 1987, que sólo impone a los Jueces, para la valoración probatoria, someterse a las reglas de la sana crítica.

Dice que la fundamentación del cargo se erige en una constante inconformidad del casacionista respecto de la credibilidad que mereció al testimonio de Fabio Quitián Avendaño, lo cual se refleja en el uso de expresiones como "el fallo le otorgó completa credibilidad", la sentencia lo valoró "otorgándole un mérito superior al que le asigna el legislador".

Es del criterio que el cargo, en las condiciones planteadas, no puede prosperar.

Se refiere en seguida a la posición de la Corte sobre el derecho a la defensa técnica durante la etapa de instrucción del proceso, para concluir que la postura adoptada antes de la vigencia de la constitución de 1991, en el sentido de que su garantía sólo era exigible en la etapa juicio, se apoya en un sustento constitucional severamente restringido; "pues si bien el art.26 de la Constitución de 1986, de manera genérica aludía a un juicio 'conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa', no estaba en ninguna parte autorizando la posibilidad de fraccionar las garantías que de suyo implica el reconocimiento de un debido proceso, lo que se entendía desarrollado a lo largo de las diversas normas procesales que imponían como criterio general, la obligación de que el procesado estuviera asistido por un abogado desde la misma diligencia de indagatoria" (fls.24 cd. Corte). Y agrega:

"Ahora bien, en el marco de la Constitución vigente, indiscutible resulta que si el fin último de cualquier fundamentación filosófica de los derechos humanos es proteger la dignidad de la persona, para nadie resulta extraño que el nuevo modelo de Estado se cimenta por sobre todo en el respeto de los derechos humanos, entendidos éstos desde una concepción *iusnaturalista* que permite afirmar la existencia intemporal, universal y autónoma de este tipo de derechos que por lo mismo, no requerirían de consagración legal para que sea posible su exigencia frente al Estado, como bien puede desprenderse de lo previsto en el artículo 94 de la actual Carta Política, en cuanto prescribe que 'la enunciación de los derechos y garantías contenidas en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos'.

"Implica esto entonces, el aceptar que cuando el núcleo esencial de un derecho de esta categoría se ve recortado, de manera tal que el derecho no puede ejercerse a plenitud, conduce desde luego a su violación, y si entendemos por núcleo esencial del derecho a la defensa la posibilidad del

sindicado de estar asistido por un abogado escogido por él, o en caso de que no pueda costearlo o no se halle presente en el proceso para ello, el Estado se lo proporcione, así como la necesidad de que tal asistencia se dé a lo largo de todo el proceso incluyendo las etapas anteriores a la iniciación formal de la investigación, continuar sosteniendo hoy en día, aún con el carácter de intemporabilidad de la Constitución, que la ausencia dé defensa técnica durante la instrucción no genera nulidad, sería desconocer injustificadamente el contenido real de este derecho, que con un tal fundamento reconoce la actual Carta Política" (fls.25 y 26 *ibidem*).

Todo, para afirmar que los hermanos Luis Enrique y Nelson Evencio Moreno Castillo, acusados por tentativa de homicidio, carecieron de defensa técnica durante la etapa de instrucción del proceso, y que esta situación vicia de nulidad la actuación en relación con ellos, imponiéndose su declaración oficiosa, en los términos de los artículos 304.3 y artículo 228 *ibidem*.

Destaca que ambos se presentaron voluntariamente ante el Juzgado 106 de Instrucción Criminal de Pacho, donde manifestaron que nombraban como defensor al doctor Alberto Fernández Jiménez, abogado de Héctor Medardo, pero como no se encontraba presente, pidieron la designación de uno de oficio para esa diligencia, que recayó en una persona honorable.

Dice que con posterioridad, no se advierte que el doctor Fernández Jiménez haya presentado poder que lo acredite como defensor de confianza de los hermanos Moreno Castillo, ni que el instructor hubiese hecho el menor esfuerzo para designarles uno de oficio. Solamente mediante auto de 23 de junio de 1989, es que el funcionario decide designar de oficio al citado profesional para que asuma la defensa de Luis Enrique y Nelson Evencio, al tiempo que decretaba el cierre de la investigación.

No obstante esta designación, y su solicitud de revocatoria del auto de clausura del sumario, que le fue negada, al presentar el citado defensor los alegatos precalificatorios, apenas se refirió a los hermanos Luis Enrique y Nelson Evencio en la crítica al testimonio de Quitián Avendaño, sin que pueda colegirse que hizo mayores esfuerzos por argumentar en su favor.

En tales condiciones, resulta claro que estos dos procesados carecieron por completo de defensa técnica durante la etapa instructiva, sin que sea dable entender, por ende, que la Delegada esté proponiendo una nulidad por el mero hecho de haber sido asistidos por una persona honorable durante la indagatoria. Además, si bien es cierto el defensor de oficio interpuso recurso de apelación contra la resolución acusatoria, su actividad en la etapa del juicio se limitó a solicitar la libertad de Luis Enrique por vencimiento de términos; a intervenir en la audiencia, en la cual hizo especial énfasis en la defensa de Héctor Medardo, pretendiendo satisfacer

su misión defensivo-oficiosa con críticas referenciales a la credibilidad del testimonio de Quitián Avendaño; a interponer el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia y, a presentar la demanda de casación, en la cual los argumentos demostrativos de la censura se orientan de igual manera al cuestionamiento de la responsabilidad atribuida a Héctor Medardo.

Consecuente con sus planteamientos, pide rechazar la censura propuesta por el demandante y casar oficiosa y parcialmente el fallo impugnado, decretando la nulidad de la actuación procesal respecto de los hermanos Luis Enrique y Nelson Evencio, a partir del cierre de la investigación.

SE CONSIDERA

Siguiendo el orden de estudio que impone el principio de prioridad, la Sala analizará inicialmente la nulidad planteada por la Delegada, puesto que de existir, tornaría innecesario el estudio del cargo formulado en la demanda.

A manera de introducción y con el propósito de ir delimitando el campo de estudio, debe recordarse que la Corte, al decidir sobre la demanda de casación presentada a nombre de los hermanos Moreno Castillo, únicamente la admitió respecto de Nelson Evencio, siendo, por tanto, en relación con él, que ha adquirido competencia para pronunciarse sobre la legalidad de la sentencia, según las causales propuestas, o excepcionalmente de manera oficiosa, de llegar a presentarse una cualquiera de las situaciones previstas en el artículo 228 del Código de Procedimiento Penal.

No puede la Sala, sin desbordar los marcos propios de su limitada competencia funcional, arrogarse la facultad de estudiar la actuación procesal de quienes no interpusieron el recurso, o habiéndolo interpuesto les fue declarado improcedente o desierto por cualquier motivo, pues su condición de no recurrentes los hace, en principio, impermeables a cualquier modificación de su situación jurídica en sede extraordinaria.

Una tal variación sólo es posible cuando adviene como consecuencia necesaria de la decisión que se tome en la sentencia en relación con el procesado recurrente, bien sea de oficio o por virtud de la demanda, en cuyo caso, por disposición legal, la competencia de la Corte se amplía para hacer extensivos los efectos del fallo a los no impugnantes (art. 243 del C. de P. P.).

En tales condiciones, resulta improcedente, por carecer de competencia para hacerlo, que la Corte se ocupe oficiosamente del estudio de la situación jurídica del procesado no recurrente Luis Enrique Moreno Castillo, en orden a determinar la existencia de una posible causal de nulidad

por afectación del derecho de defensa, como lo sugiere en su concepto el Representante del Ministerio Público. Por tanto, el estudio estará circunscrito, a la situación del procesado Nelson Evencio Moreno Castillo, en su condición de impugnante único.

Pues bien. Al concretar las razones en que apoya su solicitud, la Delegada sostiene que su propuesta no se finca en el hecho de haber sido el procesado asistido en su indagatoria por un ciudadano honorable, como ocurrió con Nelson Evencio, sino en la circunstancia de no habérsele designado una persona con conocimientos jurídicos idóneos durante el resto del trámite instructivo, con lo cual se le dejó sin defensa técnica durante el sumario.

No desconoce la Corte que el derecho a la defensa requiera de protección en todo tiempo, dada su condición de garantía autónoma, universal e intemporal, como lo sostiene el Ministerio Público. Por el contrario, así lo ha reconocido, tanto en vigencia de la actual constitución como de la anterior. En sentencia de 9 de marzo de 1990, por ejemplo, se dijo, en relación con este específico punto: "El ejercicio del derecho de defensa, como garantía constitucional de la persona, es condición de validez del proceso. De ahí deriva su carácter continuo y unitario. Conforme con él, no puede haber un solo momento de la actuación procesal en que pueda ser restringido o negado. Si así ocurre, hácese ineficaz la relación jurídico-procesal imponiéndose la declaratoria de nulidad desde el momento en que aparezca afectada la garantía" (Auto de marzo 9/90, Mag. Pte. Dr. Lisandro Martínez Zúñiga).

Lo que pasa es que este carácter absoluto que se otorga al derecho de defensa, no autoriza, como la misma providencia lo aclara, a tener cualquier irregularidad como constitutiva de su violación. Es necesario examinar, desde una perspectiva material, los efectos del vicio frente a esta garantía, en procura de determinar su real afectación. De allí que no basten las consideraciones abstractas sobre el desconocimiento de este derecho fundamental, para pedir la nulidad de la actuación.

En el presente caso, la instrucción del proceso se rituó bajo la vigencia del Código de 1987. Esto explica la razón por la cual, a los hermanos Luis Enrique y Nelson Evencio Moreno Castillo, en sus indagatorias, recibidas el 30 de marzo de 1989, el Juzgado 106 de Instrucción Criminal de Pacho (Cund.) les designó una persona honorable para que los asistiera en esta diligencia, pues el artículo 139 del citado estatuto (Decreto 050), entonces vigente, permitía hacerlo. Luego, por este aspecto, no es posible afirmar que se haya violado el debido proceso, o el derecho de defensa, como la Delegada misma lo reconoce.

Cierto es que a partir de este momento, y hasta cuando se dispuso el cierre de la investigación, Nelson Evencio estuvo huérfano de asistencia técnica, pero con ello no se afectó su derecho de defensa, puesto que la

actividad procesal desarrollada durante ese período fue mínima, aparte que no incluyó actuaciones que por mandato legal requiriesen la presencia de un abogado, que permitan verificar concreta y materialmente alguna privación de oportunidades en pro de su causa.

La secuencia procesal muestra, además, que cuando los hermanos Nelson Evencio y Luis Enrique resolvieron presentarse al juzgado instructor, con el fin de rendir indagatoria, ya buena parte de las pruebas habían sido recaudadas, y que la no designación inmediata de un abogado de oficio obedeció, básicamente, a que los procesados nombraron uno de confianza, que en últimas no concurrió a asumir el mandato, surgiendo así la necesidad de hacer la designación oficiosa, que coincidió con el cierre de la investigación (fls.80, 85 y 88).

Es preciso señalar que a los hermanos Nelson Evencio y Luis Enrique, el instructor dispuso oírlos en indagatoria desde la iniciación del sumario, para cuyo efecto ordenó su captura, con resultados negativos, y que su vinculación sólo fue posible cuando el término de instrucción estaba próximo a vencerse.

Hasta aquí, no se ve de qué manera pudo haberse afectado el derecho de defensa del procesado recurrente por la no designación de un abogado de oficio antes del cierre de la investigación, ni la Delegada asume el deber de demostrarlo, como lo ordenan los artículos 307 y 308.2 del estatuto procesal penal. Su discurso, se distrae en consideraciones filosóficas y jurídicas, que no traslada al caso concreto, dejando por contera su planteamiento sin sustento real.

Por parte alguna, el Ministerio Público alude a la incidencia que la irregularidad denunciada pudo haber tenido en la defensa de Nelson Evencio, o lo que es igual, de qué manera llegó a traducirse en afectación cierta de esta garantía fundamental, no por el eventual resultado, pues la obligación que adquiere el defensor de oficio al asumir su encargo es de medio, sino por los actos de defensa, positivos u omisivos, que pudieron haberse realizado y no lo fueron por ausencia de asistencia técnica.

A juzgar por la solución que la Delegada propone, consistente en que se anule la actuación a partir de la clausura del sumario, pareciera que su inconformidad surge más de la actividad desarrollada desde ese momento, que de lo acontecido en precedencia, con lo cual, el pretendido vicio derivado de la ausencia de asesoría profesional en el sumario, quedaría sin solución real, en postura francamente contradictoria.

Tal inconsistencia en su planteamiento, es el resultado de la inexistencia de causas reales que permitan afirmar el vicio propuesto.

Ahora bien, si se analiza la actividad desarrollada por el defensor de oficio de Nelson Evencio Moreno Castillo desde cuando se decretó el cierre de la investigación, cualquier afirmación podrá hacerse, menos que el

procesado estuvo desprotegido en su asistencia técnica. Dicho profesional, que era también el de confianza de su hermano Héctor Medardo, apeló en representación del primero la resolución de acusación y sustentó el recurso, intervino en la audiencia pública, presentó escritos adicionales de alegación, recurrió la sentencia de primera instancia, e interpuso y sustentó en nombre de todos el recurso de casación.

Tal gestión, además, no se ejecutó de cualquier forma, como lo insinúa el Procurador en su concepto, ni se hizo depender del encargo que cumplía a nombre de Héctor Medardo. En cada una de estas intervenciones, no sólo cuestionó el testimonio de Quitián Avendaño, quien por igual comprometía a los tres hermanos, sino que presentó análisis serios y fundamentados sobre la figura de la tentativa, en orden a descartar la acusación que por homicidio en este grado se hacía a sus representados de oficio (fls.280 a 286, 537 a 539, 543 a 556 del cuaderno No.1 y 13 a 15 del cuaderno No.3).

La única omisión que podría imputarse a dicho profesional, desde cuando asumió la defensa oficiosa, es que no presentó alegatos previos a la calificación del sumario a nombre de Nelson Evencio, pero no se olvide que el silencio es también una forma de defensa, y que, de todas maneras, el memorial que allegó en representación de su hermano Héctor Medardo, indirectamente lo comprendía.

Frente a la normatividad procesal bajo la cual se rituó el sumario, como de cara a la actuación cumplida y la actividad desarrollada por el defensor de oficio en los distintos estadios del proceso, no es posible afirmar, entonces, que el derecho de defensa del procesado Nelson Evencio Moreno Castillo haya estado desprotegido, o no haya sido garantizado, como lo plantea la Delegada. Por tanto, se desestimará su solicitud.

CAUSAL PRIMERA

Cargo único:

Violación indirecta de la ley sustancial, por aplicación indebida de los artículos 323 y 22 del Código Penal, derivada de un error de derecho, por falso juicio de convicción, en la apreciación del testimonio de Fabio Quitián Avendaño.

La primera afirmación que debe hacerse es que el error de derecho por falso juicio de convicción sólo tiene cabida en el sistema de apreciación probatoria denominado de tarifa legal, es decir, cuando la ley de antemano le fija a cada medio su valor probatorio. Y como en materia penal, la prueba testimonial no es tarifada, sino que su apreciación se rige por las reglas de la sana crítica, se concluye que el error propuesto por el casacionista está indebidamente planteado.

Reiteradamente la Corte ha sostenido que los errores que puedan llegar a presentarse en la valoración del mérito de una determinada prueba, de cara a las reglas de la sana crítica, son de hecho, no de derecho, ya que "las inferencias surgidas de lo que no puede ser, por oponerse a la experiencia, a la lógica o a la ciencia de manera ostensible y grosera, son formas veladas de tergiversación o de suposición de los hechos y no infracciones a norma positiva probatoria alguna, puesto que ninguna ley, sino la realidad de la vida social, señala cuáles deben ser en cada tiempo y en cada tema, aquéllas" (Cfr. Sent. de febrero 13 de 1995, Mag. Pte. Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar, entre otras).

También ha dicho que para que el planteamiento del cargo sea correcto, el recurrente debe demostrar que la valoración del mérito de la prueba realizada por el Juez no coincide con los dictados de la sana crítica, e igualmente la incidencia de este yerro en las conclusiones del fallo.

No se desconoce que el censor termina proponiendo un error de credibilidad, pues con insistencia alude a la crítica del testimonio y transcribe doctrina en relación con este punto, pero lo que hace en el fondo es anteponer su personal criterio de valoración probatoria al de los juzgadores de instancia, ignorando las razones que tuvieron en cuenta para acoger el dicho del denunciante y desechar las versiones de los demás deponentes, concretamente de los hermanos Moreno Castillo, José Virgilio Crispín Velázquez y Alcira Méndez Alvarado, quienes no lograron ponerse de acuerdo en muchos aspectos del acontecer fáctico.

Aparte de esto, nada dice sobre el testimonio de Fabio Quitián Avendaño, en punto a las imputaciones que le hace al procesado Nelson Evencio Moreno Castillo, relativas a la tentativa de homicidio, únicas que podrían llegar a ser de interés para la impugnación, si se tiene en cuenta que Nelson Evencio es el recurrente.

Razón, por tanto, le asiste a la Delegada, cuando sugiere la desestimación de este cargo, pues la Corte, en virtud del principio de limitación que gobierna el recurso, no puede entrar a suplir las deficiencias del libelo, ni a corregir sus desaciertos.

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

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia impugnada.

Devuélvase al Tribunal de origen.

Cúmplase.

Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Alfonso Gómez Méndez, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

ULTRAACTIVIDAD DE LA LEY/COLABORACION EFICAZ

Es bien sabido que el fenómeno de la ultraactividad de la ley penal, en virtud del cual la norma más favorable al procesado, debe aplicarse aún después de que haya cesado de regir, está condicionado a que dicha norma haya tenido vigencia cuando o luego de que el hecho punible se hubiese cometido.

En verdad que el Decreto 1199 expedido el 30 de junio de 1987, cuyo artículo 8° rezaba: "A quien fuere condenado, se le reducirá la pena hasta en una tercera parte, cuando con sus informaciones permita la ejecución de órdenes de captura", tuvo una precaria vigencia porque fue sustancialmente modificado por el artículo 37 del Decreto 180 de 1988 (Estatuto para la defensa de la democracia) en el sentido de restringir el beneficio de la rebaja de pena por colaboración eficaz únicamente a los delitos de competencia de la jurisdicción de orden público (delitos contra la existencia y seguridad del Estado, secuestro, extorsión, terrorismo, etc.); restricción que mantuvo el artículo 6° del Decreto 2490 de 1988, reformatorio del Estatuto para la defensa de la democracia, en el sentido de establecer una extinción de punibilidad por colaboración eficaz, reservada para delitos de competencia de los jueces de orden público.

Resta advertir que sólo el artículo 1° del Decreto 1199 de 1987 que estableció recompensas monetarias para los delatores fue convertido en legislación permanente por el Decreto 2271 de 1991; pues los restantes artículos, entre los cuales, el 8° cuya falta de aplicación reclama la demandante, fueron derogados por el nombrado Decreto 2490 de 1988, artículo 10°.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal.- Santa Fe de Bogotá D.C., septiembre cuatro (4) de mil novecientos noventa y seis (1996).

Magistrado Ponente: *Nilson Pinilla Pinilla*

Aprobado Acta No. 130

Proceso: 8789

VISTOS

Resueltos variados incidentes relacionados con la libertad de los procesados detenidos, corresponde decidir a la Sala el recurso extraordinario de casación interpuesto por Héctor Yesid Pachón Molina y Agustín Barrera Roa, contra la sentencia de 18 de diciembre de 1992, mediante la cual el Tribunal Superior de Cundinamarca confirmó, con modificaciones, la dictada por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Girardot que los condenó, junto con otros dos compañeros más, como coautores de los delitos de homicidio tentado y hurto calificado y agravado.

HECHOS

A eso de la una de la madrugada del día 6 de septiembre de 1991, varios sujetos armados penetraron a la casa de habitación de la señora Paulina González López, ubicada en la vereda de Java, Inspección de San Gabriel, municipio de Viotá (Cundinamarca) procediendo a golpear y maniatar a sus moradores para apoderarse de una caja fuerte con ochocientos mil pesos en efectivo; electrodomésticos por valor aproximado a un millón de pesos; una escopeta calibre 12 y un revólver 38 largo.

Los asaltantes hirieron de un disparo en la cara a su esposo Enrique Peña, a ella, a su hijo Gildardo y a la esposa de éste de nombre Odilia Forero.

Gracias a la información suministrada por el señor Alvaro Coronado López, respecto a la sospechosa presencia de un vehículo automotor en los alrededores de la casa de Paulina, se logró la captura de Héctor Yesid Pachón Molina quien colaboró para la aprehensión de Agustín Barrera Roa y éste a su vez dio información que condujo a la localización de Jesús Ferney Gómez Castaño y Luis Ernesto Rodríguez González, todos los cuales fueron vinculados al proceso en calidad de sindicados.

TRÁMITE PROCESAL

Correspondió al Juzgado Penal Municipal de Viotá iniciar la investigación en cuyo desarrollo definió la situación jurídica de los mencionados procesados con medida de aseguramiento de detención preventiva, sin beneficio de excarcelación, por los delitos de homicidio en grado de tentativa, lesiones personales y hurto calificado y agravado.

Continuada la investigación por el entonces Juzgado 57 de Instrucción Criminal de Girardot, se clausuró la misma, procediéndose a calificar el mérito probatorio mediante providencia de 28 de enero de 1992, con resolución de acusación en contra de los nombrados Héctor Yesid Pachón Molina, Agustín Barrera Roa, Jesús Ferney Gómez Castaño y Luis Ernesto Rodríguez González como coautores de homicidio en grado de tentativa en Enrique Peña, lesiones personales en Paulina González López, su hijo

Gildardo Gutiérrez González, su nuera Odilia Forero y el señor Juan de Jesús Cante Pinzón, y hurto calificado y agravado en bienes de su propiedad; enjuiciamiento contra el cual el defensor del procesado Pachón Molina interpuso recurso de reposición, que le fue resuelto negativamente por auto de 11 de marzo siguiente (fs. 138, 174 y Ss. del 2° Cdno.).

Adelantado el juicio y celebrada audiencia pública, el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Girardot finiquitó la instancia condenando a los cuatro acusados a la pena principal de 8 años de prisión, cada uno, a la sanción accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso y al pago en concreto y en forma solidaria de los perjuicios causados; fallo apelado por la defensa y confirmado por el Tribunal Superior de Cundinamarca, mediante el que es objeto del recurso de casación, con las siguientes modificaciones: se abstuvo de conocer de los delitos de lesiones personales por tratarse de contravenciones especiales de competencia de las autoridades de policía, ordenando compulsar copias de lo pertinente con dicha finalidad y rebajó a 7 años y 6 meses la pena de prisión para cada uno de los procesados, conllevando la correspondiente reducción en la sanción accesoria. Rebajó además, consecuencialmente, la condena al pago de perjuicios.

Demandas de Casación

A nombre de Héctor Yesid Pachón Molina

Con fundamento en las causales primera y tercera de casación, el defensor formuló en su orden, los siguientes cargos contra la sentencia impugnada:

Causal Primera

Primer Cargo: -

Violación directa de la ley sustancial por interpretación errónea del artículo 23 del Código Penal que se refiere a los autores del hecho punible, norma que en criterio del libelista resultó quebrantada por el Tribunal al condenar a Héctor Yesid Pachón Molina como **"coautor"** de los delitos de homicidio imperfecto en concurso con el de hurto calificado y agravado, cuando aparece probado hasta la saciedad que su representado no realizó "el modelo legal de los delitos por los que fue condenado".

A dicha conclusión arribó basado en las respuestas dadas en indagatoria por el propio Pachón Molina y los demás sindicados, al igual que los testimonios rendidos por las personas ofendidas, especialmente, el de Paulina González López, cuyos principales apartes transcribe en apoyo del reproche.

Segundo Cargo:

Violación directa del artículo 25 del Código Penal que trata de la comunicabilidad de circunstancias, porque el *ad quem* lo interpretó en

forma contraria a sus términos pues quedó "plenamente establecido con las pruebas que fueron analizadas en el primer cargo, que Héctor Yesid Pachón Molina, no fue coautor de ninguno de los hechos punibles por los que en forma injusta se le condenó, toda vez, que él ignoraba por completo los motivos por los cuales los señores que viajaban en el carro conducido por él, acudían al lugar en donde cometieron las conductas criminosas de que da cuenta el diligenciamiento".

Argumenta el impugnante que su cliente desconocía el plan delictuoso urdido por los pasajeros del vehículo que conducía y si además no se le encontró arma alguna en su poder "a las claras se deduce que el recurrente es completamente ajeno a los hechos criminosos perpetrados por los otros procesados", no pudiendo comunicársele ninguna circunstancia, en razón a que la desconocía.

Tercer Cargo:

Violación del artículo 254 del Código de Procedimiento Penal que regula la forma como deben ser apreciadas las pruebas (en conjunto y de acuerdo con las reglas de la sana crítica), porque el Tribunal condenó a Héctor Yesid Pachón Molina, con base a la manifestación del testigo Alvaro Coronado López en cuanto refiere que, cuando salió de su casa en dirección a la de Paulina González vio a unos cien metros de distancia una camioneta que pareciera que estuviera varada, versión tenida como inculpatoria pero que en su opinión es incapaz de resistir un severo análisis y no se compadece con otras pruebas "que en forma contundente si demostraban su completa inocencia".

Afirma que su representado -quien aparece de autos como el conductor de la camioneta marca Willys en la que se desplazaron los asaltantes hasta el lugar de los hechos , fue intimidado por ellos para que los esperara, concluyendo que como "Pachón Molina no conocía a ninguno de los antisociales, mal podía el *ad quem* afirmar que éste había esperado la llegada de sus socios con el botín".

Cuarto Cargo:-

Violación del artículo 247 del Código de Procedimiento Penal por interpretación errónea de sus términos, porque encontrándose plenamente comprobada la inocencia de Pachón Molina conforme a las pruebas relacionadas en precedencia, resulta extraño que el Tribunal hubiera proferido fallo condenatorio "pasando por alto" las exigencias de dicha norma, relativas a la certeza que debe campear en cuanto á la existencia del hecho punible y la responsabilidad penal del pro-cesado.

Causal Tercera

Cargo Unico:-

Haberse dictado la sentencia acusada en juicio viciado de nulidad por quebranto del artículo 12 de la Constitución Nacional toda vez que Pachón

Molina fue sometido a torturas, lo que afecta el debido proceso y menoscaba el derecho a la defensa.

Reprueba la forma arbitraria como agentes de la Policía Nacional adscritos a la Subestación de La Victoria, despojaron de dinero que portaba y torturaron al capturado Héctor Yesid Pachón Molina causándole lesiones con una incapacidad de 10 días, de las cuales dan fe el propio procesado, la funcionaria que lo oyó en indagatoria y el médico del hospital de Viotá que lo examinó; dice que tan graves hechos no fueron objeto de investigación, violándose el artículo 333 del Código de Procedimiento Penal que consagra el principio de la investigación integral, por lo que, a juicio del censor, se impone atender lo dispuesto por el artículo 29 de la Constitución y declarar nulo lo actuado a partir del folio 12 del cuaderno número uno, esto es, del informe sobre su captura.

A nombre del procesado Agustín Barrera Roa.

Tres cargos formula su defensora en el marco de la causal primera de casación, así:

Primero:

Violación directa de la ley sustancial por falta de aplicación de los artículos 8° del Decreto 1199 de 30 de junio de 1987, 29 de la Constitución Nacional, 6 y 10 del C. de P.P. y 43 a 47 de la Ley 153 de 1887.

Afirma en síntesis la impugnante que concurriendo los presupuestos probatorios para dar aplicación al artículo 8° del Decreto 1199, rebajando la pena en una tercera parte, por cuanto su patrocinado colaboró de manera "directa, eficaz y veraz" dando información que permitió la captura de Jesús Ferney Gómez Castaño y Luis Ernesto González y la recuperación de parte de los objetos hurtados, empero, el Tribunal lo ignoró estando obligado a reconocer oficiosamente la rebaja de pena por razones de favorabilidad, como quiera que los hechos investigados sucedieron bajo su imperio.

La norma sustancial dejada de aplicar por los juzgadores de ambas instancias, se encontraba vigente para la época de los hechos (6 de septiembre de 1991) y si bien es cierto que no fue adoptada como legislación permanente, sus efectos benéficos se extienden al caso en forma ultraactiva.

Solicita en consecuencia casar parcialmente la sentencia acusada reduciendo, en una tercera parte, la pena impuesta al procesado recurrente.

Segundo:

Violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida de los artículos 1°, inciso primero de la Ley 23 de 1991 y 18-1 del Decreto 800 del mismo año, y consecuente falta de aplicación de los artículos 88, 87-3 y 573 del C. de P.P. (Decreto 2700 de 1991).

Argumenta la demandante que el Tribunal sí era competente para conocer y fallar los delitos de lesiones personales de que dan cuenta los

autos por cuanto antes de entrar en vigencia la Ley 23 de 1991, el tema relacionado con acumulaciones y conexidades aparecía regulado por el artículo 90 del Decreto 522 de 1971, según el cual, el juez competente para conocer de un delito, conocía también de la contravención conexa con él.

La Ley 23, derogó el capítulo XII del Decreto 522, pero no reguló lo pertinente a la conexidad y la unidad procesal, omisión que trató de llenar el artículo 18 del Decreto 800 de 1991, norma que en su criterio "nació muerta" porque otra de mayor jerarquía normativa como lo es el artículo 84 del Decreto 050 de 1987 que se refiere de manera genérica a los hechos punibles, comprende delitos como contravenciones.

Pero aun aceptando la aplicación del artículo 18, la puesta en vigencia del Decreto 2700 de 1991 descarta tal posibilidad porque el Nuevo Código de Procedimiento Penal alude de nuevo en forma genérica a hechos punibles (artículo 87-3).

Pide casar parcialmente la sentencia impugnada y dictar la que deba reemplazarla "sin romper la UNIDAD PROCESAL, y por existir competencia condenar por concurso de hechos punibles incluyendo las LESIONES PERSONALES".

Tercero:

Infracción directa del artículo 350-1 del Código Penal por aplicación indebida, que condujo a falta de aplicación del artículo 29, inciso cuarto de la Constitución Nacional y 15 del C. de P.P., por cuanto el Tribunal violó el principio universal del *non bis in idem* al calificar el hurto por la violencia ejercida contra las personas que resultaron lesionadas y respecto a las cuales se compulsó copias para investigarlas por separado, y al mismo tiempo, "sancionaron por tentativa de homicidio cuyo ofendido fue Enrique Peña..." (f.159 Cdno. Tribunal).

Agrega que el mencionado principio es garantía del debido proceso no pudiendo ser desconocido por los juzgadores.

Solicita casar parcialmente el fallo recurrido y en su defecto dictar el que en derecho corresponda sin violación del *non bis in idem*.

Concepto del Ministerio Público

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, examina cuidadosamente los cargos formulados contra la sentencia impugnada, en el orden en que fueron presentadas las demandas, comenzando por aquel que tiene que ver con la nulidad de lo actuado, para concluir que ninguno de ellos fructifica por las razones que expone a las cuales irá haciendo referencia la Sala en su oportunidad específica.

Consideraciones de la Corte

Demanda a nombre de Héctor Yesid Pachón Medina.

Se acometerá de preferencia el estudio del cargo propuesto bajo la égida de la causal tercera de casación, puesto que de prosperar la nulidad

planteada sobraría referirse a las demás objeciones, por sustracción de materia.

CAUSAL TERCERA

Cargo Unico:

No puede considerarse violado el principio de la investigación integral consagrado en el artículo 333 del Código de Procedimiento Penal, ni afectado el derecho a la defensa, por no haberse investigado dentro del mismo proceso los presuntos delitos de lesiones personales y hurto cometidos en contra del procesado Héctor Yesid Pachón Molina por los policiales que lo capturaron, pues tales hechos, de haber sido perpetrados, fueron posteriores e independientes de los punibles que motivaron este diligenciamiento, que para ese momento ya estaban consumados.

La norma en cuestión impone al funcionario judicial la obligación de investigar, con igual celo, tanto lo favorable como lo desfavorable a los intereses del sindicado, averiguando aquellos hechos o circunstancias que afloran de la investigación y tienen que ver con la existencia del punible o la responsabilidad o inocencia del sindicado; mas no aquellos que, como el maltrato físico y el despojo de pertenencias por parte de sus aprehensores, no quedaron acreditados dentro de este proceso y se dispuso averiguar por separado, sin que aparezca prueba de que a raíz o con base en alguna credibilidad generada por esa eventualidad se haya trastocado el proceso o la verdad, que se deriva a plenitud de otros elementos de comprobación sobre cuya legalidad no existe tacha.

Lo indicado en tales eventos es la compulsa de copias para investigar por separado la conducta de los agentes policiales, como lo sugiere la Procuraduría Delegada, pero eso ya fue dispuesto por la Juez Penal Municipal de Violá, al definir la situación jurídica de los sindicados (fs.204 v. del c. o. # 1).

No prospera el cargo formulado.

CAUSAL PRIMERA

Primer Cargo:

Es deber del recurrente que se acoge a la violación directa de la ley sustancial, demostrar mediante razonamientos lógicos y jurídicos, sin referencia o desvío alguno a las pruebas del proceso, que el sentenciador dejó de aplicar al caso la norma aplicable, se equivocó en su selección o escogencia, o la interpretó erradamente; debiendo aceptar los hechos y las pruebas en la forma como los entendió acreditados el fallador.

"En este caso -como afirma la Procuraduría Delegada-, ni la formulación del cargo ni mucho menos su demostración se compadecen con tales presupuestos, amén de que el recurrente se limita *in genere* a aducir que se violó directamente el artículo 23 del C.P. 'al haberse interpretado erró-

neamente' afirmando simplemente que la inocencia de su defendido como autor o determinador de los hechos quedó "probada hasta la saciedad".

Como se advierte, el desacierto del impugnante -que da al traste con su pretensión- consiste en tratar de probar por la vía directa que su asistido no realizó el hecho punible ni determinó a otro a realizarlo, apoyado en un cuestionamiento fáctico extraño a dicha forma de violación.

Tampoco prospera la impugnación.

Segundo Cargo:

Este reproche, que bien pudiera considerarse como complemento o continuación del anterior, adolece de la misma falla técnica, como advierte la Procuraduría Delegada, pues sobre la base de que las pruebas allegadas al proceso demuestran que Pachón Molina no fue coautor de los hechos que se le incriminan, se predica, sin embargo, violación directa del artículo 25 del Código Penal que trata de la comunicabilidad de circunstancias entre los copartícipes; es decir, que su planteamiento no corresponde a su desarrollo argumental, toda vez que las sentencias de condena proferidas en las instancias, aluden al fenómeno de la co-autoría (artículo 23), pero no al de la comunicabilidad de circunstancias (artículo 25).

El reproche contra el fallo no distingue la clase de circunstancias (personales o materiales) que pudieron comunicarse entre los copartícipes, y mal podría hacerlo simplemente porque la sentencia no se refiere a ellas.

Conviene resaltar que la responsabilidad penal deducida a Héctor Yesid Pachón Molina, en el grado de coautor de los delitos investigados, radica en ser el conductor de la camioneta Willys en que se movilizaron los asaltantes hasta un lugar cercano a la residencia campestre de la señora Paulina González López y su familia, esperando para recogerlos junto con el botín y luego conducirlos a lugar seguro, propósito que se vio entorpecido por el desperfecto en uno de los neumáticos.

El cargo debe desestimarse.

Tercer Cargo:-

Contrariamente a lo que cree el censor, los juzgadores de instancia arribaron a la certeza en cuanto a la responsabilidad penal del procesado Pachón Molina luego de un examen global y coherente de las pruebas aducidas, exponiendo razonadamente el mérito asignado a cada una, siguiendo en ello las reglas de la sana crítica, lo que descarta de plano el quebranto del artículo 254 del Estatuto Procesal Penal y torna infundado el reparo hecho a la sentencia.

Efectivamente, la coautoría predicada de Pachón Molina fue el resultado de una serie de indicios derivados de las declaraciones rendidas por Alvaro Coronado López y Juan de Jesús Cante Pinzón, vecinos de la familia ofendida y del hecho altamente comprometedor de haber conducido el

vehículo en que se desplazaron los delincuentes; indicios a los cuales antepone el actor sus personales y subjetivas apreciaciones sin lograr demostrar el posible error cometido en la valoración de tales medios de convicción, ni su concluyente incidencia en la sentencia de condena.

Para los falladores es incuestionable que todo obedeció a un plan cuidadosamente urdido desde la capital en el que todos sus integrantes, incluida una mujer que no se logró identificar plenamente, cumplió con una labor específica que le fue asignada, dentro de una distribución de trabajo.

La insuperable coacción ajena a que pudo ser sometido Pachón Molina para que no abandonara el lugar de los hechos, a la espera del regreso de los asaltantes, alegada por su defensor como causal de inculpabilidad, no pasa de ser una postura defensiva sin arraigo en las pruebas del proceso.

No prospera el cargo formulado.

Cuarto Cargo:-Parte fundamental de los fallos de condena, que constituyen una unidad jurídica inescindible, se ocupó de examinar los presupuestos procesales del artículo 247, para concluir que en el presente caso obraba prueba atendible que conducía a la certeza de los hechos punibles imputados y la responsabilidad penal que en los mismos le cabía a los acusados, entre los cuales, a Pachón Molina. A dicha conclusión fundada en una correcta evaluación del acervo probatorio, enfrenta el censor su personal opinión respecto a la inocencia de su asistido olvidando de paso que la única vía que permite un replanteamiento de las pruebas o de los hechos de ellas derivados, es la violación indirecta que no permite la errónea interpretación de la norma sustancial.

Aquí una vez más el libelista equivocó la vía del ataque, como pone de presente la Procuraduría Delegada, dando al traste con su pretensión infirmatoria.

Tampoco fructifica la censura.

Demanda del procesado Agustín Barrera Roa

Primer Cargo:-Es bien sabido que el fenómeno de la ultractividad de la ley penal, en virtud del cual la norma más favorable al procesado, debe aplicarse aun después de que haya cesado de regir, está condicionado a que dicha norma haya tenido vigencia cuando o luego de que el hecho punible se hubiese cometido.

Consecuente con dicho postulado, resulta clara y atendible la posición de la Procuraduría Delegada en cuanto niega razón a la recurrente porque "...el texto original del artículo 8° del Decreto 1199 de 1987 solo tuvo vigencia por escasos seis meses, y los hechos que hoy nos ocupan sucedieron cuatro años después, cuando había sufrido consecutivas adiciones, como que el beneficio allí referido -(rebaja de pena por colaboración eficaz)

había quedado restringido únicamente para los delitos de competencia de los jueces de orden público. Es decir, la norma que se encontraba vigente para septiembre de 1991 era el artículo 6° del Decreto 2490 de 1988, y por consiguiente no puede prosperar la favorabilidad invocada por la defensora de **Barrera Roa**".

En verdad que el Decreto 1199 expedido el 30 de junio de 1987, cuyo artículo 8° rezaba: "A quien fuere condenado, se le reducirá la pena hasta en una tercera parte, cuando con sus informaciones permita la ejecución de órdenes de captura", tuvo una precaria vigencia porque fue sustancialmente modificado por el artículo 37 del Decreto 180 de 1988 (Estatuto para la defensa de la democracia) en el sentido de restringir el beneficio de la rebaja de pena por colaboración eficaz únicamente a los delitos de competencia de la jurisdicción de orden público (delitos contra la existencia y seguridad del Estado, secuestro, extorsión, terrorismo, etc.); restricción que mantuvo el artículo 6° del Decreto 2490 de 1988, reformatorio del Estatuto para la defensa de la democracia, en el sentido de establecer una eximente de punibilidad por colaboración eficaz, reservada para delitos de competencia de los jueces de orden público.

Resta advertir que solo el artículo 1° del Decreto 1198 de 1987 que estableció recompensas monetarias para los delatores fue convertido en legislación permanente por el Decreto 2271 de 1991; pues los restantes artículos, entre los cuales, el 8° cuya falta de aplicación reclama la demandante, fueron derogados por el nombrado Decreto 2490 de 1988, artículo 10°.

No prospera el cargo formulado.

Segundo Cargo:-

El reparo hecho a la sentencia impugnada en el marco de la causal primera de casación (violación directa), porque el Tribunal resulta competente para "conocer y fallar" lo referente a las lesiones personales, y como consecuencia de ello sugerir que la Corte case parcialmente el fallo "sin romper la unidad procesal" y condene al procesado por un concurso de delitos incluidas las lesiones personales, contradice uno de los principios de dicho enfoque en cuanto a esta hipótesis de violación, conforme al cual quien a él se acoge acepta de antemano la legalidad del proceso, controvirtiendo únicamente el sentido o alcance de la norma presuntamente quebrantada o su errónea interpretación.

Un planteamiento de tal naturaleza es además revelador de falta de interés jurídico en la recurrente, como señala la Procuraduría Delegada, pues de prosperar la tacha habría que condenar a Barrera Roa por más de lo que fue condenado, incrementándole la pena por la coautoría en varios punibles de lesiones personales, lo que de suyo repugna a los postulados del interés jurídico para impugnar.

Sucedió en el presente caso que el Tribunal, advertido que con los delitos de homicidio imperfecto (tentativa) y hurto calificado y agravado

figuraban las lesiones causadas a Paulina González López, Gildardo Gutiérrez, Odilia Forero y Juan de Jesús Cante Pinzón, que les significaron a cada uno de ellos una incapacidad definitiva de 7 días, sin secuelas (ls.69, 119, y 121 del c. o. # 1), constitutivas de contravenciones especiales de competencia de las autoridades de policía, dispuso la ruptura de la unidad procesal compulsando copias de la actuación con destino a dichas autoridades, atemperado las sanciones; proceder que para entonces (18 de diciembre de 1992) se ajustaba a las previsiones de la Ley 23 de 1991 y su Decreto reglamentario 800 del mismo año, artículo 18, que prevía tal ruptura cuando la contravención se realizaba en concurso con un delito; principio que hoy reitera el artículo 32 de la Ley 228 de 1995, por la cual se determina el régimen aplicable a las contravenciones y se dictan otras disposiciones.

La claridad de estos preceptos descarta la hipótesis planteada por la impugnante fundada en una equivocada interpretación del artículo 87-3 del C. de P.P., y pone de manifiesto que el concurso entre delito y contravención constituye una excepción legal al principio de la unidad procesal.

No prospera la impugnación.

Tercer Cargo:-

Tampoco se abre paso este reproche porque habiéndose alegado por la libelista violación directa de la norma sustancial que tipifica el delito de hurto calificado por la violencia sobre las personas o las cosas (Artículo 350-1 del C. P.); sin embargo, se controvierten los soportes probatorios que sirven de soporte a dicha adecuación y se hace una petición final que no corresponde a su enunciado.

Con sobrada razón puntualiza la Procuraduría Delegada que la actora equivocó la vía del ataque porque habiendo aducido violación del principio *non bis in idem*, consagrado en el artículo 29 de la Constitución Nacional como una de las garantías fundamentales del debido proceso; debió acogerse a la causal tercera de casación porque de tener efectiva ocurrencia dicho fenómeno, la consecuencia inmediata sería la nulidad total o parcial del proceso.

Pero al margen de dichas falencias, no debe perderse de vista que el tema propuesto fue debatido y definido por el Tribunal, como fluye del siguiente pasaje del fallo impugnado:

"En el evento *sub examine*, aun aceptando la existencia de una única finalidad, tendiente a la realización del hurto, como lo sostiene el señor abogado defensor de Agustín Barrera, la verdad es que no solamente se lesionó el patrimonio económico de Paulina González, Enrique Peña y los demás moradores del inmueble de marras sino que se puso en peligro la vida del señor Peña. Así las cosas, de ninguna manera estamos en presencia de un concurso aparente de delitos, pues, se insiste, la violencia que califica el hurto no subsume la tentativa de homicidio".

No cabe duda que el *ad quem* abordó el tema de la unidad de acción, para descartar un aparente concurso de tipos penales y predicar, en cambio, la existencia de un concurso real y efectivo de ellos (tentativa de homicidio y hurto calificado y agravado), caracterizado por la pluralidad de acciones y la pluralidad de hechos punibles autónomos, que generan una sola penalidad agravada.

Todo parece indicar que el supuesto desconocimiento del principio *non bis in idem*, se lo procura hacer consistir en haberse tenido en cuenta el elemento violencia a las personas para calificar el hurto y configurar al mismo tiempo el homicidio imperfecto y las lesiones personales. Razonamiento equivocado por cuanto los acusados, mediante plurales comportamientos, violaron diferentes bienes jurídicos tutelados por la ley: la vida e integridad personal del señor Enrique Peña y de los lesionados, y el patrimonio económico de los moradores de la casa asaltada. Es más, la calificación del hurto hecha en la resolución acusatoria devino no solo de la violencia contra los habitantes del inmueble y las cosas (amordazamiento, golpes y ruptura de la caja fuerte), sino también, por la penetración arbitraria de los sindicados en lugar habitado, circunstancia prevista como calificatoria del hurto por el ordinal 3° del artículo 350, respecto a la cual nada dijo la impugnante.

Con sobrada razón expresó la Procuraduría Delegada:

"Es entonces correcta la tesis del Tribunal para predicar el concurso de delitos, si se tiene en cuenta la calidad y la ubicación de las heridas no sólo causadas a Enrique Peña, sino también a Paulina González, Gildardo Gutiérrez, Odilia Gutiérrez y Juan Cante, como se desprende de los dictámenes obrantes a folios 69, 119 y 121 del expediente, siendo entonces posible concluir que tales lesiones no obedecen solamente a aquella violencia propia o intrínseca del hurto calificado, sino que de acuerdo al desarrollo de los acontecimientos resultaba innecesaria. Lo anterior se deduce del testimonio de los propios lesionados al narrar el desenvolvimiento de los acontecimientos, pues no solo fueron maniatados y amordazados para facilitarse los delincuentes la sustracción de los bienes muebles, sino que aun en esas condiciones fueron golpeados y amenazados"..

Tampoco prospera este cargo.

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 despacho de origen.

Cúmplase.

Nilson Pinilla Pinilla (con aclaración de voto), Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Jaime Rico Carvajal, Conjuez; Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CONTRAVENCION / UNIDAD PROCESAL/ CONEXIDAD / PRIVACION DE LA LIBERTAD

(Aclaración de Voto)

En igual sentido Aclaraciones de junio 14 de 1995, Cas. 8423, M.P. Dr. Ricardo Calvete Rangel; enero 24 de 1996 Cas. 9400, M.P. Dr. Fernando Arboleda Ripoll y agosto 28 de 1996, Cas. 9565, M.P. Dr. Didimo Páez Velandia.

Aclaración de voto: Dr. *Nilson Pinilla Pinilla*

El suscrito ha venido considerando en anteriores salvedades, compartidas con el Magistrado doctor Carlos Eduardo Mejía Escobar o expuestas individualmente, a cuyos argumentos me remito por mantener plena vigencia y en gracia de brevedad, (e.g. Cas. 8423 junio 14/95, M.P. Dr. Ricardo Calvete Rangel, Cas. 9400 enero 24/96, M.P. Dr. Fernando Arboleda Ripoll, y Cas. 9564 de agosto 28/96, M.P. Dr. Dídimo Páez Velandia, entre otras), que es viable, jurídico y acorde con la prevalencia del derecho sustancial, que FRENTE A LA EPOCA del diligenciamiento analizado, las contravenciones especiales, que también son hechos punibles (art.18 C.P.) y admiten concurso (arts. 26 y 27 C.P.), pueden ser investigadas y juzgadas en conjunto con otros hechos punibles, así se trate de delitos, en cuanto haya conexidad (arts. 87 y Ss. C. de P.P.). Además, con ello se preserva el principio de reserva judicial de la libertad y la anhelada eficiencia de la administración de justicia.

Advierto lo anterior frente a la revocatoria parcial que sobre la sentencia de primer grado realizó el Tribunal -en decisión que reconozco ajustada al criterio mayoritario de esta Corte-, en lo que tiene que ver con las lesiones personales causadas a Paulina González López, Gildardo Gutiérrez, Odilia Forero y Juan de Jesús Canle Pinzón, para ordenar que se compulsaran copias con destino a la correspondiente autoridad de policía.

Obviamente, haberlo hecho no afecta la validez del proceso que se examinó en casación, porque el rompimiento de la unidad procesal no vicia el trámite con nulidad. Por lo cual la decisión proyectada y acogida

no es objeto de salvamento alguno de mi parte, sino de esta simple aclaración que solo procura coherencia frente a lo expresado en otras oportunidades, como las citadas.

Nilson Pinilla Pinilla, Magistrado

(fecha *ut supra*)

PERJUICIOS/ CASACION

En sentencia de septiembre 26 de 1990, con ponencia del Magistrado Gómez Velásquez, se analizó el punto y sobre diversas hipótesis planteadas se sugirió la necesidad de que el sujeto procesal que quiera cuestionar lo relacionado con los perjuicios deducidos en el fallo está en la obligación de manifestarlo expresamente al momento de recurrir en casación para que el Tribunal pueda saber con certeza si debe o no acudir a una pericia que determine la cuantía y así conceder o no el recurso por este aspecto, pues "ya fijada (la cuantía) de este modo y sobre esta base, no es dable desconocer este quantum (art.372 C. de P. C.)" y agregó: "Porque si el motivo es diverso, no es necesario mencionarlo, pero tampoco podrá ante la Corte presentar acusación alguna por la vía de las causales de casación civil, es decir, por indemnización de perjuicios, so pena de ser rechazada in límine su demanda."

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

Magistrado Ponente: Dr. *Dídimo Páez Velandia*

Aprobado Acta No.131

Proceso: 11550

Verifica la Corte, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 226 del C. de P. P., si las demandas presentadas para sustentar el recurso de casación incoado, **tanto por la defensa como por la representación de la parte civil** en este proceso, contra la sentencia emanada del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué con fecha 25 de mayo de 1995, en la cual se condena a Víctor Manuel Castellanos por el delito de homicidio culposo en accidente de tránsito, en la persona de Evelio u Ovelio Ramírez reúnen los requisitos formales exigidos por el artículo 225 del citado Estatuto.

Antecedentes

1. El 28 de abril de 1992, siendo aproximadamente las siete de la noche, el taxista Víctor Manuel Castellanos atropelló con el vehículo que

conducía, un Mazda de placas WT 5033 de propiedad de doña Mary o Mery Hernández Villamil y afiliado a la Cooperativa Tolimense de Transportadores Ltda., cuando transitaba por el sector de la calle 28 con carrera 2a. de Ibagué, al ciudadano Evelio u Ovelio Ramírez, quien atendido en forma inmediata en el hospital local y dado de alta a pocas horas del insuceso, hubo de ser reingresado un día después al centro hospitalario por trastornos sobrevinientes, donde falleció.

2. Perfeccionada la investigación el procesado fue comprometido en juicio *mediante resolución acusatoria del 12 de mayo de 1993* (fls. 134-142 cd. ppl. 1) por homicidio culposo, hecho punible éste mismo por el cual el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Ibagué terminó condenándolo a dos años de prisión, multa de un mil pesos y a la accesoria correspondiente, mediante sentencia en cuya parte resolutiva, además de otras decisiones pertinentes, fijó como obligación indemnizatoria por concepto de perjuicios morales el monto total de *ochocientos (800) gramos oro pagaderos* a la cónyuge supérstite y los descendientes del interfecto *solidariamente por el procesado y los terceros civilmente responsables*, esto es, la propietaria del vehículo con el que se cometió el ilícito y la Cooperativa a la cual éste se hallaba afiliado. (fls. 204-220 cd. ppl. 1).

3. No conformes con ese fallo, la defensa y la representación de la tercera civilmente responsable apelaron, y el Tribunal en Sala mayoritaria al desatar el recurso, lo revocó parcialmente en cuanto eximió del pago de los perjuicios morales a los terceros civilmente responsables, dejando esa obligación exclusivamente en cabeza del procesado, *pero reducida a cuatrocientos (400) gramos oro*. (fls. 33-49 cd. Tr.).

4. Tampoco esta decisión satisfizo a los diversos sujetos procesales, que entonces impugnaron extraordinariamente el fallo, pero cuya sustentación se abstuvo de presentar el tercero civilmente responsable, declarándose desierto el recurso respecto de él. La defensa procura la absolución del procesado, y la parte civil, que la obligación indemnizatoria se mantenga en cabeza de los tres sujetos procesales sobre quienes recayó el fallo de la primera instancia.

Las demandas

1. **DE LA DEFENSA.**- Dos cargos lanza el censor contra la sentencia de segundo grado. *El primero* lo enuncia en estos términos: "Violación de la ley sustancial por falta de apreciación de la prueba, incurriendo en *error de derecho*." (negrillas fuera de texto).

El desarrollo de esta censura lo constituyen las transcripciones del texto del artículo 329 del C. P. y de unos fragmentos del testimonio de José María Benítez Culma, al cabo de los cuales afirma, sin más consideraciones:

"es decir, que Castellanos observó que el semáforo se encontraba en verde y que podía transitar libremente con su automotor, que el anciano venía en la dirección que expresa Castellanos por lo que el responsable de los hechos lo fue el occiso y no el conductor del vehículo".

El **segundo cargo** lo formula por "un falso juicio a las pruebas aportadas" para dar por satisfechos los requisitos de condena previstos en el artículo 247 del C. de P. P. . Afirma que en el proceso no existe prueba "que conduzca a la certeza del hecho punible" porque "según lo actuado", el "culpable del hecho es el mismo occiso ..." y porque no se estableció que el accidente hubiera sido la causa eficiente del deceso, que se produjo por "schock hipovolémico severo secundario a ruptura de aneurisma de aorta descendente". Sin explicar el origen de esta conclusión probatoria, añade que "los funcionarios mal interpretaron la prueba".

Tras reiterar que no se demostró la responsabilidad en cabeza del procesado asevera que no podía ser condenado y, según puntualiza: "menos aún, con base en un testimonio incoherente". Finaliza la sustentación asegurando que el fallador vulneró "la presunción de inocencia, la cual no es un consejo susceptible de acogimiento, de rechazo o de olvido, sino un mandato de rigurosa ejecución".

Señala como normas infringidas los artículos 29 de la C. N., 2o. y 247 del C. de P. P., y 23, 24, 26, 28 y 329 del C. P. "y de más normas afincntes" y, por último reitera la pretensión casacional.

II. DE LA PARTE CIVIL.- La señora representante de la parte civil funda su objeción en el hecho de que la parcial revocación de que fue objeto la sentencia:

"... incide únicamente en cuanto a la condena al pago de los perjuicios morales por parte de la Cooperativa Tolimense de Transportadores Ltda. 'COOTOLTRAN' con sede en Ibagué y de la señora Mery Hernández Villamil, dejándolo vigente para el acusado ..., pobre de solemnidad, quien debe cancelar en favor de los que se constituyen en parte civil el equivalente a cuatrocientos gramos oro".

Es así como en el **cargo primero**, *basado en la causal 1a. del artículo 220 del C. de P. P.*, asegura que el manifiesto error jurídico del fallador:

"lo llevó a desconocer los derechos de quienes se constituyen en parte civil con argumentos que desviaron la verdadera realidad procesal y en razón de ese desacierto, dejó de hacer actuar en su decisión las reglas de derecho sustancial que rigen el asunto, desconociendo el contenido del art. 2356 del C.C. presume la culpa y esa presunción de culpabilidad afecta no solo al autor del daño, sino también al empleador, dueño de las cosas causantes del daño y a la empresa a la cual pueden estar afiliados los bienes con los cuales se produjo el daño.".....".

Luego de la sustentación de rigor, en el **cargo segundo**, también fundado en la causal 1a. de casación pregona la violación indirecta del artículo 2357 del C. C. para concluir que habiéndose distorsionado en la sentencia el contenido de la prueba de testimonio de José María Benítez Culma:

"... queda debidamente comprobado el error manifiesto y ostensible que condujo al fallador a apreciar equivocadamente la prueba, lo cual incidió en que se redujera en un 50% el valor de los perjuicios morales por considerar establecida la compensación de culpas".

Consecuente, solicita que se case el fallo de segundo grado y se reviva el de la primera instancia.

Consideraciones de la Corte

Razones de distinto orden confluyen al rechazo de ambas demandas. En efecto:

1. La **presentada por la defensa** olvida todo parámetro de técnica jurídica propio de la demanda de casación, e incurre en omisiones y confusiones conceptuales que le restan claridad y precisión y que por tanto impiden a la Corte adelantar el estudio de lo esencial de los reparos que la conforman.

En primer lugar, afirma que la violación de la ley sustancial provino de la "falta de apreciación de la prueba" y que ello constituye error de derecho; luego precisa que la institución que incurrió en ese error fue "la Fiscalía"; seguidamente transcribe apartes de un testimonio y concluye, sin demostrar cuál fue el error del fallador en la evaluación de esa prueba, que los hechos sucedieron de distinta manera y que por tanto, el responsable de lo acaecido fue el occiso y no el procesado.

Si el error consistió en que dejó de evaluarse una prueba determinante en el fallo, obviamente se trataría de un **error de hecho** por falso juicio de existencia, no de derecho como lo afirma el censor, pues éste tiene que ver es con los vicios de producción, aducción o incorporación de la prueba al proceso o con el concederle o negarle el valor probatorio que la ley establece a determinados medios probatorios -que hoy en materia penal no proceden por regla general, por no existir pruebas tarifadas-.

En segundo lugar, la objeción no indica ni demuestra la existencia de un error pasible de enmienda en sede casacional en la apreciación de la prueba por parte del Tribunal, que hubiera determinado un fallo equivocado, sino que se limita a ofrecer, pero a manera de afirmación insustenta, su criterio particular sobre esa prueba testimonial, de manera que cercena a la Corte la posibilidad de determinar cuál fue la idea que quiso plasmar y de comprobar el posible fundamento del reparo.

Ahora bien, en cuanto concierne al **cargo segundo**, también se limita a afirmaciones huérfanas de apoyo fáctico o jurídico sobre la inexistencia de prueba suficiente para condenar, sobre que la responsabilidad del accidente recayó en el interfecto y sobre la inexistencia de prueba de relación concausal entre el accidente y el deceso, lo cual ampara en la afirmación suelta de que "los funcionarios mal interpretaron la prueba", sin especificar a qué prueba se refiere.

A este mosaico desordenado y pronunciadamente subjetivo de aserciones carentes de respaldo, agrega la inconformidad por la condena con base, según lo indica, en un "testimonio incoherente" y la vulneración del principio de la presunción de inocencia, sin olvidar dentro de la relación de normas supuestamente transgredidas, el artículo 29 de la C. N., ratificando así la infundada discrepancia frente al pensamiento del fallador y evidenciando notable confusión respecto de los motivos legales de casación.

Esto porque, si se alega al amparo de la causal 1a. del artículo 220 del C. de P. P., que tal es lo que implica propalar una errada apreciación probatoria, se da por sentada la validez del proceso; y, si se considera que se transgredieron garantías consagradas en el artículo 29 de la Carta Política, los errores serán de procedimiento y la alegación tendrá que presentarse por separado y bajo el auspicio de la causal 3a. de casación.

2. En cuanto hace referencia a la demanda de la parte civil, han de hacerse las siguientes precisiones, como presupuesto de la decisión por tomar en el presente caso:

a) Estando la impugnación referida exclusivamente a cuestionar los perjuicios decretados por el Tribunal como indemnización, tal como se infiere nítidamente del libelo, la parte civil tenía la obligación de acudir a las causales y a la cuantía establecidas en las normas que regulan la casación civil, según las voces perentorias del artículo 221 del C. de P.P.

b) No obstante, con relación a las causales -primera exigencia-, en atención a que en uno y otro procedimiento existen algunas que son idénticas y, además, en desarrollo del principio de prevalencia del derecho material sobre el meramente formal, la Corte ha dicho que en tal evento la circunstancia de invocar el Estatuto procesal penal no constituye falla fundamental de técnica que impida el estudio del cargo adecuadamente formulado y sustentado (Sent.Octubre 5 de 1994. M.P. Dr. Torres Fresneda), de donde se infiere que en el presente caso la alegación desde el punto de vista de la técnica no merece reparo alguno, pues se invocó y desarrolló correctamente la causal primera en los dos cargos que se presentaron, que como se sabe es igual en ambos estatutos procesales.

c) Respecto a la cuantía, el otro aspecto relacionado en la norma de remisión (el art.221 del C. de P.P.), no obstante la Corte tener también

sentado su criterio, hoy juzga necesario revisarlo para hacer algunas precisiones.

En efecto, en sentencia de septiembre 26 de 1990, con ponencia del Magistrado Gómez Velásquez, se analizó el punto y sobre diversas hipótesis planteadas se sugirió la necesidad de que el sujeto procesal que quiera cuestionar lo relacionado con los perjuicios deducidos en el fallo está en la obligación de manifestarlo expresamente al momento de recurrir en casación para que el Tribunal pueda saber con certeza si debe o no acudir a una pericia que determine la cuantía y así conceder o no el recurso por este aspecto, pues "ya fijada (la cuantía) de este modo y sobre esta base, no es dable desconocer este *quantum* (art.372 C. de P. C.)" y agregó: "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." A pesar de la anterior advertencia consecuencial, dentro de la cual se ubicaba el caso examinado entonces, se optó por disponer la nulidad de lo actuado a partir inclusive del auto que concedió el recurso de casación y, en consecuencia, se declaró inadmisible éste. Con idéntico criterio se ha venido pronunciando la Corte (Providencias de diciembre 19 de 1990, M.P.Dr.Duque Ruiz; abril 5 de 1995, M.P.Dr. Torres Fresneda, y julio 6 de 1995, M.P.Dr. Páez Velandia, entre otras.).

El hoy, sin embargo, encuentra esta Corte que la remisión indiscriminada al procedimiento civil y las consecuencias que se le han dado a su desconocimiento no son plenamente de recibo en el procedimiento penal. En primer lugar, porque al accionarse civilmente dentro del proceso penal, es verdad incuestionable que tal acción se torna accesoria de éste, y, por principio de lógica, lo accesorio tiene que seguir siempre a lo principal; por lo cual, no puede aceptarse que en un momento determinado se paralice la actuación procesal penal en espera del lleno de unas formalidades exclusivas del ámbito civil, porque la acción penal es siempre más expedita que la civil, -tradicionalmente formalista y por lo mismo mayormente lenta-. Y en segundo lugar, porque correspondiéndole la decisión sobre admisibilidad del recurso al Tribunal, es apenas lógico que sea éste el que tenga a su cargo el examen cuidadoso para determinar la procedencia del mismo.

Sin embargo, es entendible que pueden ocurrir varias hipótesis según la realidad procesal de cada caso, de lo cual dependerá la decisión correspondiente de la Corte. Por ejemplo, puede suceder que al interponerse el recurso se exprese el motivo específico del disentimiento y éste verse sobre la cuantía exclusivamente. En tal evento, el Tribunal está obligado a examinar dicha cuantía antes de decidir sobre la impugnación extraordinaria, bien porque el proceso muestre indiscutiblemente la que se cues

tione o porque ésta requiera previamente de peritación para determinarla. En ambos casos debe decidirse de conformidad con ella: pero si a pesar de dicha evidencia, por descuido o por torpeza, se concede el recurso no siendo procedente, la Corte, frente a un quebranto del debido proceso no le queda otra alternativa que disponer la nulidad de la actuación viciada del Tribunal y sin otro agregado devolver el expediente, en el entendido que la sentencia ha quedado ejecutoriada; o también puede ocurrir que al interponer el recurso no se exprese el motivo específico de la discrepancia y solamente en la demanda, en cumplimiento de la regla contenida en el artículo 225-3 del C. de P.P., se indique que ha sido para discutir exclusivamente perjuicios y éstos no correspondan a la cuantía exigida por la ley, la Corte no podrá anular el trámite que el Tribunal dio al recurso, sino que rechazará la demanda con la consecuente deserción de la impugnación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 226 del C. de P.P.

En estos términos queda aclarada la jurisprudencia sobre la decisión anulatoria citada en las decisiones precedentemente mencionadas y se cambia ésta sobre la sujeción de la Sala Penal de la Corte al artículo 372 del C. de P. C. contenida en ellas, no sin antes recabar de los Tribunales mayor atención y cuidado en este aspecto para evitar dilaciones procesales innecesarias, si alguno de los sujetos procesales al impugnar hace referencia al propósito que lo anima de reclamar "únicamente perjuicios".

e) Ahora bien, si se tiene en cuenta que la parte civil en este caso al impugnar extraordinariamente el fallo del Tribunal no expresó concretamente el motivo de su discrepancia, sino que solamente vino a conocerse éste en la demanda aquí examinada en sus dos cargos que formula, en donde expresamente se solicita casar la sentencia de segunda instancia que redujo la condena de 800 gramos oro impuesta en la primera a los civilmente responsables y al autor del homicidio, para dejarla en definitiva en 400 y únicamente a cargo del procesado condenado, ha de concluirse que es ésta justamente la diferencia monetaria que disputa dicha parte demandante y, de contera, que el recurso interpuesto resulta improcedente, pues el equivalente monetario a la cantidad indicada de metal precioso no alcanza el monto exigido para recurrir en el Decreto 522 de 1988, norma aplicable al presente caso conforme al artículo 221 del C. de P.P.

Así las cosas, esta demanda, aun cuando por motivos diferentes, debe correr idéntica suerte que la presentada por la defensa, esto es, que ambas deben ser rechazadas *in limine* y en consecuencia, declarado **desierto** el recurso extraordinario interpuesto.

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

RESUELVE

RECHAZAR IN LIMINE las demandas de casación presentadas en este proceso. En consecuencia, **DECLARAR DESIERTO** el recurso de casación interpuesto tanto por la defensa como por la parte civil, contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, que condena a Víctor Manuel Castellanos, por el delito de Homicidio culposo en la persona de Evelio u Ovelio Ramírez. En firme, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

IRA E INTENSO DOLOR/ PRETERINTENCION

Doctrina y jurisprudencia han reconocido la compatibilidad de la atenuante prevista en el artículo 60 del Código Penal con la forma de culpabilidad preterintencional. Pero para que dicha atenuante alcance vida jurídica es preciso que exista certeza sobre la gravedad y la injusticia de la provocación de parte de la víctima, así como la relación de causalidad sicológica entre aquella y la reacción del victimario.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal.- Santa Fe de Bogotá, D. C., cinco (5) de septiembre de mil novecientos noventa y seis (1996).

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

Aprobado: Acta No. 130 (04-09-96)

Proceso: 9269

Vistos

Procede la Sala a resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado Luis Carlos Corredor Nieto, contra la sentencia de 15 de octubre de 1993, proferida por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, mediante la cual confirmó integralmente la decisión dictada por el Juzgado Sexto Penal del Circuito de la misma ciudad, condenándolo a sesenta y tres (63) meses de prisión e interdicción de derechos y funciones públicas por igual lapso y al pago de los perjuicios ocasionados con la infracción, tras hallarlo autor responsable del delito de homicidio preterintencional.

Hechos

El 31 de diciembre de 1992, en horas de la tarde, Luis Carlos Corredor Nieto, visitó en su casa a Sandra Patricia Ochoa Olivera con quien mantenía relaciones amorosas. La visita se prolongó hasta la media noche, tiempo durante el cual, en compañía de algunos familiares de Sandra Patricia, se dedicaron a la ingesta de licor. En cierto momento los enamorados discutieron acaloradamente, como era costumbre entre ellos, llegando a agre-

dirse físicamente. Corredor Nieto le propinó a su pareja múltiples golpes a consecuencia de lo cual horas más tarde debió ser trasladada al Hospital San José, donde falleció la mañana del 1o. de Enero de 1993.

ACTUACIÓN PROCESAL

Luego de realizar algunas diligencias preliminares, la Fiscalía 27 Delegada de la Unidad Quinta de Investigación Previa y Permanente abrió investigación disponiendo la vinculación de Luis Carlos Corredor Nieto, quien después de rendir indagatoria fue afectado con medida de aseguramiento de detención preventiva como presunto autor responsable del delito de homicidio preterintencional, cometido en la humanidad de Sandra Patricia Ochoa Olivera.

Cerrada la investigación, su calificación estuvo a cargo de la Fiscalía 100 de la Unidad Segunda de Vida, la que el 4 de mayo de 1993 profirió resolución acusatoria en contra de Luis Carlos Corredor Nieto, por el delito de Homicidio Preterintencional.

El Juzgado Sexto Penal del Circuito de Santafé de Bogotá avocó conocimiento del juicio y una vez concluida la audiencia pública dictó sentencia el 8 de septiembre de 1993, condenando al procesado Luis Carlos Corredor Nieto, decisión que al ser apelada por la defensa fue confirmada en su integridad por parte del Tribunal Superior de esta ciudad.

LA DEMANDA

Dos cargos le hace el censor a la sentencia del Tribunal, ambos por violación directa de la ley sustancial y con la expresa advertencia de que el cuestionamiento del fallo "....no se relaciona ni con la materialidad de la conducta, ni con la autoría y consiguiente responsabilidad...pues la prueba sobre tales aspectos la admito tal y como fue referida por el fallador."

Primer cargo.-

Lo hace consistir en la falta de aplicación del artículo 60 del Código Penal, que prevé la disminución de la pena por el estado de ira, cuyo desconocimiento ocasionó la negativa de la condena de ejecución condicional al procesado.

Sostiene el demandante que un cuidadoso examen de los hechos y las pruebas recaudadas permite reconocer el estado de ira en que actuó el justiciable, por grave e injusta provocación de su amante Sandra Patricia, quien frecuentemente le hacía escenas de celos y peleas porque él no hacía vida marital con ella de forma permanente. Precisa que hacia la media noche del fatídico 31 de diciembre de 1992, cuando su prohijado se aprestaba a marcharse para su residencia, Sandra Patricia se opuso a

que saliera de la habitación en la que estaban, "...le rasgó su camisa, le tiñeteó su cuerpo.." lo que motivó la reacción de aquél transándose ambos en un cruce de golpes con el resultado conocido, pero sin que Corredor hubiese tenido intención de herir a su pareja gravemente y menos aún de causarle la muerte.

Critica el razonamiento del Tribunal que lo llevó a desestimar la configuración de la circunstancia atenuante, pues a juicio del impugnante el comportamiento de la víctima constituye una provocación tan grave e injusta que por más fuerza de voluntad del procesado desencadenó su ira. Por consiguiente, estima que ha debido reconocerse la atenuante punitiva que ahora reclama, pero como no fue así se violó el artículo 60 del Código Penal, y de contera se le hizo más gravosa la situación al procesado ya que por la elevada pena que se le impuso quedó por fuera de la exigencia normativa para acceder al subrogado de la condena de ejecución condicional.

Segundo cargo.-

Radica en la aplicación indebida del artículo 324 del Código Penal "...que rompió la congruencia del fallo con la resolución de acusación, porque el pliego de cargos se hizo como autor del delito de homicidio preterintencional que describe el artículo 325 del ordenamiento penal, sin hacer referencia expresa a circunstancias específicas de agravación punitiva, pero en la sentencia de primera instancia, el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Bogotá tuvo a bien deducir la agravante del numeral 7o. del artículo 324."

Agrega que la irregularidad anotada bien hubiera podido plantearla al amparo de la causal tercera porque entraña nulidad en la medida que desconoce el debido proceso y vulnera el derecho de defensa. Sin embargo, dado que no se trata de un cambio sustancial en la calificación genérica del hecho punible que afectara la adecuación típica, prefirió seleccionar la causal primera, cuerpo primero, del artículo 220 del estatuto procesal, invocando la aplicación indebida de una norma.

Sostiene que al deducirle al procesado en la sentencia una agravante que no había sido contemplada en la resolución acusatoria, se le agravó su situación jurídica porque ello sirvió de base para graduarle la pena en 63 meses de prisión, circunstancia que sumada al no reconocimiento de la ira, impidió la concesión de la condena de ejecución condicional.

Dijo además, frente a la agravante, que las condiciones de indefensión o inferioridad debían aparecer demostradas en el proceso y que no era permitido suponerlas "con base en hipótesis alejadas de una realidad social y procesal".

TRASLADO A LA PARTE CIVIL

Durante el término de traslado, el apoderado de la parte civil presentó un memorial solicitando a la Corte NO CASAR la sentencia impugnada con fundamento en las razones que seguidamente se sintetizan:

a) Frente al PRIMER CARGO: Desde el comienzo de la investigación pudo evidenciarse que la conducta protagonizada por Corredor Nieto no se hacía merecedora a la degradante punitiva contemplada en el artículo 60 del Código Penal, toda vez que la agresión que le propinó Sandra Patricia Ochoa Olivera a su victimario no fue injusta y además una escoriación en el pecho y la ruptura de una prenda de vestir no justifican la muerte de una persona.

De otra parte, se comprobó que las gresca entre el procesado y la víctima eran frecuentes y que en ocasiones anteriores Sandra Patricia le había causado a su amante heridas de mayor significación. Igualmente, se estableció que el día de los hechos fue el procesado quien primero golpeó a la víctima despertando en ella la ira que la llevó a reaccionar rasguñándole el pecho y rasgándole la camisa.

Afirma que Corredor Nieto le ayudó a su víctima a lavarse la boca por donde manaba sangre y según declaraciones de testigos abandonó la casa de Sandra Patricia dejándola tirada en el suelo, circunstancias que contradicen la afirmación del defensor en el sentido de que su prohijado no tuvo intención de herirla gravemente y mucho menos de causarle la muerte.

Añade que el fatal desenlace de la discusión tuvo lugar bajo la exaltación de ánimo derivada del estado de alicoramiento en que se encontraban, luego no puede aceptarse que el procesado hubiera actuado en estado de ira o intenso dolor. Además, no puede olvidarse que en condiciones normales el hombre es más fuerte que la mujer y, por tanto, Sandra Patricia se encontraba en estado de indefensión frente a su victimario.

Concluye que las consideraciones plasmadas en los fallos de primer y segundo grado para desestimar la justificación planteada por la defensa se ajustan a la verdad de los hechos, motivo por el cual este cargo está llamado a fracasar porque no existió violación de la norma sustancial acusada por el demandante.

b) Frente al SEGUNDO CARGO: En el presente caso el Fiscal investigador al calificar el sumario adecuó la conducta del procesado al tipo consagrado en el artículo 325 del Código Penal. El Juez de conocimiento, a su turno, consideró que además de darse la violación plena del citado tipo penal, en la conducta del procesado concurría la agravante prevista en el artículo 324-7 *ibidem*, y así lo declaró en el fallo, igual que lo hubiera hecho de haber avisorado alguna circunstancia que hiciera menos gravosa su situación.

De ahí que este cargo tampoco pueda prosperar "...por la individualidad en el momento del análisis probatorio, el que hace que las decisiones tomen curso definido y porque el estado de indefensión se ha dado, por la desigualdad que se presenta entre la fuerza que tiene el hombre y la fuerza que tiene la mujer y por el estado anímico y el carácter de los dos intervinientes."

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Para el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal la demanda merece ser desestimada por las razones que a continuación se resumen:

Primer cargo.

Jurisprudencia y doctrina han determinado que para tener en cuenta la falta de aplicación del artículo 60 del C.P., en el ataque por la vía de la violación directa, se debe contar con los siguientes presupuestos:

a) Que en el fallo impugnado se haya aceptado que el procesado obró en estado de ira o intenso dolor causado por comportamiento ajeno grave e injusto; y

b) Que a pesar de lo anterior al fijar la pena se haya omitido aplicar la rebaja correspondiente de acuerdo al artículo 60 del C.P.

En el caso de estudio si bien es cierto que los juzgadores admitieron que Sandra Patricia Ochoa actuó agresivamente, también lo es que en ningún momento admitieron que ese comportamiento tuviera la connotación de grave e injusto que se exige en el artículo 60 del Código Penal.

Precisamente por no haberse aceptado en las instancias el significado de los hechos que da lugar a la atenuante, es por lo que el libelista se dedica a criticar la apreciación probatoria, olvidando que esa es una argumentación que corresponde a la violación indirecta, no a la que escogió para atacar el fallo.

Empero, dejando a un lado esa falla, lo que las pruebas indican es que con frecuencia la pareja de amantes discutía acaloradamente y se agredían de palabra y hecho, circunstancia que le resta trascendencia a la agresión de ese día como fundamento de la atenuante prevista en el artículo 60 del C.P.. Además, no debe olvidarse que la agresión no sólo ha de ser grave sino injusta, condición que no se da en este caso porque quien hiere u ofende a una persona con sus palabras o hechos, como lo hizo el procesado, no puede alegar en su favor la injusticia del ataque para legitimar su reacción.

En conclusión, el cargo no puede prosperar.

Segundo Cargo.-

Para la Procuraduría es ostensible el sofisma de la demanda en lo que respecta a este cargo, pues el libelo parte del supuesto de que el fallador le

dedujo al procesado la agravante del artículo 324-7 del C.P. por ser hombre, cuando en realidad no fue así, toda vez que el juzgador expresamente consideró impropio condenarlo por el tipo de homicidio agravado teniendo en cuenta que la acusación se le había formulado por el tipo de homicidio simple. Cuestión distinta es que al analizar las agravantes genéricas del artículo 66 del C.P. hubiera estimado que el procesado había obrado por motivos fútiles y que dada su superioridad física la lucha con su víctima fue desigual, circunstancias que ameritaron un incremento punitivo de sólo 3 meses.

De suerte que este segundo cargo tampoco está llamado a prosperar.

Consideraciones de la Corte

Evidentemente le asiste razón al Ministerio Público cuando afirma que la demanda en estudio carece de aptitud para remover la sentencia impugnada, toda vez que desconoce las reglas técnicas del recurso extraordinario de casación, según pasa a explicarse.

Primer Cargo:

1. Cuestión Previa. Fundamentos del fallo acusado.

Para el Tribunal fue acertada la decisión del Juzgado de conocimiento pues se encuentran demostrados los presupuestos basilares que la Ley exige para condenar, es decir, la certeza del hecho punible y la responsabilidad del acusado.

La censura se centra en el no reconocimiento de la diminuente punitiva de la ira en favor del procesado y, por contera, la negación del subrogado de la condena de ejecución condicional.

Doctrina y jurisprudencia han reconocido la compatibilidad de la atenuante prevista en el artículo 60 del Código Penal con la forma de culpabilidad preterintencional. Pero para que dicha atenuante alcance vida jurídica es preciso que exista certeza sobre la gravedad y la injusticia de la provocación de parte de la víctima, así como la relación de causalidad sicológica entre aquella y la reacción del victimario.

A pesar de que el acusado señala que su compañera fue grosera, situación que lo llevó a propinarle sendas cachetadas, en sentir del *ad - quem*, esa actitud agresiva de la víctima no traduce un comportamiento ofensivo grave e injusto, como el que alude el artículo 60 del Código Penal.

Por otra parte, en sus diversas intervenciones ante la justicia, el procesado jamás hizo mención de haber obrado criminalmente bajo estado emocional de ira, provocado por comportamiento ofensivo, grave e injusto de su amante Sandra Patricia, y teniendo en cuenta que la ira es un sentimiento subjetivo e interno, nadie más calificado para alegarla que quien la padece.

Además, para que se dé la atenuante en comento no interesa tanto la existencia de la alteración anímica en el sujeto agente, como si la causa misma, esto es, la injusta y grave provocación que la hace surgir, atribuible, por supuesto, a la víctima. Y ha quedado visto que la actitud de Sandra Patricia, aunque un tanto agresiva, no revistió tales características de injusticia y gravedad, razón por la cual no hay lugar al reconocimiento de la atenuante que se demanda.

No siendo, pues, de recibo la tesis de la defensa, tampoco hay lugar al otorgamiento de la condena de ejecución condicional por el factor cuantitativo de la pena impuesta. De suerte que estando ajustada a derecho la decisión adoptada por el sentenciador de primera instancia, y siendo la condena fiel reflejo de la realidad fáctico probatoria vertida en el proceso, se impone su confirmación.

2. La formulación del primer cargo se hizo por la vía equivocada, pues aunque en su enunciación el censor afirma estar de acuerdo con la valoración probatoria efectuada en las instancias, al desarrollarlo muestra todo lo contrario, ya que en vez de dirigir sus cuestionamientos contra el derecho aplicado, como correspondería a un verdadero ataque por violación directa de la ley sustancial, se dedicó a criticar la valoración probatoria realizada por el juzgador en virtud de la cual se negó a admitir que el procesado obró en estado de ira por grave e injusta provocación de la víctima, argumentación propia de una censura por violación indirecta.

Semejante desacierto impide a la Corte penetrar al fondo del asunto, en la medida que su actividad como Tribunal de Casación queda restringida al márco signado por la demanda, y mal podría desconocerse la realidad fáctica deducida en la sentencia impugnada cuándo el propio demandante expresó su conformidad con ella.

Por manera que si el Tribunal se negó a reconocer que el procesado cometió el hecho debido a la grave e injusta provocación de su víctima, y el recurrente dice estar conforme con esa valoración probatoria, ilógica resulta su pretensión de que se rebaje la pena impuesta al procesado por la causal prevista en el artículo 60 del Código Penal.

Empero, como el real fundamento de la censura radica en la negación de dicha atenuante punitiva no obstante que, a juicio del demandante, estaban dadas las condiciones exigidas por el artículo 60 para su reconocimiento, claro se advierte que el ataque se dirige contra la valoración probatoria y, por consiguiente, el cargo ha debido plantearse dentro del ámbito de la violación indirecta.

Segundo Cargo:

En lo que respecta al segundo cargo, también resulta equivoca la vía escogida para su formulación, toda vez que existiendo una causal especí-

fica para alegar en casación la incongruencia entre la acusación y el fallo, como lo es la consagrada en el artículo 220-2 del C. de P.P., el demandante planteó una controversia de esa índole como si implicara violación directa de la ley sustancial, esto es, al amparo de la causal primera.

De otro lado, no obstante enunciar la violación directa, tal como se vio en la relación hecha de la demanda, terminó criticando el alcance de la prueba al estimar que hechos fundamentadores de la agravante fueron supuestos en el fallo, mas no demostrados.

Por último, consideró erróneamente el censor como una cuestión de incongruencia lo que era un problema de dosificación punitiva, dado que los falladores no dejaron agravantes específicos al homicidio sino que formularon incremento de la pena con base en las razones ya aludidas.

Dichas fallas de técnica, al igual que en el cargo anterior, dan al traste con la censura, lo cual no obsta para advertir que en el fondo también carecería de fundamento real, según lo señaló el Ministerio Público, pues salta a la vista que si la condena se hubiera producido por el delito de homicidio agravado la pena mínima no habría podido ser inferior a 8 años de prisión conforme a la normatividad preexistente al hecho, mientras que la impuesta al procesado escasamente sobrepasó los 5 años.

Conforme con lo dicho la sentencia impugnada se mantendrá incólume, tal como lo solicita el señor Procurador Delegado.

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

RESUELVE

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

Cúmplase.

Carlos Eduardo Mejía Escobar, Fernando Enrique Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argóte, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

RECURSO DE HECHO/APELACION

Reiteradamente se ha venido señalando por la Corte, que la omisión del impugnante en sustentar el recurso de hecho dentro de los tres días siguientes al recibo de las copias respectivas, tal como lo ordena el artículo 209 del Código de Procedimiento Penal, no necesariamente entraña la deserción del recurso, si la sustentación se ha hecho en el escrito de interposición o en todo caso, antes de dicho traslado. Exigir al impugnante que sustentó el recurso al momento de interponerlo, o antes del envío de las copias, que lo sustente nuevamente ante el Superior, es un requerimiento no sólo innecesario sino excesivamente formalista, contraventor del principio rector de toda actuación judicial de la efectividad del derecho sustancial (artículo 228 de la C. N. 1° de la Ley 270 de 1996 y 9 del C. de P. P.).

De aceptarse la procedencia del recurso de casación contra sentencias que, por no haber sido objeto de la alzada por parte del presunto afectado, no fueron revisadas en segunda instancia ni comportan pronunciamiento alguno sobre su particular situación, -amén de la limitación a la competencia del superior y de la prohibición de reforma peyorativa, traídas por el artículo 217 del C. de P. P., modificado por el artículo 34 de la Ley 81 de 1993-, el Estado y concretamente la Administración de Justicia, desconocería el principio de seguridad jurídica, que predica la inamovilidad de las decisiones de mérito, no pudiendo ser revocadas o modificadas sino a instancias del ataque que en el momento oportuno y a través de los recursos le formulen las partes.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal.- Santa Fe de Bogotá D.C., cinco (5) de septiembre de mil novecientos noventa y seis (1996).

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

Aprobado acta No. 131.

Proceso: 11322

ASUNTO

Resolver el recurso de hecho interpuesto por el defensor de los procesados Jairo Linares Luna y Rafael Orlando Galeano Becerra contra el auto mediante el cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, negó el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia dictada por esa Corporación en segunda instancia.

ANTECEDENTES

Por los delitos de estafa en concurso homogéneo, agravados por la cuantía, el Juzgado Sesenta y Seis Penal del Circuito de esta capital, condenó a las siguientes personas a pena de prisión: Israel Bohórquez, Jairo Linares Luna Y Rafael Orlando Galeano a 84 meses, Armando Durán Villalba a 56 meses, Nelson Arango Giraldo, Hugo Orlando Díaz Mendoza y Luis Enrique Comba Ceballos a 48 Meses, Julio Avendaño Cruz y Wilson Jiménez Amaya A 20 Meses, Víctor Manuel Argüello a 12 meses y Wolmar Gómez Sánchez a 30 meses.

Contra esta sentencia sólo interpusieron recurso de apelación, los defensores de Hugo Orlando Díaz, Armando Durán Villalba y Wolmar Gómez Sánchez. El Tribunal Superior, mediante fallo del trece de octubre de 1995, confirmó la condena de primer grado.

El defensor de los procesados Jairo Linares Luna y Rafael Orlando Galeano Becerra, interpuso el recurso extraordinario de casación contra la sentencia de segunda instancia, el cual le fue denegado, en consideración a que el recurrente "no tiene interés, pues la sentencia respecto de ellos no fue impugnada, lo que demuestra que estuvieron conformes con ella" y "de aceptarse el recurso de casación invocado, sin haber apelado ante la segunda instancia, sería permitir una especie de acción *per saltum*, la que no existe en el proceso penal".

Inconforme con tal decisión, el defensor de los procesados en mención interpuso el recurso de hecho, para cuyo trámite se expidieron las copias pertinentes con destino a esta Corporación, ante la cual omitió presentar sustentación alguna, aunque las razones para sostener la procedencia del recurso denegado aparecen en el escrito de interposición.

Argumenta el impugnante que de conformidad con el art. 222 del C. de P. P., el recurso de casación es procedente en el presente caso, por cuanto "la norma en comento, cuyo título es 'LEGITIMACION PARA RECURRIR', no prescribe como requisito para acudir en casación que la parte interesada haya apelado una providencia previa; si así fuera, la norma lo diría en forma expresa y al juzgador no compete ir en sus requisitos más allá de los impuestos por la ley".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Reiteradamente se ha venido señalando por la Corte, que la omisión del impugnante en sustentar el recurso de hecho dentro de los tres días siguientes al recibo de las copias respectivas, tal como lo ordena el artículo 209 del Código de Procedimiento Penal, no necesariamente entraña la deserción del recurso, si la sustentación se ha hecho en el escrito de interposición o en todo caso, antes de dicho traslado. Exigir al impugnante que sustentó el recurso al momento de interponerlo, o antes del envío de las copias, que lo sustente nuevamente ante el Superior, es un requerimiento no sólo innecesario sino excesivamente formalista, contraventor del principio rector de toda actuación judicial: de la ***efectividad del derecho sustancial*** (arts. 228 de la C. N., 1° de la Ley 270/96 y 9 del C. de P. P.).

El Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá, para negar el recurso extraordinario de casación en el caso *sub examine*, se fundamentó en el siguiente pronunciamiento hecho por la Sala al resolver un caso similar, el 9 de agosto de 1995, con ponencia del Magistrado Dídimo Páez Velandia:

"La competencia del superior para decidir, de conformidad con el artículo 217 del C. de P. P., se encuentra inequívocamente aquí señalada: sin limitación alguna, si del grado de consulta se trata; únicamente los aspectos impugnados, si fue apelada, y cuando se trate de sentencia condenatoria no se podrá agravar la pena impuesta, salvo que el Fiscal o el agente del Ministerio Público o la Parte Civil, cuando tuviere interés para ello, la hubieren recurrido".

"De lo anterior se infiere lógicamente que el fallo de segunda instancia no tiene, en principio, poder dispositivo sobre la situación jurídica de los no recurrentes, salvo, por ejemplo, que se imponga la anulación de toda la actuación, o que se les deba aplicar por extensión, pues su competencia solamente alcanza a quienes, a través de ese instrumento, muestran su inconformidad con lo decidido por la primera instancia, mas no a los que, con su silencio, demuestran su aprobación con lo resuelto. La interposición del recurso es señal evidente de que se pretende acceder a otra instancia en busca de la justicia que el inferior le negó; su no interposición, demuestra que no hay interés en que se revise por el superior lo decidido, pues se considera justo".

"El recurso extraordinario de casación solamente procede contra las sentencias de SEGUNDA INSTANCIA, pronunciadas por el Tribunal Nacional, los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y el Tribunal Penal Militar, por delitos que tengan señalada pena privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de seis años, de conformidad con lo dispuesto por el inciso primero del Artículo 218 del Estatuto Procesal Penal".

"Si esto es así, como en efecto lo es, síguese que, en el caso del condenado Jesús Alberto Gutiérrez Julios no hay legitimación para interponer el recurso extraordinario de casación, como lo entendió con acierto el Tribunal Superior de San José de Cúcuta, habida cuenta de que no agotó las dos instancias al omitirse la interposición del recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, lo cual si bien facultativamente podía hacerse, dado que es un derecho del que discrecionalmente se puede hacer uso, para acudirse a la casación constituía *"conditio sine qua non"* que revisara el superior la sentencia del Juez de primera instancia".

En el presente caso también el recurrente interpone el mecanismo extraordinario de impugnación sin antes haber apelado el fallo de primera instancia, desconociendo que la casación, por el objeto de que se ocupa, cual es la sentencia de segundo grado, es de naturaleza excepcional y rogada, en la medida en que la manifestación de inconformidad con un fallo que se presume certero y legal, debe emanar oportunamente de las partes y no inferirse oficiosamente por el funcionario.

En otras palabras: si a través del recurso extraordinario de casación se cuestiona la legalidad del fallo de segunda instancia, que como tal está amparado por la doble presunción de acierto y legalidad, quien no apeló la sentencia de primer grado, ni su situación se vio modificada con el pronunciamiento del Tribunal, carece de legitimidad para acudir a la impugnación por vía extraordinaria; pues los recursos, entendidos como mecanismos procesales otorgados por la Ley a las partes para controvertir las decisiones judiciales que consideren adversas o ilegales, deben provenir de la iniciativa de los intervinientes, quienes han de agotar primero, en las instancias previas, y a medida que se vaya manifestando la voluntad de la judicatura, los instrumentos ordinarios de control que legitimen y hagan viable el ulterior ejercicio del medio extraordinario de impugnación.

Y habiendo sido concebida la casación como un instituto jurídico excepcional para restaurar la legalidad del fallo, la inconformidad con la decisión de mérito tiene que ser expresa y oportuna, de tal manera que mediante la impugnación a la sentencia de primer grado, se promueva el proferimiento de la respectiva SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA, como otro control regular adicional para garantizar la justicia de la decisión.

De aceptarse la procedencia del recurso de casación contra sentencias que, por no haber sido objeto de la alzada por parte del presunto afectado, no fueron revisadas en segunda instancia ni comportan pronunciamiento alguno sobre su particular situación, -amén de la limitación a la competencia del superior y de la prohibición de reforma peyorativa, traídas por el artículo 217 del C. de P. P., modificado por el art. 34 de la Ley 81/93-, el Estado y concretamente la Administración de Justicia, desconocería el principio de ***seguridad jurídica***, que predica la inamovilidad de las deci-

siones de mérito, no pudiendo ser revocadas o modificadas sino a instancias del ataque que en el momento oportuno y a través de los recursos le formulen las partes.

Además, si la teleología central del nuevo esquema procesal penal colombiano, -mixto con tendencia acusatoria- es la garantía de los derechos fundamentales de las partes que en él intervienen, los sujetos procesales deben desempeñar un dinámico papel en correspondencia a esa finalidad rectora propia de un proceso penal "entre partes", que se surte gradual y sistemáticamente a medida que se agotan las instancias, pues al avanzar el proceso, por la logicidad del sistema, éste se cierra en la cúspide.

Ese dinamismo de las partes responde a los principios de ***lealtad procesal*** y de ***preclusión*** de los momentos procesales, y se exterioriza a través del ejercicio oportuno de sus derechos, con la unívoca controversia a medida que se van profiriendo las decisiones judiciales, de tal manera que se trabe el contradictorio y se legitime el carácter dialéctico de la actuación.

De ahí que la pasividad manifiesta del procesado o de su defensor, al omitir ejercer el derecho a impugnar la sentencia condenatoria de primer grado, descarte la posibilidad de controvertir por vía extraordinaria la de segunda instancia, -a menos que de este último pronunciamiento resulte desfavorecido el status adquirido en el fallo de primer grado-, no sólo porque esta actitud refleja conformidad con el mismo, sino además porque la ilegalidad de la sentencia de mérito no puede alegarse con criterio supletorio, luego de haber tenido a disposición la oportunidad de cuestionar la decisión dentro de la misma instancia que ahora se pretende deslegitimar.

Este desleal proceder vulnera el principio de la inmaculación del proceso, -pues lo pervierte con otro mecanismo paralelo de impugnación-, y además desconoce su carácter gradual y preclusivo.

Valga precisarlo: la impugnación extraordinaria respecto del procesado deviene procedente sólo cuando éste o su defensor hayan interpuesto la alzada como paso previo para controvertir la sentencia de mérito; o, cuando, sin haber apelado directamente, el fallo de segundo grado afecte su situación jurídica y le cause agravio, tal como sucedería en el evento en que se transgreda la prohibición de *reformatio in pejus*. En este caso, se impone para el recurrente la carga procesal de acreditar, con la interposición del recurso, el interés que le asiste para impugnar en casación el fallo de segundo grado, a pesar de haber omitido incoar el recurso de apelación.

Ahora bien, no sobra advertir que respecto de sentencias proferidas por vía de consulta (art. 206 del C. de P. P., modificado por el art. 29 Ley 81/93), procede el recurso de casación por parte del interesado, así éste

no haya apelado previamente, pues en este evento, por virtud del artículo 217 ejusdem -modificado por el art. 34 de la Ley 81/93- puede el superior *"decidir sin limitación sobre la providencia o la parte pertinente de ella"*, lo que, al habilitar la modificación de la situación jurídica del procesado, lo dota de interés para recurrir por vía extraordinaria el fallo que le cause agravio.

El comentado criterio de la Sala -utilizado como fundamento por el Tribunal de instancia para denegar el recurso de casación-, es censurado por el abogado recurrente, argumentando la imposibilidad en que se encuentra el intérprete para limitar la procedencia del recurso extraordinario con exigencias adicionales a las contenidas en el artículo 222 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el artículo 36 de la Ley 81 de 1993.

Este argumento del impugnante conlleva una posición deducida a través de una exégesis hermenéutica circunscrita a un sólo artículo del Código de Procedimiento Penal, y no a una introyección sistemática de las instituciones procesales, pues concibe el recurso extraordinario de casación al margen de su objeto, de sus finalidades, y de los principios rectores que regulan la dialéctica procesal.

Según el planteamiento del abogado recurrente en este caso concreto, la sentencia de primera instancia no les fue notificada a sus dos defendidos, lo que habilitaría el ejercicio del recurso extraordinario: situación ésta que no estaría comprendida dentro del tratamiento excepcional al que se ha hecho referencia, pues este argumento no se compadece con el principio de lealtad procesal antes destacado, ya que no se entiende por qué o con qué finalidad el defensor habría callado esta irregularidad, de llegar a serlo, durante el término de ejecutoria formal del fallo y también en el término de traslado a los no recurrentes, previsto en los artículos 196A y 196B del Código de Procedimiento Penal (adicionados por la Ley 81 de 1993, arts. 26 y 27, respectivamente).

En este orden de ideas, se declarará bien denegado el recurso de casación interpuesto por el defensor de los procesados Jairo Linares Luna y Rafael Orlando Galeano Becerra contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de este Distrito Judicial.

De conformidad con el inciso 1° del artículo 210 del C. de P. P., "se ordenará enviar la actuación al inferior para que forme parte del expediente".

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

RESUELVE

DECLARAR correctamente denegado el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de los procesados Jairo Linares Luna y Rafael Orlando Galeano Becerra contra la sentencia del Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá.

De conformidad con el inciso 1° del artículo 210 del C. de P. P., se ordena "enviar la actuación al inferior para que forme parte del expediente".

Notifíquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CONGRESISTA -Competencia /**CORTE** -Impedimento

El artículo 186 de la Constitución Política establece que, "De los delitos que cometan los congresistas, conocerá en forma privativa la Corte Suprema de justicia, única autoridad que podrá ordenar su detención. En caso de flagrante delito deberán ser aprehendidos y puestos inmediatamente a disposición de la misma corporación".

En armonía con la norma anterior, el artículo 235 ibidem señala como atribución de la Corte "investigar y juzgar a los miembros del Congreso", lo cual constituye una excepción a la competencia del Fiscal General de la Nación, a la cual se refiere el numeral 1o. del artículo 251 siguiente, en donde dice que corresponde a dicho funcionario judicial "Investigar y acusar, a los altos funcionarios que gocen de fuero constitucional, con las excepciones previstas en la Constitución".

Así las cosas, es por mandato de la propia Carta, que a diferencia de los demás procesos penales en donde la investigación y acusación corresponde a los fiscales y el juzgamiento a los jueces, tratándose de Congresistas tanto la investigación como el juzgamiento son competencia exclusiva de la Sala Penal de la Corte, sin que por esa intervención se genere respecto de sus miembros impedimento alguno, y si alguna ley lo estableciera sería abiertamente inconstitucional.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal.- Santa Fé de Bogotá, septiembre diez (10) de mil novecientos noventa y seis (1996).

Proceso: 7830

El procesado Leovigildo Gutiérrez Puentes presentó un escrito en el cual recusa a todos los integrantes de la Sala, por considerar que se presenta la causal de impedimento prevista en el numeral 11 del artículo 103 del Código de procedimiento Penal, en razón a que la Corte instruyó su proceso y calificó el mérito del sumario.

Sostiene que para cumplir con el mandato del artículo 235 numeral 3o. de la Constitución Política, los Magistrados investigadores actúan como fiscales y quedan impedidos para conocer del juicio.

Agrega que al declarar la Corte Constitucional inexequible el último inciso del numeral 12 del artículo 103 citado, no dejó posibilidad de que un Juez o magistrado que haya conocido de actuaciones en la investigación, pueda intervenir en la etapa del juicio.

Estima que quienes intervinieron en este asunto debe ser reemplazados por conjueces para garantizar la imparcialidad.

La recusación propuesta será rechazada por las siguientes razones:

1o. El artículo 186 de la Constitución Política establece que: "De los delitos que cometan los congresistas, conocerá en forma privativa la Corte Suprema de Justicia, única autoridad que podrá ordenar su detención. En caso de flagrante delito deberán ser aprehendidos y puestos inmediatamente a disposición de la misma corporación".

En armonía con la norma anterior, el artículo 235 *ibidem* señala como atribución de la Corte "investigar y juzgar a los miembros del Congreso", lo cual constituye una excepción a la competencia del Fiscal General de la Nación, a la cual se refiere el numeral 1o. del artículo 251 siguiente, en donde dice que corresponde a dicho funcionario judicial "Investigar y acusar, a los altos funcionarios que gocen de fuero constitucional, con las excepciones previstas en la Constitución".

Así las cosas, es por mandato de la propia Carta, que a diferencia de los demás procesos penales en donde la investigación y acusación corresponde a los fiscales y el juzgamiento a los jueces, tratándose de Congresistas tanto la investigación como el juzgamiento son competencia exclusiva de la Sala Penal de la Corte, sin que por esa intervención se genere respecto de sus miembros impedimento alguno, y si alguna ley lo estableciera sería abiertamente inconstitucional.

2o. La causal de impedimentos aducida, "Que el juez haya actuado como fiscal.", es evidente que no se presenta en este caso, pues ninguno de los integrantes de la Sala ha tenido ese tipo de actuación, y la calificación del sumario la hizo esta Corporación como Corte Suprema de Justicia, en ejercicio de la competencia otorgada por la Constitución.

Aunque es verdad de perogrullo, ante el planteamiento del recusante es necesario decirlo: quienes actúan como fiscales son los fiscales, y el hecho de que la Corte califique un sumario seguido contra un congresista no la convierte fiscal.

Por las razones expuestas no se acepta la recusación, y en consecuencia se dispone que se efectúe el sorteo de conjueces para los fines consiguientes.

Cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

ACCION DE REVISION/ LEGITIMIDAD

La acción de revisión no es recurso que pueda interponerse en el trámite del proceso, sino un derecho que surge de la concurrencia de alguna de las causales previstas en el artículo 232 del Código de Procedimiento Penal con miras a destronar, del carácter de cosa juzgada, la decisión ejecutoriada culminatoria de la actuación, sea que se trate de sentencia, cesación de procedimiento o preclusión de la instrucción, para cuyo ejercicio se requiere el adelantamiento de un trámite especial y posterior al proveído de punto final.

Desde esta perspectiva, se concluye que la revisión es una acción judicial autónoma, dirigida contra un proceso penal concluido. Siendo ello así, ha de entenderse que cuando el artículo 233 del Código de Procedimiento Penal radica en cabeza del defensor, entre otros sujetos, la titularidad para promoverla, requiere que tenga poder del sentenciado en cuyo favor procede, el que no se supone conferido por haber actuado en tal carácter en la tramitación ordinaria de la instrucción, el juicio o en sede de casación.

Al respecto resulta pertinente recordar lo ya precisado por esta Sala al sostener: "para que un abogado adquiera la legitimidad necesaria para adelantar la acción debe tener poder otorgado especialmente para esa actuación, pues la gestión encomendada dentro del proceso termina con la ejecutoria de la providencia que le puso fin a las instancias o a la fase extraordinaria de casación" (auto 27 de septiembre de 1995. M.P. Dr. Calvete Rangel), obviamente sin perjuicio de la facultad de intervenir en la fase ejecutiva del fallo para garantizar, en esa postrera etapa, la triangibilidad de los derechos de la parte que representa (arts. 500 y ss. C.P.P.).

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

Aprobado Acta No. 132 .

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

Proceso: 12183

Se pronuncia la Sala sobre la admisibilidad de la demanda de revisión presentada por el doctor Pedro Jaime García Hernández, quien fungió como defensor de Efraín Barrera Alvis en el proceso que culminó con sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Sesenta Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá, y confirmada por el Tribunal Superior.

SE CONSIDERA

La Corte reiteradamente ha precisado que la acción de revisión no es recurso que pueda interponerse en el trámite del proceso, sino un derecho que surge de la concurrencia de alguna de las causales previstas en el artículo 232 del Código de Procedimiento Penal con miras a destronar, del carácter de cosa juzgada, la decisión ejecutoriada culminatoria de la actuación, sea que se trate de sentencia, cesación de procedimiento o preclusión de la instrucción, para cuyo ejercicio se requiere el adelantamiento de un trámite especial y posterior al proveído de punto final.

Desde esta perspectiva, se concluye que la revisión es una acción judicial autónoma, dirigida contra un proceso penal concluido. Siendo ello así, ha de entenderse que cuando el artículo 233 del Código de Procedimiento Penal radica en cabeza del defensor, entre otros sujetos, la titularidad para promoverla, requiere que tenga poder del sentenciado en cuyo favor procede, el que no se supone conferido por haber actuado en tal carácter en la tramitación ordinaria de la instrucción, el juicio o en sede de casación.

Al respecto resulta pertinente recordar lo ya precisado por esta Sala al sostener: "para que un abogado adquiera la legitimidad necesaria para adelantar la acción debe tener poder otorgado especialmente para esa actuación, pues la gestión encomendada dentro del proceso termina con la ejecutoria de la providencia que le puso fin a las instancias o a la fase extraordinaria de casación" (auto 27 de septiembre de 1995, M.P. Dr. Calvete Rangel), obviamente sin perjuicio de la facultad de intervenir en la fase ejecutiva del fallo para garantizar, en esa postrera etapa, la intangibilidad de los derechos de la parte que representa (arts. 500 y ss. C.P.P.).

En el caso de autos, observa la Corte que el accionante adjuntó a su escrito la constancia de haber actuado como defensor de Efraín Barrera Alvis en el proceso cuya revisión persigue, además de las copias de los fallos de primera y segunda instancia, sentencia que cobró ejecutoria el 6 de marzo de 1996 "cuando se aceptó el desistimiento del recurso extraordinario de casación", pero omitió allegar el poder especial para instaurar la acción que intenta, con lo cual resulta evidente la ausencia de personería para actuar como defensor en este preciso asunto.

Por los motivos enunciados en precedencia, la demanda presentada será rechazada.

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

RESUELVE

RECHAZAR la demanda de revisión presentada por el doctor Pedro Jaime García Hernández, por carecer de poder para actuar en nombre del sentenciado Efraín Barrera Alvis.

Notifíquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

COMPETENCIA-Traslado de procesado

Es obligación del INPEC efectuar el traslado de los procesados a las diligencias judiciales, y si esto no se cumple por motivos imputables a dichas autoridades, el funcionario responsable del proceso debe formular la queja correspondiente para que se adelante la investigación a que haya lugar. La competencia para el juzgamiento no la determina el lugar de reclusión del implicado, y las fallas administrativas relacionadas con la remisión no constituyen motivo suficiente para acceder a la pretensión de los memorialistas.

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

Magistrado Ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel*

Aprobado Acta No. 133

Proceso: 12114

VISTOS

Resuelve la Sala la solicitud de cambio de radicación impetrada por los defensores de los procesados Gustavo Jaramillo Pardo y otros, a quienes se les adelanta un proceso por el delito de homicidio.

FUNDAMENTOS DE LAS SOLICITUDES

1o.- El defensor del procesado Vicente Ricardo Baris manifiesta que "hay un cúmulo de circunstancias que están poniendo en peligro las garantías procesales mínimas que se deben guardar en todo proceso (...) como el de perentoriedad y preclusividad en los términos procesales y legales. Es de recibo entonces que su señoría remita la presente foliatura, que gravita en contra de un abultado número de procesados, al Juez competente en la ciudad de Medellín (Antioquia), a fin de que se decrete el CAMBIO DE RADICACION DEL SUMARIO en razón a no realizarse LA VISTA PUBLICA POR causa atribuible al INSTITUTO NACIONAL PENI-

TENCIARIO, dada la mora en el traslado del Enjuiciado recluido en la Cárcel judicial de TURBO".

Adjunta una jurisprudencia de esta Sala sobre las causales contenidas en el artículo 83 del C. de P.P.

2o.- Por su parte, el representante judicial de Gustavo Jaramillo Pardo impetra idéntica medida con la siguiente argumentación:

- La razón fundamental para ordenar el traslado del procesado Wilson Palacio Rivera a la cárcel de Turbo fue protegerle la integridad personal, si se tiene en cuenta que el delito de homicidio aquí investigado tuvo ocurrencia en la Cárcel Modelo de Barranquilla, donde se halla detenido, y la víctima fue un recluso de dicha penitenciaría.

- No es conveniente por razones de seguridad el traslado de Palacio Rivera a la Cárcel Modelo de Barranquilla, como quiera que allí se encuentran recluidos sus enemigos.

- Los demás procesados se hallan en libertad y la defensa técnica está encargada a profesionales adscritos a la defensoría pública, lo que indica que si se ordena el cambio de radicación no se causarían traumatismo por cuanto podrían designárseles otros defensores adscritos a la misma institución para que asuman la defensa.

Así las cosas, considera suficientes las motivaciones para que se ordene el cambio de radicación.

3o.- El defensor del acusado Gustavo Chávez Ortiz, coadyuva la petición elevada por los profesionales antes mencionados, pues en los diligenciamientos se ponen en peligro las garantías procesales, al no ser trasladado el único implicado que se halla privado de la libertad para poder verificar la vista pública.

Consideraciones de la Sala

1o. El artículo 83 del Código de Procedimiento Penal dice que "El cambio de radicación podrá disponerse cuando, en el territorio donde se esté adelantando la actuación procesal, existan circunstancias que puedan afectar el orden público, la imparcialidad o la independencia de la administración de justicia, las garantías procesales, la publicidad del juzgamiento, la seguridad del sindicado o su integridad personal".

La solicitud de los defensores de los demás encausados tiene como fundamento la dificultad existente para el traslado de Wilson Palacio Rivera, único detenido como consecuencia de este proceso, quien se halla recluido en la Cárcel de Turbo, y la preservación de su integridad personal, supuestamente amenazada por la circunstancia de tener enemigos en la cárcel de Barranquilla.

Sobre los hechos mencionados se tiene lo siguiente: mediante auto de octubre 17 de 1995 se señaló el 30 de octubre del mismo mes y año para llevar a cabo la vista pública librándose las comunicaciones pertinentes, pero no fue posible realizarla pórque el detenido Wilson Palacios no fue remitido.

Por auto de mayo 10 de 1996, se señaló como nueva fecha para la celebración de la audiencia pública los días 23 y 24 del mes y año antes referido, para cuyo efecto se libró una comunicación al Director del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario en Bogotá, obteniendo como respuesta un oficio del Asesor Jurídico del INPEC, en el cual informa al juez de conocimiento que fue imposible entrar en contacto con la cárcel de Turbo, y que en estos eventos la solicitud debe enviarse directamente al Centro donde se halla recluido el procesado, con suficiente antelación, por cuanto "se deben disponer rigurosas medidas de seguridad para llevar a cabo el traslado".

Conforme a lo anterior, no obra dentro de las diligencias constancia alguna de la que se infiera la imposibilidad de efectuar el traslado referido, y por el contrario, de la comunicación emanada por el INPEC se deduce que es posible llevarla a cabo, siempre y cuando se solicite con suficiente antelación. Se ve que no ha existido la adecuada coordinación entre el juzgado y las autoridades carcelarias, luego la demora para realizar la diligencia tiene una explicación que no se adecua a ninguna de las causales previstas para el cambio de radicación.

Por otra parte, es obligación del INPEC efectuar el traslado de los procesados a las diligencias judiciales, y si esto no se cumple por motivos imputables a dichas autoridades, el funcionario responsable del proceso debe formular la queja correspondiente para que se adelante la investigación a que haya lugar. La competencia para el juzgamiento no la determina el lugar de reclusión del implicado, y las fallas administrativas relacionadas con la remisión no constituyen motivo suficiente para acceder a la pretensión de los memorialistas.

Respecto al eventual peligro que pueda significar para el procesado su reclusión en la Cárcel Modelo de Barranquilla, no hay ningún elemento de juicio que lo acredite, y de ser cierto ese hecho, es una situación que debe ser puesta en conocimiento de las autoridades del establecimiento de reclusión para que tomen las medidas que corresponden, pero en modo alguno puede interpretarse como que en esa ciudad existen circunstancias que pueden afectar la seguridad del sindicado, a tal punto que el proceso deba ser trasladado a otro lugar.

Lo dicho es suficiente para concluir que las peticiones deben ser despachadas negativamente.

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

RESUELVE

NO DISPONER el cambio de radicación solicitado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

ACUMULACION DE PROCESOS

El artículo 91 del Código de Procedimiento Penal es del siguiente tenor:

"A partir de la resolución de acusación, habrá lugar a la acumulación de procesos, en los siguientes casos:

1o.- Cuando contra una misma persona se estuvieren siguiendo dos o más procesos aunque en éstos figuren otros procesados.

2o - Cuando estén cursando dos o más proceso penales por delitos conexos que no se hubieren investigado conjuntamente".

Como claramente se desprende de la norma antes mencionada, la acumulación sólo es viable en los procesos en los cuales se haya calificado el mérito del sumario con resolución de acusación que se encuentre en firme.

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

Magistrado Ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel*

Aprobado Acta No. 133

Proceso: 10657

VISTOS

Resuelve la Sala lo que corresponda en relación con la solicitud impetrada por el defensor del procesado Carlos Alonso Lucio en el memorial que antecede.

ANTECEDENTES

El defensor del procesado solicita la acumulación de los procesos radicados bajo los números 10657 y 10133, adelantados en esta Sala, para lo cual invoca como fundamento lo preceptuado por los artículos 91 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, y hace las consideraciones que se anotan a continuación:

"En efecto, las dos investigaciones existen por sendas denuncias que impetraran miembros del Concejo municipal de Barranquilla, ante ciertas afirmaciones vertidas por mi defendido, en el flagor de la contienda política, pero son los mismos hechos y circunstancias los que rodearon las dos investigaciones.

" ...Se impone la preceptiva procedimental de adelantar un solo proceso, pues de lo contrario, cabría la posibilidad, de que por idénticas afirmaciones, se condene y absuelva simultáneamente al mismo sindicado..."

Conforme a lo anterior, se obtuvo constancia expedida por la Secretaría de la Sala en la cual se certifica la existencia del proceso 10133, contra Carlos Alonso Lucio, por los delitos de Calumnia e injuria, siendo querellante Hernán José Mogollón Baeca, en el cual se decretó la apertura de instrucción y ante la inasistencia de las partes en conflicto para la realización de la diligencia de conciliación, se señaló fecha y hora para indagatoria.

El proceso No. 10657 repartido a este Despacho se encuentra con resolución de acusación ejecutoriada por el delito de injuria.

Consideraciones de la Sala

1o.- El artículo 91 del Código de Procedimiento Penal es del siguiente tenor:

"A partir de la resolución de acusación, habrá lugar a la acumulación de procesos, en los siguientes casos:

1o. Cuando contra una misma persona se estuvieren siguiendo dos o más procesos aunque en éstos figuren otros procesados.

2o. Cuando estén cursando dos o más proceso penales por delitos conexos que no se hubieren investigado conjuntamente".

Como claramente se desprende de la norma antes mencionada, la acumulación sólo es viable en los procesos en los cuales se haya calificado el mérito del sumario con resolución de acusación que se encuentre en firme.

Ese requisito no se da en este caso, pues mientras este asunto tienen resolución de acusación ejecutoriada, el proceso con el cual se solicita la acumulación se encuentra en etapa de instrucción.

Por lo anterior, no se accederá a la solicitud elevada por el defensor del procesado, por cuanto resulta inconducente.

2o.- Al margen de lo dicho, se observa que el memorista tiene un confusión conceptual respecto a este tema, pues una cosa es adelantar unas diligencias bajo la misma cuerda procesal por tratarse de hechos conexos y otra la figura de la acumulación a que hace referencia el artículo citado.

Si bien los dos procesos que se adelantan se originaron en idénticas afirmaciones hechas por el sindicado respecto de varias personas, ello no significa que la infracción hubiera sido una, sino tantas cuantos sujetos pasivos resultaron afectados con sus imputaciones, y cada uno de ellos tiene el derecho a formular su querella y a que se efectúe la investigación respectiva.

Mientras el llamamiento a juicio fue por el delito de injuria cometido contra los señores Jorge Gerlein Echavarría y Alejandro Munárriz Salcedo, quienes presentaron sus respectivas querellas, el sumario distinguido con el número 10133 es por la querella presentada por el señor Hernán José Mogollón, luego las afirmaciones pueden haber sido idénticas, pero el sujeto pasivo es diferente.

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

RESUELVE

NO ACCEDER a la solicitud de acumulación de los procesos No. 10657 y 10133 impetrada por el defensor del procesado, conforme a las consideraciones consignadas en este proveído.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DICTAMEN PERICIAL-Traslado

El traslado de los dictámenes periciales dispuesto en la ley tiene como fin primordial el de poner en conocimiento de los sujetos procesales este medio de prueba, para que en ejercicio del derecho de contradicción probatoria puedan solicitar su aclaración, ampliación o adición u objetarlo, según el caso, para lo cual se establece un término perentorio: 5 días para los primeros eventos y hasta cuando finalice la audiencia pública para el último, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2o. del artículo 270 del C. de P. P.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., once (11) de septiembre de mil novecientos noventa y seis (1996).

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos Augusto Gálvez Argote*

Aprobado Acta No.133

Proceso: 9502

Vistos

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de Luis Eduardo Usuaga David, contra la sentencia proferida el 8 de febrero de 1994 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, que confirmó la dictada en primera instancia por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Bello (Ant.) el 28 de octubre de 1993, mediante la cual lo condenó a la pena principal de 4 años de prisión y multa de $896.610.oo, como autor responsable de la infracción descrita en el inciso primero del art. 33 de la Ley 30 de 1986.

Hechos

El 18 de enero de 1993 en horas de la noche, en cercanías a la bomba de gasolina ubicada en el barrio "Machado" del Municipio de Bello, una patrulla del Ejército Nacional inspeccionó el vehículo de servicio público de placas TIN-454, requisando a su conductor Albeiro de Jesús Quintana Velasco y los pasajeros Johney Ospina Gómez, John Jairo Correa Alvarez

y Luis Eduardo Usuaga David, encontrándose dentro del automotor dos bolsas contentivas de una sustancia a base de cocaína, con un peso aproximado de un kilo, cuya propiedad fue atribuida a este último.

SINOPSIS PROCESAL

Con base en el informe de captura e incautación de la droga remitido por la Primera División de la Cuarta Brigada del Ejército con sede en la ciudad de Medellín, el 20 de enero de 1993, la Unidad del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía Regional de dicha ciudad, profirió resolución de apertura de instrucción, vinculando mediante indagatoria a los capturados, y previa la toma de muestras y pesaje de la sustancia decomisada que arrojó un total de 855 gramos, las remitió en la misma fecha a Medicina Legal DECYPOL con el fin de establecer su naturaleza, composición y grado de pureza.

Asignadas las diligencias a la Fiscalía Novena de la Unidad Primera de Ley 30 y varios, por Resolución de enero 25 de 1993 resolvió la situación jurídica de los indagados, profiriendo medida de aseguramiento de detención preventiva en contra de Luis Eduardo Usuaga David, por violación a la Ley 30 de 1986 y preclusión de la investigación en favor de los demás sindicados.

Practicadas las pruebas testimoniales conducentes para el esclarecimiento de los hechos y ya cerrada la investigación, como no había sido posible obtener el dictamen requerido al jefe de la DECYPOL, ante nueva petición del Fiscal, sólo hasta el 12 de mayo del mismo año, el químico farmacéutico del Instituto Nacional de Medicina Legal, Seccional Antioquia, remitió "copia del dictamen emitido bajo control Q.F-93-189 en Enero 21 de 1993", en el cual se concluye que "las dos porciones de polvo color crema" enviadas para su estudio, "corresponden a cocaína base (Bazuca)", con expresa constancia de que "es fiel copia tomada del original", calificándose el mérito sumarial con acusación en contra del procesado Usuaga David, como infractor de la Ley 30 de 1986.

El trámite del juicio correspondió al Juzgado Primero Penal del Circuito de Bello, quien por auto de 21 de septiembre de 1993, al tiempo que señaló fecha para la celebración de la audiencia pública, ordenó en el mismo proveído, poner "en conocimiento de las partes, conforme al art. 270 del C. de P. Penal" el peritaje "que en copia se aportó" al proceso.

Notificado este auto al Fiscal, al procesado, al Ministerio Público y por estado, y sin que obre constancia secretarial sobre la efectividad del traslado, el defensor solicitó extemporáneamente la práctica de unas pruebas, al igual que una nulidad por incompetencia, todo lo cual le fue negado, procediéndose a la celebración de la audiencia pública en la que por escrito, el mismo defensor impetró la absolución de Usuaga David, argumen-

tando la falta de prueba sobre "el cuerpo del delito" por carecer de validez el dictamen pericial, tésis que al no ser compartida por el Juez ni por el Tribunal, condujo al proferimiento de las sentencias de primera y segunda instancias ya reseñadas.

LA DEMANDA

Con fundamento en el numeral 1o. del art. 220 del C. de P.P., acusa el censor la sentencia impugnada, por considerar que es violatoria del art. 33, inciso 1o. de la Ley 30 de 1986 por haber incurrido el Tribunal en error de derecho en la apreciación de la prueba pericial aducida como demostrativa de la materialidad de la infracción por la cual se profirió el fallo.

Para la demostración del cargo, precisa el censor, que en la sentencia recurrida se dio por probada la tipicidad del delito objeto de condena, "con la diligencia de toma de muestras y pesaje (fls. 19 fte. y vto.)" y con la "copia auténtica del dictamen rendido por el químico farmacéutico del Laboratorio de Decypol (fls. 78 y 79)", cuando si bien nada se le puede reprochar a la primera diligencia, "no ocurre lo mismo respecto del protocolo de dictamen pericial que se invoca para determinar la tipicidad de la conducta y la consecuente antijuridicidad de la misma, en cuanto dicho protocolo de dictamen carece de los más mínimos requisitos legales para validar su autenticidad".

"Resulta extraño, agrega, en primer lugar, que no obre, como legalmente se establece, el original del respectivo dictamen pericial, pues, si bien en la presunta copia del mismo, que se allega al proceso, se afirma que 'es copia tomada del original', lo que resulta a todas luces inexplicable es que no se hubiera aportado dicho original, si realmente existía; pero, además, el protocolo de copia que se aportó al proceso, si bien presenta un sello de tinta en el cual se lee 'MUNICIPIO DE MEDELLIN DECYPOL Sección de Laboratorio Quim...Forense' y una rúbrica que aparentemente corresponde a la firma del Químico Farmacéutico que la suscribe, carece de toda autenticidad, no solo por cuanto se trata de una fotocopia que no presenta ninguna impresión tipográfica que identifique al DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS CRIMINOLOGICOS -DECYPOL-, sino además, por cuanto de tratarse de una copia tomada del original, ésta ha debido ser autenticada por el propio Director del Instituto, para dar fe no solo de su autenticidad, sino de la condición de perito oficial de quien la suscribe, como es lo legal y acostumbrado".

De otra parte, continúa afirmando el demandante, que la copia del dictamen carece de cualquier respaldo probatorio, pues la presunta confesión de culpabilidad del procesado, no puede suplir la exigencia de una prueba pericial que debe practicarse y allegarse al proceso con el lleno de todas las formalidades legales, más aun cuando en el ni siquiera se con-

signa el nombre del procesado o procesados a los cuales "vincule el dictamen, como es lo usual y legal".

Enfatiza luego, que no pretende afirmar la falsedad del referido dictamen, sino hacer ver que adolece de los elementos básicos insustituibles para ameritar no solo su autenticidad, sino la materialidad de la infracción y explica, que si no impugnó el dictamen ello se debió a que no fue efectivamente puesto a disposición de los sujetos procesales, pues lo que ordenó el Juez Primero Penal del Circuito de Bello fue que "se pondrá en conocimiento de las partes", lo cual no se hizo.

Con estos supuestos solicita a la Corte se case la sentencia impugnada por no estar demostrada la materialidad del delito y, en su lugar, se absuelva a Luis Eduardo Usuaga David.

Concepto del Procurador Primero Delegado en lo Penal

En criterio del Ministerio Público, la censura no está llamada a prosperar, por cuanto de conformidad con lo dispuesto en los artículos 253 y 254 del C. de P.C. la fotocopia del dictamen pericial cuestionado por el demandante, es "plenamente válida como prueba documental", debido a que de acuerdo con dichas disposiciones los documentos se pueden aportar al proceso en original o copia y si se hace mediante esta segunda modalidad bajo la autorización de una oficina administrativa, judicial o notarial donde se encuentre el original, o en su defecto copia autenticada, tiene el mismo valor, que es lo sucedido en este caso, pues dicha fotocopia "lleva la firma y el sello del químico que dirige esa dependencia oficial de Medicina Legal", autorizando su expedición.

Observa además el Delegado, que en estas condiciones, el casacionista "no ha integrado la proposición jurídica para indicar el defecto de legalidad (error de derecho) del documento que objeta" y que, en cuanto se refiere al traslado del dictamen pericial, ciertamente "ello ocurrió como se ve en el auto del 21 de septiembre de 1993", en el cual se dispuso que el mencionado dictamen "se pondrá en conocimiento de las partes...conforme al art. 270 del C.P. Penal". Esto significa, explica el Procurador, que "Este último artículo precisamente establece el término de traslado", debiéndose entender que: "a el se remite el juzgador, por lo que de allí en adelante la inactividad del apoderado (es una carga procesal) se resuelve en la ausencia procesal de la objeción", esto es, que aquí se trata de una típica inactividad del defensor que impide invalidar lo actuado, pues no puede alegar su propia negligencia para impetrar una nulidad.

Esto lo lleva a solicitar a la Sala que no se case el fallo impugnado.

Consideraciones

1o. Siendo claro que de conformidad con el desarrollo del cargo, así expresamente no lo afirme el demandante, el fallo impugnado es atacado por falso juicio de legalidad constitutivo de error de derecho, lo cual le imponía el deber de precisar las normas positivas que fueron desconocidas en la aducción del referido dictamen pericial y pese a no haberlo hecho, aun dejando de lado esta exigencia, es evidente para la Sala que el cargo no está llamado a prosperar.

2o. Como lo afirma el Procurador Delegado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 253 del C. de P.C. aplicable al procedimiento penal por integración de normas procesales, los documentos se podrán aportar al proceso en original o copia, pudiendo esta última consistir "en transcripción o reproducción mecánica del documento".

3o. Estas copias "tendrán el mismo valor probatorio del original", entre otros casos, "Cuando hayan sido autorizadas por notario, director de oficina administrativa o de policía, secretario de oficina judicial, previa orden del juez, donde se encuentre el original o una copia autenticada", por mandato del artículo 254 *ibidem*.

4o. En este caso, no obstante que ninguna clase de explicación se encuentra en el proceso sobre el por qué no se recibió el original del dictamen pericial cuestionado por el casacionista, es lo cierto que a folio 79 obra fotocopia del mismo con la expresa constancia de que "ES FIEL COPIA TOMADA DEL ORIGINAL", autorizada por el químico farmacéutico de la sección de laboratorio químico forense de la Decypol de Medellín.

5o. En estas condiciones, no se ve la razón de ser del ataque y por el contrario se explica el por qué el demandante obvió citar las normas que consideraba desconocidas en la aducción de la mencionada prueba pericial, toda vez que la fotocopia cuestionada cumple con todas las exigencias legales para que el juzgador la haya valorado con el carácter de documento público.

6o. Ahora, y en relación con la referencia adicional que hace el libelista en el sentido de justificar su inactividad respecto a la no objeción del peritaje, aduciendo para ello que cuando el Juez dispuso que "se pondrá en conocimiento de las partes" el dictamen, "conforme al art. 270 del C. de P. Penal" (f. 115), no profirió una decisión para cumplirse en el presente, sino que la condicionó a una futura, la cual nunca se dictó, razón por la cual debe concluirse, que en definitiva no se dio cumplimiento a la precitada norma procesal y por ende carece de validez el peritaje en referencia, tampoco le asiste razón, pues aún en la óptica del demandante, todo se reduciría a una simple cuestión de semántica, sin trascendencia jurídica alguna si se tiene en cuenta el texto completo del cuestionado auto.

7o. Ahora, debe la Sala precisar, que el traslado de los dictámenes periciales dispuesto en la ley tiene como fin primordial el de poner en conocimiento de los sujetos procesales este medio de prueba, para que en ejercicio del derecho de contradicción probatoria puedan solicitar su aclaración, ampliación o adición u objetarlo, según el caso, para lo cual se establece un término perentorio: 5 días para los primeros eventos y hasta cuando finalice la audiencia pública para el último, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2o. del artículo 270 del C. de P.P.

8o. En el presente asunto, si bien es cierto que el secretario del juzgado no corrió dicho traslado, también lo es que el defensor conoció el contenido del dictamen, como se demuestra con su alegación escrita presentada en el debate público, ya que a él se refirió para criticarlo en diversas oportunidades, como consta a folio 131, cuando afirma que "careciendo de validez tal dictamen, no puede pregonarse por la judicatura que el cuerpo del delito se encuentre demostrado plenamente", a folio 134 al manifestar que "el experticio de DECYPOL, no tiene validez en este proceso" y a folio 137 al sostener que "el dictamen original brilla por su ausencia dentro de la integridad de la encuesta y debe tenerse como de invalidez procesal la fotocopia que se dice es copia del ORIGINAL"; no obstante y sabedor del procedimiento a seguir, si su intención hubiese sido la de objetar la pericia, encontrándose aún en oportunidad para hacerlo, no lo hizo.

9o. En estas condiciones, mal puede afirmarse que por no haberse surtido el referido traslado, se dejó sin oportunidad a la defensa para objetarlo, pues el fin perseguido con esta actividad procesal se cumplió a cabalidad respecto a todos los sujetos procesales, quienes conocieron su contenido mediante la notificación que se hizo del auto correspondiente y si bien el defensor no se notificó del mismo, es incuestionable, como quedó demostrado, que tuvo pleno conocimiento de su contenido.

10o. Es esta la razón para que carezca de relevancia procesal la censura del demandante, y no la que propone el Ministerio Público, de la cual debe la Sala respetuosamente apartarse, ya que frente a actividades procesales como la examinada, no resulta acertado recurrir a los traslados tácitos que infiere el Delegado, pues precisamente lo que dispone la ley es todo lo contrario cuando señala términos para el cuestionamiento del peritaje, no pudiendo entenderse que por no haberse ejercitado el derecho, de facto, se subsanó la irregularidad. Es por haber tenido conocimiento del dictamen el sujeto procesal, que se torna en inane el reproche, ya que independientemente de la materilización del traslado, bien podía el defensor haber objetado el peritaje hasta antes de que finalizara la audiencia pública, sin que ningún vicio de ilegalidad se pudiese contraponer a su actuación.

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 el fallo impugnado.

Devuélvase al Tribunal de origen y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

NULIDAD/ DEBIDO PROCESO

1. Cierto es que el respeto por las formas procesales ya cumplidas constituye garantía de seguridad jurídica para el acusado, al igual que para los demás sujetos procesales, pero ello no significa que aún frente a casos de manifiesta ilegalidad procesal, las actuaciones ejecutoriadas, se tornen inamovibles. No puede olvidarse que la declaración del derecho material presupone la legalidad del trámite procesal y que paralelamente a los intereses del incriminado, están los de la colectividad, cuya protección se integra también al concepto del debido proceso.

De allí que en tratándose de actuaciones ilícitas encaminadas a alterar la verdad real u obtener ventajas procesales indebidas, sobre cuya existencia no se tenga duda en el proceso, sea deber del funcionario judicial aplicar los correctivos necesarios, de acuerdo con las opciones que el mismo procedimiento le brinda, en orden a restablecer su legalidad. Y, una de estas alternativas, es la nulidad, cuando procesalmente no existe otra solución posible.

La judicatura no puede bajo ningún pretexto prohijar conductas procesales ilícitas que atenten contra la verdad real, ni menos permitir que las partes se beneficien de ellas. Hacerlo, sería aceptar el fraude como mecanismo legítimo de defensa o de actividad procesal, lo cual vulnera los postulados de lealtad e inmaculación procesal, y repugna a todo principio racional y lógico.

No siempre, desde luego, la aportación al proceso de una prueba apócrifa, sin perjuicio por supuesto de la ilicitud a que corresponda, implicará la nulidad de la actuación en todo o parte. Para que ello ocurra, será necesario que haya tenido incidencia sustancial en decisiones judiciales posteriores, claramente ilegales y que no exista un mecanismo inmediato distinto que permita remediar el error judicial.

2. Sobra decir que ante la evidente adulteración de la prueba pericial, no era necesario, como erróneamente lo entendió la Juez de la causa, una decisión judicial previa sobre la existencia del hecho puni-

ble a la responsabilidad de una determinada persona en el mismo, para poder aplicar los correctivos pertinentes en orden a salvaguardar el debido proceso. La elocuente tipicidad objetiva del hecho, es de suyo motivo suficiente para que el Juzgador proceda a enmendar los vicios que un tal comportamiento haya podido introducir a la investigación o el juzgamiento.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casacion Civil y Agraria. - Santafé de Bogotá, D.C., once (11) de septiembre de mil novecientos noventa y seis (1996).

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

Aprobado por Acta No.133

Proceso No. 10220

Conoce la Sala del recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de 1° de septiembre de 1994, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá condenó al procesado Jairo Hernando Morales Rozo a la pena principal privativa de la libertad de 28 meses de prisión, al declararlo responsable del delito de homicidio culposo, agravado por encontrarse al momento de cometer el hecho bajo el influjo de bebidas embriagantes.

ANTECEDENTES

El 5 de enero de 1990, a la 1:55 de la mañana, frente al No.16-21 de la carrera 10 de esta ciudad, costado occidental, Jairo Hernando Morales Rozo, quien conducía el vehículo de su propiedad Renault 9 TXE, de placa CGW-055 Chía, atropelló al transeúnte Omar Antonio Suárez Cárdenas, causándole la muerte en forma instantánea.

Horas después, el Instituto de Medicina Legal practicó examen de embriaguez al conductor, con el siguiente resultado, según reconocimiento No.675: "Jairo Morales Rozo. Examinado hoy a las 04:45 horas presenta aliento alcohólico discreto. No disartria, aumento discreto del polígono de sustentación. Nistagums postural negativo. Incoordinación motora discreta, marcha normal. Se toma muestra de sangre para investigar alcoholemia. Con el resultado se complementará el presente dictamen" (fls.21).

Iniciada la investigación y vinculado al proceso mediante declaración indagatoria Morales Rozo, el Juzgado 92 de Instrucción Criminal dictó en su contra medida de aseguramiento de detención preventiva, por el delito de homicidio culposo, con derecho a excarcelación. Al analizar la prueba relacionada con el posible estado de embriaguez del procesado, precisó que era insuficiente, puesto que no se había establecido todavía el grado de intoxicación etílica, siendo el dictamen preliminar allegado al informativo genérico y ambiguo (fls.57 y ss).

Dentro del proceso se constituyó parte civil el señor José Antonio Suárez, padre del occiso (70, 72 y 82). Su apoderado, quedó investido de facultades para recibir, desistir, sustituir, revocar, reasumir, delegar, conciliar si fuere procedente, así como para ejercer todos aquellos actos tendientes a la defensa de los derechos e intereses de su representado (fls.69).

A mediados del citado mes de enero, se allegó al informativo el complemento del reconocimiento médico legal No. 675, con número de identificación 2145, cuyo texto es como sigue: "Bogotá, enero 16 de 1990. Señores Juzgado 116 de Instrucción Criminal. REF.OF.024 del 5 de enero-90 Acta. lev. 005-0027 Dijin. Jairo Morales Rozo. Complementamos nuestro reconocimiento anterior No.675 de enero 5-90 con informe de laboratorio de tox. No.177 de enero 9-90 que en su parte pertinente dice:"...en la muestra de sangre no se encontró alcohol etílico. Conclusión embriaguez negativa. Atentamente, Dr. Alejandro Vives. Medico Forense" (fls.77).

Adjunto, se observa el informe de toxicología No.177, de enero 9 de 1990. en el cual se lee: "Análisis solicitado: INVESTIGACION ALCOHOL ETILICO. Autoridad: JUZGADO 116 INSCRIMINAL BOGOTA. Fecha: ENERO 5-90. Oficio: 0024. MUESTRA PARA ANALISIS: SANGRE ALCOHOL ETILICO. RESULTADO: NEGATIVO. CONCLUSIONES: En la muestra de sangre perteneciente a: Jairo Morales Rozo, no se encontró alcohol etílico. PERITO: Dra. Graciela Téllez de Téllez" (fls.79).

Cerrada la investigación, el Juzgado 92 de Instrucción la calificó mediante providencia de 4 de junio de 1991, con resolución de acusación por el delito de homicidio culposo, agravado por encontrarse el procesado en estado de embriaguez al momento de cometer el hecho (art. 330.1 C.P.). Consecuencialmente, y de conformidad con las normas de procedimiento penal vigentes, revocó la libertad provisional de que gozaba Morales Rozo y dispuso su captura. Ordenó también la expedición de copias para investigar penalmente la conducta del médico forense que suscribe el reconocimiento No.2145, por considerar dicho dictamen discordante con el No.675, que afirmaba síntomas de embriaguez del procesado.

Sobre la deducción de la agravante, precisó:

"Hay serios motivos que comprometen al sindicado en cuanto a que en el momento del accidente se encontraba bajo el influjo de bebidas embriagantes, en primer término tenemos el primer concepto emitido por Medicina Legal pocas horas luego del accidente, pese a que según la misma institución la muestra de sangre tomada al encartado dio como resultado embriaguez negativa hecho que sorprende al Despacho.

"En segundo término tenemos la inspección judicial realizada al vehículo accidentado en donde se encontró una botella de aguardiente que aún contenía licor la que tenía para ser consumirse (sic) si se tiene en cuenta que durante todo el día anterior en la oficina del encartado y los

demás ocupantes -ocupantes de su carro- se encontraban en una reunión celebrando el comienzo del año, lo anterior se refuerza aún más con el testimonio de la señorita Marín Cajamarca (fls.13 y ss.) quien sostiene que todos sus acompañantes venían medio entonados.

"Por último, es muy diciente el testimonio del celador del Banco de Crédito, quien asegura que el procesado cuando bajó del vehículo luego del accidente, se encontraba un poco mareado y se le percibía el olor a trago, además también vio dentro del carro la botella de aguardiente reseñada en la inspección judicial. Los anteriores argumentos sirven de fundamento para considerar que el procesado se encontraba bajo el influjo de bebidas embriagantes en el momento del accidente" (fls.165 y 166).

Al conocer por vía de apelación de este pronunciamiento, el Tribunal Superior de Bogotá, mediante proveído de 6 de noviembre de 1991, mantuvo la resolución acusatoria por el delito de homicidio culposo, pero excluyó la agravante imputada en la primera instancia, apoyado en las siguientes consideraciones:

"Subsidiariamente el defensor recurrente ha solicitado que no se tenga en cuenta la circunstancia del artículo 330 del ordenamiento sustantivo (embriaguez), deducida por la funcionaria instructora en el calificatorio, y se le conceda a su patrocinado el beneficio de la libertad provisional. Razón le asiste al impugnante en sus apreciaciones al respecto, dado que en el actual estado del proceso no hay seguridad de que el sindicado Morales Rozo cuando ocurrió el hecho fuera conduciendo su automóvil bajo el influjo de bebida embriagante. En efecto, el incriminado Morales Rozo ha sostenido que el día anterior al de los hechos a eso de las dos de la tarde se tomó dos cervezas, por ahí a las diez de la noche luego de comer bebió menos de una cerveza y no volvió a tomar más, de manera que estaba lúcido en el momento del accidente. En el dictamen de Medicina Legal fechado el 5 de enero del año próximo pasado y suscrito por el médico Hugo Alberto Cómbita Rojas, visto a folio 77, se lee lo siguiente...Y según dictamen suscrito por la Química Farmacéutica Forense Graciela Téllez de Téllez, en la muestra de sangre de Jairo Morales Rozo no se encontró alcohol etílico. La Juez instructora desechó tales dictámenes, concluyendo que el sindicado estaba embriagado para el instante del insuceso, y dispuso expedir copias del proceso para posible investigación penal contra los aludidos funcionarios del Instituto de Medicina Legal.

"La Sala encuentra apresurada la posición adoptada por la funcionaria de instrucción en el sentido señalado en el acápite precedente, pues tales dictámenes periciales no han sido objetados ni tildados de apócrifos, y antes de desestimarlos de la forma tajante como lo hizo debió procurar que los mismos fueran aclarados por el Instituto de Medicina Legal, solicitando que además se ilustre acerca de si, de acuerdo con los pertinentes datos obrantes dentro del proceso, el inculpado Morales Rozo cuando su-

cedió el accidente podía estar embriagado, lo cual se puede hacer en la etapa probatoria del juicio" (fls.20 y 21 cd.2).

Al desestimar la agravante, otorgó al procesado la libertad provisional y, por considerarla infundada, revocó la orden de expedición de copias impartida por el *a quo* para investigar a los funcionarios de Medicina Legal (fls.17 a 22 2).

El conocimiento de la causa fue inicialmente asumido por el Juzgado 30 Superior, que, por auto del 26 de noviembre de 1991, abrió el juicio a pruebas (fls.211-1), dentro del cual dispuso enviar a Medicina Legal el cuaderno de copias del proceso a fin de que, con fundamento en los elementos de convicción recaudados, dictaminara sobre el estado de embriaguez del procesado (fls.223).

Con ocasión de la práctica de esta prueba, se pudo establecer que el resultado de toxicología No.177 y el reconocimiento No.2145, ambos de medicina legal, arrojaron resultado positivo para alcohol etílico y embriaguez grado I en el procesado, respectivamente, y que las peritaciones aportadas al proceso con la misma numeración en la etapa del sumario, eran falsas, por adulteración de su contenido (fls.233 y 234, 235 y 236).

Ante esta situación, el Juzgado ordenó expedir copias para que se investigara penalmente el hecho, al tiempo que el apoderado de la parte civil, fundado en las normas de procedimiento penal vigentes (art.501 del Decreto 050/87, modificado por el artículo 32 del Decreto 1861/89), solicitaba la variación de la calificación jurídica de la conducta, por la de homicidio agravado, y la revocatoria de la libertad a Morales Rozo (fls.238, 241).

Por auto de 9 de abril de 1992, el Juzgado mantuvo la calificación jurídica del *ad quem*, argumentando que la autenticidad de unos u otros dictámenes todavía no estaba establecida y que las demás pruebas no daban la seguridad de que al momento de los hechos Morales Rozo condujera su automóvil bajo el influjo de bebidas embriagantes. Al respecto, anotó:

"... el Despacho considera que en el presente momento resulta apresurado efectuar una variación de la calificación provisional, porque si bien sobre el dictamen existe duda, también es cierto que sobre la legitimidad de unos y otros no se ha dicho la última palabra, ello será del resorte del correspondiente proceso como ya se dijo antecedentemente, en consecuencia tomar una decisión distinta de la resolución proferida por el H. Tribunal, significa anticiparnos a un juicio, es decir, prejuzgar.

"El Juzgado valorando el correspondiente material probatorio, encuentra que en este estado efectivamente existen los elementos necesarios para que el incriminado siga afectado con una resolución de acusación, pues su actuar culposo se debió a la imprudencia desplegada la aciaga noche

de marras, pero no así como para agravar su situación como lo demanda el solicitante, pues sobre el estado de embriaguez se cierne una duda que debe despejarse en un futuro. No hay la seguridad que para el momento de los hechos Morales Rozo condujera su automóvil bajo el influjo de bebidas embriagantes, admitir tal aspecto sería como obviar la compulsación de copias y faltar un proceso anticipadamente que ni siquiera se ha iniciado" (fls.249 y 250).

En vigencia del estatuto procesal actual, el defensor solicitó la cesación de procedimiento en favor de su representado por indemnización integral de los daños y perjuicios causados con el delito, con fundamento en lo previsto en su artículo 39, y de acuerdo a la manifestación de desistimiento del apoderado de la parte civil, que acompañó a su petición (fls.253 y 254).

El Juzgado difirió esta decisión para cuando obtuviera respuesta de las averiguaciones que realizaban las autoridades penales y el Instituto de Medicina Legal sobre la falsificación de los multicitados documentos (fls.257). Este último, mediante oficio No.1010 92 AJ, reiteró dicha adulteración, al informar que los análisis de las muestras de sangre habían sido positivos para alcohol etílico, tal como se hizo saber mediante oficio 252-92 CR RC (fls.267).

Señalada ya la fecha para la realización de la audiencia pública, la parte civil revocó el poder a su apoderado y pidió no aceptar el desistimiento presentado por éste, por no haber recibido los dineros que de acuerdo con la peritación debían cancelarle. En el mismo escrito, otorgó poder a un nuevo abogado, quien fue reconocido por el Juzgado (fls.288, 291 y 294). Con posterioridad, el inicial representante judicial de la parte civil, aportaría copia del documento suscrito por su poderdante, donde se declara conforme con la indemnización recibida (fls.316 a 321).

En el curso de la audiencia, la defensora del procesado se opuso a la intervención del representante de la parte civil, argumentando que en el proceso existía memorial de desistimiento de la acción por resarcimiento integral. Como la Juez autorizó su participación, la defensa interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación. Resuelto desfavorablemente el primero, el *a quo* concedió el segundo, ordenando la suspensión de la audiencia (fls.309 ss).

Al finalizar la diligencia, el Fiscal Delegado demandó la nulidad del proceso a partir del cierre de la investigación, con fundamento en el artículo 304.2 del estatuto Procesal, a fin de poder incluir en el pliego de cargos la agravante por razón de la embriaguez del acusado, descartada por el Tribunal (fls.311). La Juez, en auto separado, se abstuvo de pronunciarse al respecto, hasta tanto el *ad quem* resolviera sobre la apelación (fls.314).

Mediante providencia de 25 de marzo de 1993, el Tribunal decretó la nulidad de lo actuado a partir del auto que confirmó la resolución de acusación sin la agravante por embriaguez, de 6 de noviembre de 1991, por afectación del debido proceso. En lo sustancial, precisó:

"El engaño ni más ni menos condujo a excluir la causal de agravación contemplada en el artículo 330-1, es decir, que la calificación del hecho a imputar se efectuó sobre una base falsa la cual vino a ponerse de relieve ya en el curso del juicio. La Sala no puede permanecer inane frente a semejante situación y es por ello que se comparte la posición asumida por la señora fiscal que intervino en la audiencia pública: el marco de la acusación se sostuvo sobre una base apócrifa y so pretexto del adelanto de otra investigación por tal hecho, no puede seguirse adelante con este juzgamiento. Sin duda, a más del quebrantamiento de otros principios que gobiernan el proceso, fue el del debido proceso en concreto el vulnerado de tajo y en forma dolosa, conllevando por consiguiente el nacimiento de una grave irregularidad que engendra nulidad insubsanable.

(...)

"... el *a quo* erró en el manejo procedimental del fenómeno, puesto que hubo un momento en que era competente para con base en la prueba legítima, modificar la calificación (lo que sí se permitía en el estatuto en ese entonces vigente), y luego sí decidir sobre el desistimiento, esclareciendo previamente la extraña conducta asumida por el señor José Antonio Suárez y ahí sí pronunciarse sobre la prosecución de la parte civil y la eventual cesación de procedimiento. Nótese cómo y ya en la audiencia pública se vino a pronunciar sobre una consecuencia que no sobre lo principal. Pero ya en el momento actual, cuando el ordenamiento vigente no permite cambio de calificación, la única forma de corregir el yerro propiciado por la mala fe de la falsificación del dictamen es, como se explicó, mediante la invalidación de lo actuado" (fls.44, 45 y 46).

La Fiscalía Delegada ante el Tribunal, a donde fue remitido el proceso para que desatara la apelación interpuesta contra la resolución acusatoria proferida por el Juzgado 92 de Instrucción Criminal, por el delito de homicidio culposo agravado conforme al numeral 1° del artículo 330 del Código Penal, confirmó esta decisión en todas sus partes (fls.38-3).

El Juzgado 74 Penal del Circuito se abstuvo de acceder a la solicitud de revocatoria de la parte civil por indemnización integral, pero el Tribunal, al conocer de este pronunciamiento por apelación, lo revocó, para, en su lugar, excluirla del proceso, por haber transigido con el procesado (fls.365-1 y 67 2).

Celebrada la audiencia pública, el Juzgado dictó sentencia el 30 de junio de 1994, mediante la cual, en armonía con la acusación, condenó al procesado Morales Rozo a la pena principal de 28 meses de prisión, la

suspensión del arte de conducir automotores por igual término, y multa de $5.000.oo. Así mismo, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el término de la pena privativa de la libertad. Finalmente, declaró extinguida la acción civil y concedió al procesado el subrogado de la condena de ejecución condicional (fls.421 y 447-1).

Apelado este fallo, el Tribunal, mediante el que es ahora objeto del recurso de casación, lo confirmó en todas sus partes (fls.84-2). En relación con la solicitud de la defensa, de que se declarara extinguida la acción penal por indemnización, precisó:

"En lo que hace al aspecto puramente objetivo que plantea la defensa, le asiste razón; puesto que es cierto que hubo un momento procesal en que ciertamente existió una causal de cesación de procedimiento, en la medida en que los perjudicados con la infracción habían hecho manifestación en el sentido de que fueron indemnizados integralmente y dado que el pliego de cargos hablaba solo de un delito de homicidio sin agravaciones, tal situación era procesalmente viable. En ello tiene toda la razón el apelante; pero de ahí a afirmar que semejante situación que fue provocada en forma dolosa, mal intencionada, se quiera revivir hoy para alegar supuesta favorabilidad, que se alega como fundamento para hablar de una ultractividad o una retroactividad, no solo carece de sentido lógico sino que puede lindar hasta los principios de la ética, pues por esa puerta se podría decir que las personas están facultadas para engañar a los funcionarios que administran justicia..." (fls.86-2).

LA DEMANDA

Con fundamento en la causal primera, cuerpo primero del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, el demandante acusa la sentencia impugnada de violar, en forma directa, la ley sustancial, por falta de aplicación de los artículos 36 y 39 del Código de Procedimiento Penal, este último modificado por el artículo 7º de la ley 81 de 1993.

Sostiene que el antiguo Juzgado 30 Superior, hoy 74 Penal del Circuito, mediante proveído de 9 de abril de 1992, resolvió no variar la calificación jurídica de la conducta hecha por el Tribunal, lo cual significa, que hasta ese momento, la resolución de acusación lo era por el delito de homicidio culposo sin agravantes.

Después de esta decisión, se allegó el memorial de desistimiento de la parte civil, por indemnización integral, y se solicitó la cesación de procedimiento, conforme a lo establecido en los artículos 36 y 39, sin haber obtenido respuesta en legal forma, lo cual, además, constituye causal de nulidad.

Considera que la Juez debió declarar extinguida la acción penal y ordenar el archivo del expediente. Al no hacerlo, burló el ordenamiento jurídico y sobre todo los derechos fundamentales procesales, puesto que dejó

de aplicar el contenido de estas disposiciones, permitiendo incluso que la parte civil siguiera actuando en forma ilegal.

Dice que salidas como las del Tribunal, de no declarar la causal de casación a pesar de reconocer su existencia, legitiman el quebranto del ordenamiento jurídico y violan los derechos del procesado. Negarse a restablecer el ordenamiento, es una actitud mas apasionada que imparcial y jurídica, que riñe con la justicia. Además, en el curso del proceso se expidieron copias para investigar las presuntas falsedades cometidas, sin que a la fecha exista pronunciamiento alguno al respecto.

Insiste en que la falta de aplicación de los artículos 36 y 39 del Código de Procedimiento Penal, viola los derechos sustanciales del acusado y el debido proceso, por cuanto la decisión no se tomó en auto interlocutorio, actuaciones que generan nulidad, pero que no revisten en este caso importancia, puesto que el deber jurídico y legal de la Corte es casar en su totalidad la sentencia recurrida y en su lugar declarar extinguida la acción penal, en cuyo sentido, pide que se pronuncie.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal inicia su concepto aclarando que el cargo no está correctamente formulado, toda vez que la falta de aplicación de las normas procesales que se citan en la demanda no afecta solamente la sentencia, sino un trámite anterior a ella, por lo que en realidad el ámbito de alegación del vicio se encuentra en la causal tercera de casación, que recoge las nulidades por infracción a las normas del debido proceso.

No obstante lo inadecuado de la proposición, considera que la censura debe estudiarse, en virtud de lo dispuesto en el artículo 228 del estatuto procesal, que impone a la Corte la obligación de declarar oficiosamente la nulidades que observe en el trámite del proceso.

Empieza diciendo que las formas procesales, en el sistema nacional, cumplen un papel que va más allá de su simple utilidad como vehículos para la aplicación del derecho material. Son verdaderos instrumentos de garantía a los cuales se debe someter el Estado y los particulares, independientemente de la convicción que a uno y otro le asista sobre la culpabilidad de quien está siendo sometido al proceso, el cual, en lo penal, está construido sobre determinados presupuestos y ritos que, en la medida de su avance, condicionan las decisiones judiciales, las cuales deben responder a lo previsto en cada momento procesal por la ley de procedimiento.

Dice que los errores judiciales, por su parte, tienen mecanismos dispuestos para su corrección, y que su respeto constituye también garantía ciudadana que inhibe la utilización de vías distintas para enmendar tardíamente las equivocaciones del juzgador. Una de esas medidas, es la

revisión de lo actuado por el superior, cuya decisión obliga al inferior a continuar con el trámite procesal respectivo, según los parámetros que la segunda instancia le haya fijado, por otorgarle la ley la presunción de acierto, como medio para garantizar, a su turno, la seguridad jurídica a los sujetos procesales.

Sostiene que la resolución acusatoria en el esquema procesal colombiano, tiene, a su vez, la virtualidad de definir los límites de la imputación al inculpado, los cuales, si bien pueden ser modificados, en tanto no lo sean atan a los funcionarios judiciales a conservarlos y tomar las decisiones que de ellos surjan sin consideración a eventuales variaciones. "Son los efectos incuestionables de las garantías procesales" (fls.12 cd. Corte).

Luego se refiere al caso concreto para recordar cómo el funcionario instructor, al calificar el mérito del sumario; bajo la anterior legislación procesal, profirió resolución de acusación por el delito de homicidio culposo, agravado por la causal primera del artículo 330 del Código Penal, pero que el Tribunal, al conocer de esta decisión por vía de apelación, excluyó la agravante, con lo cual el proceso debió adelantarse por homicidio culposo simple.

Esta calificación jurídica se mantuvo aún después de haber aparecido prueba que podría rebatir el análisis probatorio del Tribunal sobre el estado de embriaguez del procesado, pues la petición que hiciera la parte civil para que se variara la calificación provisional con fundamento en el artículo 501 del estatuto procesal, no fue atendida por la Juez de la causa, quien sentó la posición de que la imputación debería regirse por los límites descritos.

Encontrándose estas decisiones ejecutoriadas, entró en vigencia el Decreto 2700, que estableció la posibilidad de extinguir la acción penal para los casos de homicidio culposo cuando mediara indemnización integral, sin consideración alguna a criterios subjetivos del Juez sobre la necesidad de la pena o las eventuales variaciones de la situación procesal.

Con fundamento en esta regulación, la defensa demandó la extinción de la acción penal, petición sobre la cual no hubo pronunciamiento distinto de aplazar la decisión, en espera de unas respuestas de entidades oficiales, condición que no contempla la ley como requisito para esta declaración.

Afirma que con esta decisión, y las que siguieron se quebrantó el debido proceso, en la medida que el Juez se apartó de las condiciones establecidas en la ley para la declaración de la extinción de la acción, "en búsqueda de un elemento que le permitiera resolver el asunto por fuera de los límites fijados en la imputación y ante la posibilidad de que su superior reconociera posterior y tardíamente -como así sucedió- su equivocación en relación con la calificación del mérito del sumario" (fls.14 cd. Corte).

Advierte que el Tribunal, en su oportunidad, eliminó la agravante, no por falta de pruebas, sino en virtud de un criterio evaluativo diverso del racionalmente utilizado por el instructor, y que este error judicial quedó ejecutoriado, constituyéndose en marco jurídico del juzgamiento el delito de homicidio culposo sin agravantes, por lo que las decisiones que a partir de allí debieron tomarse, tenían que respetar esa calificación.

Sostiene que como la actitud de los juzgadores fue distinta, puesto que continuaron con el proceso, llegando inclusive el Tribunal a decretar una nulidad sin competencia para ello, todo con al ánimo de adecuar la calificación a su variación de criterio ante las pruebas recaudadas "que, a decir verdad, no variaban la situación procesal examinada por el Juez instructor en su oportunidad" (fls.15).

De esta manera, las formas procesales resultaron burladas, en la medida que se las utilizó en favor de la administración de justicia y por fuera de las garantías que ellas protegían respecto del acusado, con lo cual se llegó a la vulneración de las garantías procesales reconocidas en favor de Jairo Hernando Morales Rozo.

Explica que esta violación estuvo al parecer inspirada en la manifestación que hiciera la parte civil de no encontrarse satisfecha con la indemnización de perjuicios, cuestión que nada tenía que ver con la conducta procesal del acusado, como que era una divergencia surgida entre el padre del occiso y su representante.

Reitera que los funcionarios no respetaron las condiciones jurídicas establecidas, ejecutoriadas e inmodificables del momento, que determinaban la extinción de la acción penal y que les imponía la obligación de declararla. Por tanto, sugiere a la Corte que decrete la nulidad de lo actuado a partir del auto de 17 de julio de 1992, mediante el cual la Juez de la causa dispuso aplazar la decisión sobre la extinción de la acción penal, para, en su lugar, proceder a decretarla.

SE CONSIDERA

Razón tiene el Ministerio Público al sostener que el demandante se equivocó en la selección de la causal de casación aducida, pues cuando el ataque compromete la validez de la sentencia como acto procesal, el error no es de juicio, sino de actividad, posible solo de ser propuesto dentro del marco de la causal tercera.

Basta tener en cuenta que el motivo de improseguibilidad alegado por el recurrente es de aquellos que de suyo niegan la sentencia como decisión de mérito y extremo procesal conclusivo del procedimiento, para advertir que la inaplicación de la norma que lo consagra (art.39 C. de P. P.), comporta un error de orden, y no de juicio, como lo planteó el impugnante. Recuérdese que esta última modalidad de error es exclusiva de la senten-

cia, y su concurrencia, opuestamente a lo que sucede con el error in procedendo, no afecta la validez de la misma como acto procesal.

En resumen, si el fallo no puede dictarse porque converge una causal de extinción de la acción penal que por su naturaleza lo impide, y a pesar de ello se profiere, el acto estará afectado de nulidad, por quebrantamiento del debido proceso. Esta la razón para que la Corte, a pesar de la manifiesta inidoneidad técnica de la demanda, se vea precisada a asumir oficiosamente el estudio de la cuestión planteada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 228 del estatuto procesal, con el fin de establecer si la actuación está afectada de nulidad, como lo plantea en su concepto el representante del Ministerio Público y si es pertinente su declaración.

Como ya se anotó, la causal de improseguibilidad de la acción, cuya aplicación se demanda, es la prevista en el artículo 39 del estatuto procesal penal (art.7° de la ley 81 de 1993), en relación con los delitos de homicidio y lesiones personales culposos, cuando se ha reparado integralmente el daño ocasionado con la conducta punible y no concurre ninguna de las circunstancias de agravación punitiva señaladas en el artículo 330 del Código Penal.

La naturaleza culposa del hecho y la reparación integral de los perjuicios causados, no son objeto de discusión en el caso *sub judice*. Las dudas introducidas por la parte civil en relación con el segundo aspecto, fueron aclaradas por su apoderado de entonces, al presentar copia del documento suscrito por el padre del occiso, en donde lo autoriza para desistir de la acción penal, por haber sido indemnizado de los perjuicios causados con el delito (fls.316 y ss). Y sobre la naturaleza culposa del hecho, abundantes elementos de juicio respaldan la calificación que en tal sentido hicieron los funcionarios de instancia.

La controversia gira, entonces, alrededor de la agravante por embriaguez prevista en el numeral 1° del artículo 330 del Código Penal, cuya inclusión en el pliego de cargos, a raíz de la nulidad decretada por el Tribunal, determinó el no reconocimiento de la causal de extinción de la acción penal por indemnización.

En concreto, dos son los argumentos que se aducen para afirmar su aplicabilidad: a) Que la resolución de acusación que presidía el juzgamiento cuando la petición se hizo, no incluía la referida agravante, y que el Juzgado tampoco la dedujo, pudiendo hacerlo, cuando la parte civil solicitó la variación de la calificación jurídica con fundamento en los nuevos elementos de juicio aportados al proceso. b) Que el tribunal, al propiciar su inclusión a través de una nulidad, desconoció las condiciones jurídicas preestablecidas, cuyo respeto también constituye garantía fundamental para el acusado.

En circunstancias procesales normales, estos planteamientos devendrían enteramente válidos, pues no se reduce a duda que la resolu-

ción de acusación en nuestro sistema procesal penal, entre sus funciones cumple la de delimitar el marco fáctico y jurídico del juzgamiento y por eso, su intangibilidad se erige en pilar fundamental del debido proceso. Pero, en condiciones anormales, derivadas de actos irregulares, ilegales o ilícitos, que afecten la estructura procesal, las garantías fundamentales, o atenten contra la integridad de la verdad material como fin supremo del procedimiento, la resolución de acusación no tiene ni puede tener el poder vinculante que el casacionista y el Ministerio Público reclaman.

Cierto es que el respeto por las formas procesales ya cumplidas constituye garantía de seguridad jurídica para el acusado, al igual que para los demás sujetos procesales, pero ello no significa que aún frente a casos de manifiesta ilegalidad procesal, las actuaciones ejecutoriadas, se tornen inamovibles. No puede olvidarse que la declaración del derecho material presupone la legalidad del trámite procesal y que paralelamente a los intereses del incriminado, están los de la colectividad, cuya protección se integra también al concepto del debido proceso.

De allí que en tratándose de actuaciones ilícitas encaminadas a alterar la verdad real u obtener ventajas procesales indebidas, sobre cuya existencia no se tenga duda en el proceso, sea deber del funcionario judicial aplicar los correctivos necesarios, de acuerdo con las opciones que el mismo procedimiento le brinda, en orden a restablecer su legalidad. Y, una de estas alternativas, es la nulidad, cuando procesalmente no existe otra solución posible.

La judicatura no puede, bajo ningún pretexto, prohijar conductas procesales ilícitas que atenten contra la verdad real, ni menos permitir que las partes se beneficien de ellas. Hacerlo, sería aceptar el fraude como mecanismo legítimo de defensa o de actividad procesal, lo cual vulnera los postulados de lealtad e inmaculación procesal, y repugna a todo principio racional y lógico.

No siempre, desde luego, la aportación al proceso de una prueba apócrifa, sin perjuicio por supuesto de la ilicitud a que corresponda, implicará la nulidad de la actuación en todo o parte. Para que ello ocurra, será necesario que haya tenido incidencia sustancial en decisiones judiciales posteriores, claramente ilegales, y que no exista un mecanismo inmediato distinto que permita remediar el error judicial.

En el caso que se analiza, dos pertaciones falsas se introdujeron al proceso en la etapa de la investigación, con el evidente propósito de desvirtuar probatoriamente la agravante por embriaguez del procesado, que la investigación insinuaba desde su iniciación. Para entonces, no existía la norma procesal cuya aplicación ahora se impetra, pero sí el precepto que prohíbe la excarcelación cuando tal circunstancia de agravación concurre. Esta, la razón mas próxima de la referida adulteración.

Tal conducta delictiva no surtió los efectos esperados frente al funcionario instructor, quien al calificar el mérito del sumario, de todas maneras dedujo la agravante, por considerar sospechosos los dictámenes cuya adulteración se acreditaría posteriormente, y porque en su criterio existían elementos de prueba que los contradecían, incluido el primer reconocimiento de medicina legal.

Pero no ocurrió lo mismo con el Tribunal, ya que al surtirse el recurso de apelación interpuesto por la defensa, excluyó del pliego de cargos la mencionada circunstancia de agravación punitiva, con el argumento de que los dictámenes descalificados por el *a quo* no habían sido objetados ni tildados de apócrifos y que en uno de ellos claramente se leía que en la muestra de sangre del procesado no se había encontrado alcohol etílico.

Como puede apreciarse, la incidencia de los análisis espurios en la estructuración del pliego de cargos, específicamente en la supresión de la agravante, es inobjetable. Y no por el hecho de que el proceso ofreciera en ese momento otros elementos de convicción, no analizados por el *ad quem*, puede negarse el carácter trascendente de las peritaciones en dicha decisión judicial, como parece entenderlo el Ministerio Público.

Al conocerse en la etapa del juzgamiento la falsedad de las multicitadas peritaciones, la parte civil solicitó la modificación de la acusación, de conformidad con lo previsto en el artículo 501 del estatuto procesal entonces vigente (Decreto 050/87), modificado por el art.32 del Decreto 1861/89, pero la Juez, en una decisión en la que prefirió rehuir el tema de la falsedad, y por supuesto su incidencia en el proceso, con el argumento de que no era de su competencia hacerlo, resolvió mantener la acusación en los términos indicados por el Tribunal.

En momento alguno, la funcionaria se pronunció sobre el punto en controversia. Por el contrario, fue clara en señalar que era apresurado hacerlo, por cuanto no se tenía certeza de la existencia de la adulteración, ni de los dictámenes que involucraba, y porque tomar una decisión distinta a la del Tribunal, significaba anticiparse a los resultados de una investigación por falsedad que apenas estaba comenzando.

No hubo, por tanto, una decisión de fondo, con carácter vinculante, que surgiera como resultado de una revaloración probatoria de cara a la nueva situación procesal. Simplemente, una declaración de inhibición, por considerar la Juez que cualquier análisis del punto la colocaría en trance de prejuzgamiento. Por eso, no es dable afirmar que la ulterior nulidad decretada por el Tribunal estuvo animada por un simple cambio de criterio, al menos no en relación con lo resuelto en la precitada providencia de la primera instancia.

Debe reconocerse, desde luego, que de no haberse soslayado la decisión por la Juez, su criterio, cualquiera que hubiese sido, solamente po-

dría haber sido modificado por la vía de los recursos. Pero como no lo hizo, y después desapareció la norma procesal que permitía reconsiderar la calificación en el juicio, no quedaba salida distinta de la anulación, para que el proceso retomara los cauces de la legalidad.

No podían los juzgadores de instancia, ni puede ahora la Corte, ordenar una cesación de procedimiento con fundamento en unos dictámenes falsos, sin atentar contra el debido proceso e incurrir deliberadamente en la causal de revisión prevista en el inciso primero numeral 5° e inciso final del artículo 232 del estatuto procesal penal.

Y si en aras de asegurar la vigencia de un orden justo, es posible rescindir la actuación después de haberse concluído el proceso, con afectación del principio de la intangibilidad de la cosa juzgada, con mayor razón cabe anular si la incorrección es advertida en su trámite, antes de que pueda llegar a constituirse en fundamento de una decisión ilegal definitiva.

Sobra decir que ante la evidente adulteración de la prueba pericial, no era necesario, como erróneamente lo entendió la Juez de la causa, una decisión judicial previa sobre la existencia del hecho punible o la responsabilidad de una determinada persona en el mismo, para poder aplicar los correctivos pertinentes en orden a salvaguardar el debido proceso. La elocuente tipicidad objetiva del hecho, es de suyo motivo suficiente para que el Juzgador proceda a enmendar los vicios que un tal comportamiento haya podido introducir a la investigación o el juzgamiento.

Respecto de la alegada incompetencia del Tribunal para decretar la nulidad, reparo que el Ministerio Público no sustenta, pero que parece estar referido a la falta de identidad entre la decisión final y el tema objeto de apelación, que como se recuerda estaba relacionado con la intervención del apoderado de la parte civil en la vista pública, dígase que dicha iniciativa puede partir también del *ad quem* e inclusive del Juez de casación. Si no fuera así, nunca en segunda instancia, o en sede extraordinaria, podría declararse una nulidad oficiosa cuando se advierta ilegalidad de la actuación procesal (art.305 C. P. P.). Además, ningún sentido tenía entrar a autorizar o negar la intervención de la parte civil en una audiencia que, al igual que toda la actuación de la causa, estaba viciada de nulidad, por los motivos ya estudiados.

No solamente por razones de interés público, de las cuales está revestido el procedimiento, sino de economía, se imponía, en ese momento, la rescisión de la actuación, acorde con el principio normativo de que las nulidades deben decretarse por el funcionario judicial una vez se adviertan.

En síntesis, ni el artículo 39 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el artículo 7° de la ley 81 de 1993, era aplicable, ni el proceso, por razón de este motivo u otro distinto, está afectado de ineficacia.

En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA, SALA DE CASACION 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, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, con aclaración de voto, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, de voto; Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

NULIDAD / DEBIDO PROCESO

(Aclaración de Voto)

Lo que sucede es que la ley procesal creó la posibilidad de concluir el juzgamiento mediante decisiones formalmente interlocutorias para no desgastar la jurisdicción, haciéndola llegar a la sentencia y previa superación de todas las etapas procesales que para arribar se requieren, y otorgó al investigador la facultad de precluir y al fallador la facultad de cesar procedimiento. Pero en uno y otro caso, la decisión es materialmente una sentencia, pues ella declara el derecho sustancial y lo hace con carácter definitivo, inmutable y de verdad real, esto es, con fuerza de cosa juzgada. Por eso yo no veo obstáculo alguno para que se case una sentencia por la vía de la causal primera y, si fuere el caso, se profiera por el Tribunal de Casación auto de cesación de procedimiento , cuando así lo prevea la regla del rito. De ahí que en la aclaración de voto de Septiembre 16 de este año hubiera señalado:

"Entonces cuando el artículo 229 del C.P.P. dispone en su numeral primero que si la causal aceptada fuere la primera, la Corte casará el fallo y dictará el que deba reemplazarlo, ha de entenderse que el concepto de fallo de reemplazo es el de sentencia material y no formal. Tanto es así que la misma solución está prevista para típicos vicios de actividad como son los de las causales segunda y tercera de casación, cuando esta última afecte exclusivamente la sentencia impugnada"

Aclaración de voto: *Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar*

También en este asunto debo precisar una afirmación hecha en la motiva, como ocurrió con la Casación 9103 (Sala de Agosto 22 y Sentencia de Septiembre 16 del año en curso) y no obstante estar de acuerdo con el sentido del fallo.

Sucede que cuando el demandante invoca "como único cargo la causal descrita en el numeral 1° del artículo 220 del Decreto 2700 de 1991 (C. de P.P.), cuerpo primero, esto es por ser la sentencia violatoria de normas de derecho sustancial, por falta de aplicación de los artículos 36 y 39 del

C.de P.P. (modificado este último por el artículo 7° de la Ley 81 de 1993)", acierta en la escogencia del motivo de Casación, en mi modesto entender.

Sin embargo la Sala, pese a que cuestiona con plena razón el error técnico de entremezclar dicha alegación con la sanción de nulidad, prega na que la inaplicabilidad de la norma que consagra el "extremo procesal conclusivo del procedimiento" (o sea el art 39 del C.P.P.) genera" un error de orden y no de juicio, como lo planteó el impugnante" y que "esta última modalidad de error es exclusiva de la sentencia".

Es en ese punto en el que no comparto la consideración de la Sala porque para identificar el carácter sustancial o procesal de la norma jurídica se debe mirar, ante todo, si ella declara, crea, modifica o extingue una relación jurídica concreta, por haberse dado, frente al mandato general, la situación o supuesto fáctico, también concreto, previsto en la ley.

De ahí que en general todas las causales de preclusión o cesación de procedimiento constituyan motivos de extinción de la acción penal y ésta, a su vez, constituye un fenómeno jurídico de carácter sustancial, por lo que la aplicación indebida o la exclusión evidente de la norma que la prevé configura un error de juicio antes que un error de actividad.

En la ocasión que cito como antecedente de esta aclaración, el asunto giraba alrededor de la prescripción de la acción. Ahora el asunto toca con la indemnización integral que frente a cierta clase de delitos produce idéntica consecuencia material (extinción de la acción) y procesal (cesación de procedimiento por improseguibilidad de la acción).

La doctrina, frente a este tipo de causales, acude a diversos conceptos e instituciones dogmáticas que en general tienen en común el hecho de pertenecer a la teoría del delito y de la pena; por ello algunas se clasifican como excusas absolutorias, otras como excluyentes de punibilidad , o se les ha denominado de manera más o menos diferentes, como "causas personales que liberan de la pena" (Liszt), "causas de impunidad" (Jiménez de Asúa), causas que "excluyen la pena" (Mayer), etc.

Cualquiera que sea la categoría a que se acuda para identificarlas, lo cierto es que ellas inciden en un aspecto determinante y "caracterizador" del hecho delictivo, es decir, su naturaleza punible. De modo que si la circunstancia específica, trátese de prescripción, desistimiento, oblación, matrimonio con la ofendida, indemnización integral, o cualquiera otra, apunta a eliminar la punibilidad del hecho, la obligación de asumir la consecuencia jurídica prevista para el hecho, ella entraña un problema de ley sustancial y no una cuestión de rito, trámite o simple actividad.

Por eso el error que suscita dejarla de aplicar, no es error *in procedendo* o, mejor dicho aún, es error de juicio antes que error de actividad.

Lo que sucede es que la ley procesal creó la posibilidad de concluir el juzgamiento mediante decisiones formalmente interlocutorias para no desgastar la jurisdicción, haciéndola llegar a la sentencia y previa superación de todas las etapas procesales que para arribar se requieren, y otorgó al investigador la facultad de precluir y al fallador la facultad de cesar procedimiento. Pero en uno y otro caso, la decisión es materialmente una sentencia, pues ella declara el derecho sustancial y lo hace con carácter definitivo, inmutable y de verdad real, esto es, con fuerza de cosa juzgada.

Por eso yo no veo obstáculo alguno para que se case una sentencia por la vía de la causal primera y, si fuere el caso, se profiera por el Tribunal de Casación auto de cesación de procedimiento, cuando así lo prevea la regla del rito. De ahí que en la aclaración de voto de Septiembre 16 de este año hubiera señalado:

"Entonces cuando el artículo 229 del C.P.P. dispone en su numeral primero que si la causal aceptada fuere la primera, la Corte casará el fallo y dictará el que deba reemplazarlo, ha de entenderse que el concepto de fallo de reemplazo es el de sentencia material y no formal. Tanto es así que la misma solución está prevista para típicos vicios de actividad como son los de las causales segunda y tercera de casación, cuando esta última afecte exclusivamente la sentencia impugnada".

Con todo respeto,

Carlos E. Mejía Escobar

Santafé de Bogotá, septiembre 18 de 1996

ACCION DE REVISION

No es mero capricho de técnica que lo que antes el legislador denominaba "recurso extraordinario de revisión", hoy se haya regulado como "acción de revisión". En efecto, asaz elocuente es la diferencia entre "recurso" y "acción" que hizo esta Sala en auto del 13 de noviembre de 1980, cuya parte pertinente expresó:

"El recurso es un incidente que surge en el proceso para el proceso mismo. Por ser el recurso un incidente dentro del proceso hay continuidad, pues lo ventilan los mismos sujetos procesales, o partes como suele llamárseles, con su intervención activa o pasiva en proponerlo, o mediante actos de oposición o coadyuvancia al discutirlo.

"La acción, por el contrario, es un derecho que surge antes o después del proceso para cambiar o modificar un status que en la revisión es el que establece la sentencia condenatoria. Por ser la acción un derecho y no un mero incidente del proceso no hay continuidad procesal predicable, pues la revisión simplemente busca provocar un nuevo proceso sobre el proceso ya fenecido".

De tal manera que, si la sentencia cuya revisión se solicita es inatacable por regla de autoridad de cosa juzgada, ese nuevo proceso que amerita la susodicha acción sólo puede surgir como consecuencia de la prohuberancia de las falsedades o fraudes que a ella condujeron (ex capite falsi, o propter falsa) *o de la contraprueba que inicialmente aporte el demandante, en relación con hechos nuevos o con la existencia de otros medios de prueba que muy seguramente con posterioridad evidenciarán la equivocación del fallo* (ex capite novarum, o propter nova).

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

Magistrado Ponente: *Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego*

Aprobado Acta N° 133

Proceso: 11993

VISTOS

El sentenciado Jáder de Jesús Villa Saldarriaga, por medio de apoderado profesional, presentó demanda para materializar la ACCIÓN DE REVISIÓN "en contra de la sentencia proferida en primera instancia por el señor Juez Primero Penal del Circuito de Itagüí, resolución que fue confirmada por el Tribunal Superior de Medellín". Aunque en el texto de la demanda no se identificaron por sus fechas los fallos de primera y segunda instancia atacados, formalidad que resulta útil porque ellos constituyen la decisión conclusiva de la actuación procesal, sábese de las copias aportadas por el accionante qué se trata de las sentencias fechadas el 17 de mayo de 1995 y el 4 de agosto del mismo año, por medio de las cuales los ciudadanos Carlos Alberto Restrepo Chavarriaga y Jáder de Jesús Villa Saldarriaga, finalmente fueron condenados a las penas principales de veinticinco (25) años y seis (6) meses y veintiséis (26) años de prisión, respectivamente, como responsables de los delitos de homicidio y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal, el primero, y homicidio y doble porte ilegal de arma de fuego de defensa personal y municiones, el segundo, cometidos en perjuicio de la vida de Nilton Valencia y de la seguridad pública. Se aclara que a la pretensión revisoria sólo le preocupa la condena por el delito de homicidio.

En relación con esta demanda de revisión, la Corte hará una deliberación previa orientada a determinar su admisibilidad o inadmisibilidad, de acuerdo con las pautas formales y de fondo trazadas por los artículos 234 y 235 del C. P. P. para la debida formación de la relación jurídico-procesal. Antes, en orden a una mejor comprensión de los planteamientos del accionante, conviene hacer una síntesis fáctica de los episodios delictivos, basada en las determinaciones de la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, del siguiente modo:

DE LOS HECHOS RELACIONADOS CON EL HOMICIDIO

En la vivienda del señor José Israel Alzate Moncada, situada en la carrera 38 N° 47B-50, apartamento 102 (barrio El Rosario), nomenclatura urbana del municipio de Itagüí (Antioquia), realizábase un regocijo amistoso en el cual se contaban como partícipes, entre otros personajes, Carlos Alberto Chavarriaga (a. el mico), Jáder de Jesús Villa Saldarriaga y Nilton Valencia, quienes aparecen como los protagonistas del acontecimiento delictivo. Aproximadamente a las tres y media de la madrugada de ese infausto siete (7) de noviembre de 1993, se retiró Nilton de la fiesta, en compañía de la dama María Nazareth del Socorro Villa Acevedo y de sus amigos Willington Darío Henao Alvarez y Luis Felipe Ortiz.

Pues bien, a la hora indicada, se escucharon unas detonaciones de arma de fuego y rápidamente se constató el mortal herimiento del joven Nilton Valencia en la carrera 49 N° 58-78 -al frente de un solar-, dirección

correspondiente al barrio Fátima de la misma población, adyacente al mencionado suburbio El Rosario, quien recibió diez (10) impactos de arma corta -pistola y revólver- diseminados en su cuerpo. También resultaron heridos, aunque sin consecuencia letal, sus acompañantes Luis Felipe Ortiz y María Nazareth Villa Acevedo.

Providencialmente, a la misma hora, recorría el lugar una patrulla de la Policía Nacional, razón por la cual algunas de las unidades componentes percibieron dos (2) individuos que a igual ritmo y raudamente abandonaban el paraje del cual provenían los estampidos de arma de fuego, el mismo en el que ulteriormente detectaron el cadáver de Valencia. Abordados por la policía los dos sospechosos, se identificaron como Carlos Alberto Restrepo Chavarriaga y Jáder de Jesús Villa Saldarriaga, el primero de los cuales llevaba consigo un revólver marca smith-Wesson, calibre 38 largo, número interno 8727, en cuyo proveedor estaban alojadas seis (6) vainillas percutidas, arma que tenía todas las trazas de haber sido recientemente disparada; el segundo, asediado por el cerco policial, arrojó al piso lo que portaba y fueron recuperados por los agentes en lugar nueve (9) cartuchos calibre .380, dos (2) vainillas de la misma clase, un cartucho calibre 38 largo y una vainilla calibre 45.

En este ámbito situacional fueron capturados, investigados, juzgados y condenados los dos sujetos antes identificados.

La pretensión revisoria

Tras invocar la causal tercera de revisión prevista en el artículo 232 del C. de P. P., el accionante presenta la siguiente fundamentación fáctica y jurídica:

a. La Fiscalía General de la Nación, por medio de providencia visible a folios 107 y siguientes del expediente, revocó parcialmente la medida de aseguramiento que inicialmente le había impuesto al procesado Villa Saldarriaga, en lo que atañe a la imputación por el delito de homicidio, quedando de esta manera sólo vigente el cargo por el delito de "porte ilegal de arma de fuego de defensa personal". A pesar de tal revocatoria, el ente investigador no tuvo impedimento alguno para proferir la resolución acusatoria fechada el 5 de mayo de 1995, comprensiva de ambos hechos punibles, aunque en la misma providencia modificó la medida de aseguramiento hasta entonces en vigor, determinación que adoptó sin apoyo en prueba sobreviniente que removiera de alguna manera la base de la precedente revocación.

Este modo de actuar, dice el demandante, conculca "las formas propias de cada juicio", supuesto que la Fiscalía no podía modificar lo que ya no existía por efecto de la revocatoria anterior, quedando entonces patente que finalmente se acusó formalmente a su protegido por un delito de homicidio por el que previamente no se le había resuelto la situación jurídica.

b. "De otro lado -expone el accionante- fueron varios los testimonios que no se analizaron objetivamente (sic) y subjetivamente porque favorecían a mi pupilo...", tales los rendidos por Luis Fernando Alzate Tamayo (fs. 207 y 208), Alberto de Jesús Mejía López (fs. 214 y 215) y María Nazareth Villa, testigo esta última que, por haber sido también víctima de las balas lesivas en el mismo escenario de los hechos, debió merecer entera credibilidad en cuanto al señalamiento que hizo de los verdaderos autores del atentado criminal, indicación que huelga decirlo no comprometía a su poderdante. Contrario sensu, el juzgador le concedió irreflexivamente bastante crédito al testimonio de los uniformados, quienes no merecían semejante valor tanto porque apenas eran testigos circunstanciales, como por las fracturas que exhibían las distintas versiones, denoradoras ellas de una solución de continuidad entre los momentos de la realización del crimen y el de la captura de los sospechosos.

c. De igual manera, tampoco suscitó a la judicatura ninguna consideración el testimonio de la dama María Luz Correa Calle, persona que advirtió la presencia de Jáder en el baile, aun después de haberse escuchado el comentario sobre el óbito ocurrido en cercanías del lugar del festejo (fs. 210).

d. Se lamenta el accionante de que no hayan entrado en el debate judicial pruebas como el testimonio del señor José Israel Alzate Moncada (fs. 91 y 92) y el dictamen de balística, el primero de los cuales manifestó claramente que, antes de que Jáder abandonara el recinto del baile, había llegado el rumor de la muerte de Nilton; mientras que el experticio no fue considerado en el examen judicial, a pesar de que también "es favorable a los intereses de mi defendido que se encuentra inocente del delito de Homicidio por el que fue sentenciado".

e. Echa de menos el abogado algunos testimonios de "trascedental importancia" que, de haberse recogido, "hubiesen contribuido a despejar en algo el oscuro panorama procesal, a disolver la infinidad de dudas y lagunas que impregnan el proceso desde su comienzo hasta el final, tales como los de Juan Felipe Ortiz, Williton (sic) Darío Henao y la (sic) de la joven Paola Andrea Deosa, todos fácil de localizar en el mismo Municipio de Itagüí, por intermedio de la misma defensa, si fueren requeridos".

f. Finalmente, el demandante se refiere a la dama Luz Marina Quiceno Torres, identificada con la cédula de ciudadanía número 42.745.533 expedida en Itagüí y cuya búsqueda se puede hacer en el abonado telefónico número 3714899, quien "entrevistada" adujo que el "verdadero asesino es Chicharrón", porque ella lo advirtió cuando arbitrariamente se refugió en su casa para cambiarse la camisa que estaba tinta de sangre, personaje que también recibió muerte violenta el 2 de febrero de 1994 y a quien ella no se atrevió a delatar antes por temor.

Consideraciones de la Corte

No es fácil hacer una sinopsis de una demanda como la que se examina, precisamente caracterizada por el desgreño y la incoherencia en su elaboración. Nótese, a manera de ejemplo, que el accionante se dirige indiscriminadamente en contra de los fallos de primera y segunda instancia, a sabiendas de que el primero absolvió a los dos inculpados por el delito de homicidio y sólo los condenó por el punible contra la seguridad pública -lo cual obviamente aprovecharía a sus pretensiones-, mientras que fue el Tribunal de grado el que, en virtud de apelación interpuesta por la Fiscalía, revocó la absolución y la convirtió en condena también por el injusto contra la vida. Adviértase, además, que el pretendiente de revisión empieza por destacar presuntos yerros relativos a la regularidad del proceso (error *in procedendo*), en el sentido de que se formuló resolución de acusación por un delito -homicidio- que previamente no había sido incluido en la definición de la situación jurídica del imputado, actitud del accionante que francamente desconoce el objeto y los fines de la revisión, pues una equivocación judicial de tal talante -si se llegare a concretar- podría ser materia de discusión en las instancias o en sede del recurso extraordinario de casación, jamás por vía de revisión.

Pero bien, logrado el propósito de distinguir y ordenar las inconformidades del pretensor, la Corte no desatenderá la oportunidad que brinda ese descuidado libelo para hacer precisiones sobre la dinámica de la acción de revisión, así:

1. El examen preliminar de la demanda de revisión, que conduce a su admisión o inadmisión, se propone, por potísimas razones de economía procesal, evitar la sustanciación de escritos abiertamente desenfocados de los fines de la revisión o también porque sean manifiestamente infundados. Esta deliberación previa, por ser obra del mismo órgano competente para decidir de fondo sobre la demanda, permite abortar debates inútiles sobre asuntos claramente definidos en las instancias o en la casación -si la hubo- y nutre de realidad la acción de revisión, pues, lo que en principio aparenta ser garantía por la reapertura apresurada de un proceso ya finiquitado, al final se convierte en frustración para los ciudadanos al sobrevenir una sentencia inhibitoria por ausencia de presupuestos procesales o una providencia desestimatoria por insuficiencia de lo aportado para remover el fallo judicial en firme.

2. El punto de partida inexorable del instituto de la revisión es la incontrovertibilidad de la sentencia en cuanto a lo que ella significa como culminación de un juicio o debate público. En realidad, concretamente en tratándose de la causal referida a la comprobación posterior de hechos nuevos o de elementos de prueba desconocidos en el curso del debate, que conduzcan a la inocencia del condenado, no se afecta la inmutabilidad del fallo -que sigue sustentado en los hechos y pruebas que descubrió el

juez o que oportunamente le revelaron las partes-, simplemente los nuevos elementos de juicio propician la reapertura del debate y dan lugar entonces a una suerte de nuevo proceso.

No es mero capricho de técnica que lo que antes el legislador denominaba "recurso extraordinario de revisión", hoy se haya regulado como "acción de revisión". En efecto, asaz elocuente es la diferencia entre "recurso" y "acción" que hizo esta Sala en auto del 13 de noviembre de 1980, cuya parte pertinente expresó:

"El recurso es un incidente que surge en el proceso para el proceso mismo. Por ser el recurso un incidente dentro del proceso hay continuidad, pues lo ventilan los mismos sujetos procesales, o partes como suele llamárseles, con su intervención activa o pasiva en proponerlo, o mediante actos de oposición o coadyuvancia al discutirlo.

"La acción, por el contrario, es un derecho que surge antes o después del proceso para cambiar o modificar un status que en la revisión es el que establece la sentencia condenatoria. Por ser la acción un derecho y no un mero incidente del proceso no hay continuidad procesal predicable, pues la revisión simplemente busca provocar un nuevo proceso sobre el proceso ya fenecido".

De tal manera que, si la sentencia cuya revisión se solicita es inatacable por regla de autoridad de cosa juzgada, ese nuevo proceso que amerita la susodicha acción sólo puede surgir como consecuencia de la protuberancia de las falsedades o fraudes que a ella condujeron *(ex capite falsi, o propter falsa)* o de la contraprueba que inicialmente aporte el demandante, en relación con hechos nuevos o con la existencia de otros medios de prueba que muy seguramente con posterioridad evidenciarán la equivocación del fallo *(ex capite novarum, o propter nova)*.

3. No basta entonces enarbolar el argumento de que se ha entrevistado privadamente a una nueva supuesta testimoniante, Luz Marina Torres Quiceno, quien manifestó que el verdadero autor del homicidio había sido el sujeto conocido con el remoquete de "chicharrón". Requiérese prueba sumaria y seria que destruya, o por lo menos debilite, los cargos soportados en una sentencia condenatoria firme. Ni calidad sumaria ni seriedad reviste la aseveración del abogado, lo primero por el notorio origen informal del dato suministrado y, en relación con lo segundo, porque la sedicente testigo menciona otras circunstancias tan disímiles que parece referirse a un caso diverso al debatido en las instancias.

Esta exigencia de aportación de contraprueba sumaria y seria, que dimana del principio de incontrovertibilidad del fallo en firme y de la naturaleza misma de la revisión, aparece plasmada en el numeral 4° del artículo 234 del Código de Procedimiento Penal, a la manera de una especie de legitimación en la causa que, por estar enlistada dentro de los requisi-

tos formales de la demanda, su examen se anticipa para la admisión de la demanda y no se deja entonces para el momento de la sentencia, que es la regla general en teoría del proceso.

4. La sola enunciación de la causal 3a. de revisión obstaculiza la dinamización de un juicio de revisión basado simplemente en una nueva valoración de las pruebas. En efecto, si el Estatuto Procesal Penal Colombiano se refiere a "hechos nuevos" o al surgimiento de pruebas, "no conocidas al tiempo de los debates, que establezcan la inocencia del condenado, o su inimputabilidad", indudablemente ni la acción ni el nuevo juicio pueden partir de la esperanza de un reexamen fáctico y probatorio, sino de lo que el tratadista *Giovanni Leone* denomina "sobreviniencia (integral o integrante) de nuevas pruebas".

Y cuando el autor italiano se refiere a "sobreviniencia integral o integrante", quiere significar que no necesariamente los nuevos elementos de juicio llevan por sí solos a evidenciar que la sentencia no se ajustó a la realidad fáctica, sino que los mismos, por fuerza de la nueva luz que arrojan, conducen irremediablemente a un nuevo examen de los elementos ya valorados en el proceso que concluyó con la sentencia cuya revisión se solicita, ahora matizado por la relevante novedad fáctica o probatoria. En suma, no está proscrito el reexamen del material probatorio, salvo que implique volver sobre los mismos medios de prueba analizados en las instancias, sino que el nuevo elemento aportado por el demandante debe ser de tal elocuencia y contundencia que necesariamente arranque la revaloración probatoria, lo cual por demás condiga con la regla de critología según la cual el análisis de las pruebas debe hacerse en conjunto y no cuarteadamente.

Así las cosas, si no se han perfilado seriamente nuevos datos o distintos elementos de convicción, no es posible, como lo propone el accionante, volver sobre la evaluación que hizo el Tribunal Superior de Medellín -juez de segunda instancia- en relación con el testimonio de los agentes capturadores, a quienes, en uso de su libre apreciación, les concedió suficiente crédito (fs. 331, 332, 333, 337 y 338, correspondientes a la foliatura del expediente y que fueron aportados en fotocopia); con las versiones de los testimoniantes María Nazareth del Socorro Villa Acevedo, José Israel Alzate Moncada y Alberto de Jesús Mejía López, a quienes la crítica racional como facultad del tribunal les restó credibilidad total o parcialmente (fs.333, 334, 335, 336 y 337); con el dictamen de balística, cuidadosamente analizado por dicha Corporación al echar de menos una valoración en tal sentido por parte del sentenciador de primer grado (fs. 339 y 340).

5. Quedaría, en apariencia, vigente en la cuestionada demanda el presunto menosprecio de las acotaciones de los testigos Luis Fernando Alzate Tamayo (fs. 207 y 208); y María Luz Correa Calle (fs. 210), quienes al igual que los deponentes José Israel Alzate Moncada y Alberto de Jesús

Mejía López, en síntesis, expusieron para la investigación judicial que, a la hora en que se infligía la muerte al joven Nilton Valencia, el condenado Jáder de Jesús Villa Saldarriaga aún se encontraba en el escenario del baile.

El hecho que se quiere destacar por el accionante, a través de los testimonios cuya consideración echa de menos, aparece evaluado en la sentencia del Tribunal, que para ocuparse de él se refirió a los aludidos testimonios de José Israel Alzate Moncada y Alberto de Jesús Mejía López, a los cuales situó en análisis y les otorgó o les negó consecuencias de convicción, todo dentro de la soberana pero razonable facultad del juez para examinar la prueba, sin que esté dentro de los fines de esta acción revivir dicho debate (fs. 335).

6. Finalmente, debe anotarse que la tipificación de las causales de revisión obedece a un proceso legislativo vidente y no ciego, por ello se enfatiza en la tercera, ejempligracia, que los nuevos hechos o los no estimados medios de convicción deben coadyuvar a "establecer la inocencia del condenado, o su inimputabilidad". Esta es la razón por la cual el accionante no puede invocar al garete pruebas de las que no conoce ni su dirección ni su sentido, en el caso, se refiere la Sala a los testimonios de Juan o Luis Felipe Ortiz, Willington Darío Henao y Paola Andrea Deosa, los cuales fueron invocados bajo el apriorístico y presuntuoso argumento de que pueden contribuir a aquietar la duda que al demandante le atormenta.

En conclusión, hase dicho que, si bien la acción de revisión se justifica para hacer prevalecer la verdad real, para que prime la justicia material sobre la simplemente formal, el error judicial alegado en su activación, dada la taxatividad de dicho mecanismo, no se elimina por una mera revaloración de las pruebas ya debatidas y examinadas en las instancias, pues ello supondría acabar con la cosa juzgada, cuando, todo lo contrario, el diseño de la revisión busca enaltecer la certeza jurídica con el reconocimiento de la equivocación y su matización con lo justo desde el punto de vista sustancial.

Por ello, cuando la demanda de revisión ostenta esa marcada y única orientación de rediscutir el maderamen probatorio, sin aportar aditamentos fácticos o de convicción realmente sorprendentes, al órgano competente le concierne inadmitirla por su prematura improsperidad. Ahora bien, no es que se exija para abrir el contradictorio que el accionante de una vez aporte la certidumbre completa de la inocencia, no, para ello está prevista legislativamente la remisión a un nuevo juicio -fase rescisoria de la revisión-, después de la etapa rescindente -nulidad, por ejemplo- (C. P. P., art. 240), simplemente se reclama que los nuevos hechos o elementos de prueba aportados *ab-initio* sean de tal categoría que hagan ver la inminente llegada de esa evidencia contraria; que sean de tal naturaleza que

de entrada desarticulen la construída certeza de la responsabilidad del condenado, o desajusten los presupuestos sustanciales del artículo 247 del C. de P. P., o reviva en la conciencia del juez de revisión la presunción de inocencia o el "in dubio pro reo" en relación con el sentenciado.

En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

1. RECONOCER al abogado Luis Carlos Gómez Correa como apoderado en sede de revisión del sentenciado Jáder de Jesús Villa Saldarriaga.

2. INADMITIR la demanda de revisión presentada por el condenado Jáder de Jesús Villa Saldarriaga, por medio de apoderado reconocido, en contra de las sentencias de primero y segundo grado, fechadas el 17 de mayo y el 4 de agosto de 1995, respectivamente, por medio de las cuales se le impuso la pena principal de veintiséis (26) años de prisión, como coautor responsable de un concurso de delitos de homicidio y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal, cometidos en detrimento de la vida del joven Nilton Valencia y de la Seguridad Pública.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, 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.

COLISION DE COMPETENCIA/ FISCAL

El Art. 97 del C. de P. Penal, al tratar sobre el concepto de "Colisión de Competencias", indica que ésta se presenta cuando dos o más funcionarios judiciales consideren que a cada uno de ellos corresponde adelantar el juzgamiento (la instrucción para el caso que nos ocupa). "... o cuando se niegan a conocer por estimar que no es de competencia de ninguno de ellos...".

Así las cosas, si el Jefe de Unidad de Fiscalía delegada ante los Jueces Penales del Circuito, estimaba que tampoco era competente para el conocimiento del caso, dada la cuantía inferior a 20 salarios mínimos legales para la época de comisión del evento (año 1991), debió aceptar el conflicto negativo y disponer la remisión del proceso al superior funcional correspondiente, a fin de que resolviera lo pertinente.

Ya la Corte, en interlocutorio de junio 13 próximo pasado, con ponencia del Dr. Juan Manuel Torres Fresneda, expresó sobre caso similar:

"... hallándose la actuación -se insiste- dentro de la etapa instructiva, de no coincidir la Fiscalía ... como adjudicataria del asunto, con el criterio de la Regional, quedaba en el deber de consignar sus razones de disenso entrando allí sí a formalizar la colisión, a dirimirse, en todo caso, al interior de la Fiscalía y no en la Corte...".

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casacion Penal. - Santafé de Bogotá, D.C., trece (13) de septiembre de mil novecientos noventa y seis (1996).

Magistrado Ponente *Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar.*

Aprobado Acta No.133 (11-09-96)

Proceso: 12185

Vistos

Resuelve la Corte el aparente conflicto de competencias suscitado entre la Fiscalía Regional -Unidad de Terrorismo de Santafé de Bogotá D.C.-

y la Unidad Tercera de delitos contra la Fe Pública y el Patrimonio Económico de la misma ciudad, a propósito de la competencia para la instrucción y calificación del presente proceso.

HECHOS Y ACTUACIÓN

Ante el Juez Penal Municipal (reparto) de esta capital, presentó por escrito denuncia el señor Pedro Torres Mayorga en contra de Rubén Eusebio Acosta Barahona, imputándole el hecho de haberse ilícitamente apoderado de una escopeta, calibre 16, que le había sido entregada para que cumpliese sus labores como vigilante al servicio de la empresa privada "CINTEV LTDA.", misma que al decir del quejoso entregó Acosta B., en pacto de retroventa, a Libardo Rojas en la suma de diez mil pesos. Estimó la cuantía y perjuicios Torres M., en la suma de trescientos mil pesos y los hechos tuvieron ocurrencia entre marzo y abril de 1991.

La investigación correspondió al Juzgado 48° Penal Municipal, vinculando en indagatoria a Acosta Barahona; mediante auto de octubre 20 de 1993 (fl. 38), estimó que no era competente para conocer del proceso porque, además del delito de Hurto, también concurría el de violación al Art. 1° del Decreto No. 3.664 de 1986 por haberla suministrado a un tercero, disponiendo la remisión del expediente a la Fiscalía Delegada ante los Jueces Regionales, dependencia que avocó conocimiento el 19 de enero de 1994 (fl. 43).

El 4 de octubre de 1995 fue cerrada la investigación y por resolución de diciembre 7 siguiente, la Unidad de Terrorismo de la Dirección Regional de Fiscalía de esta capital, calificó el mérito del sumario precluyendo la instrucción en favor de Acosta Barahona por los delitos que se le imputaron contra la Seguridad Pública y el Patrimonio Económico. En el mismo proveído, se dispuso la consulta ante el superior funcional (fs. 147 y ss.).

La Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional, mediante interlocutorio de mayo 16 del año en curso(fs. 11 y ss. c, de la Fiscalía ante Tribunal Nacional), se declaró inhibida para resolver el grado jurisdiccional, arguyendo que no cabe pensar siquiera en un concurso aparente de tipos, pues la única finalidad del agente fue apoderarse del arma de fuego, que le había sido entregada por la empresa de vigilancia para la cual laboró, sin que se esté en presencia de hecho violatorio al Decreto No. 3.664 de 1986: en síntesis, "estamos frente a un hurto agravado por la confianza ... se debe deducir sin dubitación alguna que el funcionario competente para calificar y acusar a los sindicados, si fuere el caso no era el señor Fiscal Delegado ante los Jueces Regionales de la ciudad de Santafé de Bogotá, sino el señor Fiscal Delegado ante los Jueces de Circuito...". Se incurrió en causal de nulidad que afecta el debido proceso al tenor de los numerales 1° y 2° del Art. 304 del C. de P. Penal, al haber calificado el mérito del

sumario un Fiscal incompetente. "... La actuación deberá ser remitida a la oficina de origen para que el señor Fiscal Delegado ante los Jueces Regionales de Santafé de Bogotá subsane la irregularidad anotada y por su intermedio se envíe al funcionario competente planteando un conflicto negativo de competencias...".

Recibido de nuevo el proceso, la Unidad de Terrorismo de la Dirección Regional de Fiscalía profirió la resolución de junio 7 próximo pasado (fs. 160) y, con total apego a lo que dispuso su superior funcional, decretó la nulidad de la actuación a partir del cierre de la instrucción y dispuso la remisión del expediente al Fiscal Seccional ante los Jueces Penales del Circuito, proponiendo de una vez colisión negativa de competencias, caso de no compartir sus argumentos.

Por su parte, la "Jefatura" de la Unidad Tercera de delitos contra la Fe Pública y el Patrimonio Económico, el 12 de julio pasado (fs. 167) adujo que de tratarse de un simple hurto agravado, en cuantía de trescientos mil pesos ($ 300.000.oo) m.l. no es el Fiscal Seccional Delegado ante los Jueces Penales del Circuito el competente para conocer del caso (cuantía menor de 20 salarios mínimos legales mensuales para 1991) y menos "con quien debe trabar el conflicto de competencia"; igualmente, resulta ilógico que el Fiscal Regional, siendo incompetente proceda a anular lo actuado, pues la falta de tal requisito le impide actuar en tal sentido. "Por consiguiente, como se pretende trabar conflicto de competencia con funcionario que no tiene posibilidad jurídica para pronunciarse sobre el particular, el asunto debe volver al Fiscal Regional que venía conociendo del mismo para que trabe el conflicto con el funcionario adecuado y no con quien de antemano también carece de competencia".

Finalmente, por providencia de agosto 5 pasado (fs. 173), expresó el Fiscal Regional que el funcionario remitente admitió el entrabamiento del conflicto estimando que tampoco era de su competencia y, en consecuencia, debió remitir la actuación a la Corte Suprema de Justicia para que lo dirimiera, disponiendo enviar el proceso a esta Corporación Judicial.

Considera la Corte

Inaudito, por decir lo menos, el franco desconocimiento que se aprecia en la actuación de los Fiscales involucrados, sobre la normatividad procesal penal que rige para efectos de conflictos de competencia, al interior de la Fiscalía y en la fase de la instrucción.

Pese a las irregularidades detectadas por parte del Fiscal Regional y aún del delegado ante el Tribunal Nacional, que no son del caso que la Corte las cuestione en la presente providencia, es de anotar que el conflicto negativo de competencias no se ha suscitado en debida forma, porque aquel funcionario judicial al que le fue propuesto no lo admitió y, simple-

mente, dispuso la devolución del proceso para que se entrabara ante el funcionario Fiscal competente.

El Art. 97 del C. de P. Penal, al tratar sobre el concepto de "Colisión de Competencias", indica que ésta se presenta cuando dos o más funcionarios judiciales consideren que a cada uno de ellos corresponde adelantar el juzgamiento (la instrucción para el caso que nos ocupa). "... o cuando se niegan a conocer por estimar que no es de competencia de ninguno de ellos...".

Así las cosas, si el Jefe de Unidad de Fiscalía delegada ante los Jueces Penales del Circuito, estimaba que tampoco era competente para el conocimiento del caso, dada la cuantía inferior a 20 salarios mínimos legales para la época de comisión del evento (año 1991), debió aceptar el conflicto negativo y disponer la remisión del proceso al superior funcional correspondiente, a fin de que resolviera lo pertinente; sin embargo, su actuación se dirigió a devolver el expediente al remitente, para que lo enfocara ante quien, en su sentir, resulta competente, es decir, la Unidad de Fiscalía Local.

Sin embargo, no termina el desacierto en la simple inexistencia de un formal conflicto de competencia que imponga solución sino, ante todo, el haber dispuesto el Fiscal Regional la remisión del proceso a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, cuando ni remotamente es esta Corporación Judicial competente para resolverlo.

Evidente resulta que la actuación se encuentra en la etapa de la instrucción y, por ende, cualquier conflicto relativo a la competencia es ajeno al conocimiento de la Corte, dependencia que sólo adquiere posibilidad de dirimir las diferencias que en este marco resulten entre los jueces ordinarios relacionados en el numeral 5° del Art. 68 del C. de P. Penal. No hay razón válida para que la Fiscalía Regional remita la actuación a esta sede, donde no hay posibilidad de zanjar las eventuales diferencias relacionadas con la competencia en la fase instructiva.

Ya la Corte, en interlocutorio de junio 13 próximo pasado, con ponencia del Dr. Juan Manuel Torres Fresneda, expresó sobre caso similar:

"...hallándose la actuación se insiste dentro de la etapa instructiva, de no coincidir la Fiscalía ... como adjudicataria del asunto, con el criterio de la Regional, quedaba en el deber de consignar sus razones de disenso entrando allí sí a formalizar la colisión, a dirimirse, en todo caso, al interior de la Fiscalía y no en la Corte...".

Bastan las anteriores consideraciones, para que la Sala se inhiba de emitir un pronunciamiento de fondo sobre el tema planteado.

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

RESUELVE

ABSTENERSE de pronunciarse sobre el conflicto de competencias planteado en la etapa de la instrucción.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CASACION DISCRECIONAL/ CONTRAVENCION

El artículo 218 del Código de Procedimiento Penal establece en el primer inciso que el recurso extraordinario de casación procede contra las sentencias proferidas por el Tribunal Nacional, los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y el Tribunal Superior Militar, en segunda instancia, por los delitos que tengan señalada pena privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de 6 años.

En el inciso tercero consagra que se puede aceptar el recurso extraordinario en casos distintos a los anteriormente mencionados, cuando se considere necesario para el desarrollo de la jurisprudencia o la preservación de los derechos fundamentales.

Obviamente, los casos distintos hacen relación a sentencias de segunda instancia dictadas por delitos, que, o bien no reúnen el requisito de la pena no obstante haber sido proferidas por Tribunales, o fueron dictadas por Juzgados del Circuito.

Conforme a lo reglado, es claro que en cualquiera de los dos eventos para que sea viable la impugnación es requisito indispensable que se trate de delitos, de manera que las sentencias dictadas respecto de contravenciones no son susceptibles del recurso de casación.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casacion Penal. - Santafé de Bogotá, D.C., septiembre trece (13) de mil novecientos noventa y seis (1996).

Magistrado Ponente: *Dr. Ricardo Calvete Rangel.*

Aprobado acta No. 133

Proceso: 11995

VISTOS

Resuelve la Sala sobre la admisibilidad del recurso de casación excepcional interpuesto por la Procuradora Trece Judicial Penal, contra la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá, confirmatoria de la dictada por el Juzgado Treinta y Ocho Penal Municipal de esta ciudad, mediante la cual condenó a Fredy

Alexánder Cabrera a la pena de cuatro (4) meses y veinte (20) días de arresto, por la contravención especial de hurto agravado.

ANTECEDENTES

1o. El Juzgado Treinta y Ocho Penal Municipal de esta ciudad, mediante fallo de fecha mayo nueve del año en curso condenó a Fredy Alexánder Cabrera Gutiérrez, Pedro José Sepúlveda Corredor y Fabio Humberto Pineda Ramírez, a la pena principal de cuatro (4) meses y veinte (20) días de arresto, como coautores de la contravención especial de hurto agravado.

2o. La defensora del procesado Fredy Alexánder Cabrera Gutiérrez interpuso el recurso de apelación, el cual fue desatado por el Juzgado Diecisiete Penal del Circuito de esta ciudad en providencia del 23 de mayo siguiente, impartiendo confirmación a la sentencia.

3o. La Procuradora Trece Judicial Penal, interpuso recurso extraordinario de casación, por vía excepcional, apoyada en las siguientes consideraciones:

a.- Dentro de las presentes diligencias se presentó desistimiento, el cual fue aceptado por el contraventor, dejándose constancia de que hubo reparación integral.

b.- El artículo 27 de la Ley 228 establece que las contravenciones especiales se extinguen en cualquier caso, siempre que exista reparación integral.

Esta disposición es norma especial, aplicable a este caso, la cual no hace distinción entre asuntos iniciados por querella u oficiosamente.

c.- La norma antes mencionada es favorable, circunstancia que conduce a su aplicación.

Teniendo en cuenta las anteriores argumentaciones, concluye la representante del Ministerio Público que se violó de manera directa una norma de derecho sustancial, por aplicación indebida.

La petición es que se infirme el fallo recurrido y en aplicación de los artículos 27 de la Ley 228 y 36 del Código de Procedimiento Penal, al concurrir causal objetiva de improseguibilidad, se disponga la cesación de procedimiento.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El artículo 218 del Código de Procedimiento Penal establece en el primer inciso que el recurso extraordinario de casación procede contra las sentencias proferidas por el Tribunal Nacional, los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y el Tribunal Superior Militar; en segunda instancia,

por los *delitos* que tengan señalada pena privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de 6 años.

En el inciso tercero consagra que se puede aceptar el recurso extraordinario en casos distintos a los anteriormente mencionados, cuando se considere necesario para el desarrollo de la jurisprudencia o la preservación de los derechos fundamentales.

Obviamente, los casos distintos hacen relación a sentencias de segunda instancia dictadas por delitos, que, o bien no reúnen el requisito de la pena no obstante haber sido proferidas por Tribunales, o fueron dictadas por Juzgados del Circuito.

Conforme a lo reglado, es claro que en cualquiera de los dos eventos para que sea viable la impugnación es requisito indispensable que se trate de delitos, de manera que las sentencias dictadas respecto de contravenciones no son susceptibles del recurso de casación.

En el caso que nos ocupa, como se dejó reseñado, la condena proferida fue por la contravención especial de hurto agravado, contra la cual no procede esta impugnación extraordinaria, circunstancia que impide cualquier otra consideración.

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

RESUELVE

INADMITIR el recurso de casación excepcional interpuesto por la Procuradora Trece Judicial Penal.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

COLISION DE COMPETENCIA

Las colisiones de competencia que surjan en la etapa de investigación entre un Fiscal Delegado ante los Jueces Regionales y un Fiscal Delegado ante los Jueces del Circuito deben ser resueltas por el correspondiente superior de estos funcionarios, tal como lo dispone el numeral 1° del artículo 20 del Decreto número 2699 de 1991 (Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación).

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

Magistrado Ponente *Dr. Jorge E. Córdoba Poveda*

Aprobado Acta No.133

Proceso: 12155

VISTOS

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, decide lo que en derecho corresponda sobre el conflicto negativo de competencia que se suscitó entre un Fiscal Regional de Medellín y el Fiscal Seccional de La Ceja (Antioquia).

ANTECEDENTES

1.- El Fiscal Regional de la ciudad de Medellín, mediante resolución del 20 de junio del año en curso, se declaró incompetente para conocer del proceso penal que cursa en contra de José Libardo Gallego y otros por el delito de porte ilegal de armas, en razón a que la experticia que se le practicó a el arma incautada, lo lleva a concluir que ésta era de defensa personal y no de uso privativo de la fuerza pública, por lo que el conocimiento de las diligencias corresponde a la Fiscalía Seccional de La Ceja, lugar en donde se produjo la aprehensión de los sindicados.

2.- El Fiscal Seccional de La Ceja, por su parte, asegura que si bien es cierto que el arma decomisada se sujeta a las prescripciones legales de una pistola, también lo es que el proveedor excede la cantidad indicada por la norma, pues su capacidad es para 34 cartuchos, por tal motivo

rechaza el conocimiento del proceso "y ordena el envío de las diligencias al funcionario proponente para que lo remita a la HONORABLE CORTE SUPREMA DE JUSTICIA con miras a desatar el conflicto".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, mediante auto del 1° de marzo de 1995 sostuvo:

"Como presupuesto inicial de este pronunciamiento conviene tener presente que la actuación procesal se encuentra en etapa investigativa; ello, por cuanto de conformidad con el sistema procesal predominantemente acusatorio que ahora rige en nuestro país, la etapa de investigación se encuentra perfectamente deslindada de la de juzgamiento, debiendo adelantarse aquella, totalmente ante los funcionarios que conforman la Fiscalía General de la Nación en tanto que el juicio es de conocimiento exclusivo de los jueces de la República en sus diferentes categorías.

"Es así como, en materia de colisiones de competencia, por expresa disposición del artículo 68, numeral 5o. del Código de Procedimiento Penal, a esta Sala le corresponde decidir aquellos conflictos que se suscitan en asuntos que se encuentren en la etapa de la causa, puesto que se refiere a colisiones que surjan entre jueces de conocimiento en asuntos de la jurisdicción ordinaria, esto es, entre tribunales o juzgados de dos o más distritos judiciales; entre tribunales, o entre juzgado regional y cualquier juez de la República".

Así las cosas, fácil resulta concluir que las colisiones de competencia que surjan en la etapa de investigación entre un Fiscal Delegado ante los Jueces Regionales y un Fiscal Delegado ante los Jueces del Circuito deben ser resueltas por el correspondiente superior de estos funcionarios, tal como lo dispone el numeral 1° del artículo 20 del Decreto número 2699 de 1991 (Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación), que en este caso corresponde a la Unidad de Fiscalía Delegada ante la Corte Suprema de Justicia.

En estas condiciones, la Sala se abstendrá de decidir este incidente y ordenará remitir la actuación a la entidad mencionada, para lo de su cargo.

En mérito de lo anteriormente expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION PENAL,

RESUELVE

ABSTENERSE de dirimir la colisión negativa de competencias planteada y disponer el envío de la actuación a la Unidad de Fiscalía Delegada

ante la Corte Suprema de Justicia, para que resuelva lo que estime pertinente.

DESE aviso de esta decisión al Fiscal Regional de la ciudad de Medellín y al Fiscal Seccional de La Ceja (Antioquia).

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

IMPEDIMENTO -Haber dado opinión sobre el caso

Si se llegare a aceptar que la resolución previa de un caso inhabilita al juzgador para decidir otro con iguales presupuestos fácticos, por el prurito de que con aquella comprometió su opinión, no sólo se haría imposible la reiteración de la jurisprudencia, toda vez que al resolver un caso quedaría inhibida la Corte para pronunciarse en otro igual, sino que en los eventos de ruptura de la unidad procesal, como en los institutos de sentencia anticipada o audiencia especial en los cuales los sindicados pueden independientemente unos de otros hacer acuerdos o aceptaciones de cargos, sería necesario contar con un número de jueces directamente proporcional al de procesados, supuesto que al proferir sentencia contra uno de éstos quedaría impedido para hacerlo respecto de los demás, pues ya habría manifestado su opinión sobre el asunto materia del proceso."(artículo 103 - 4 C. de P.P.).

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

Magistrado Ponente: *Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego*

Aprobado Acta No. 133 (septiembre 12 de 1996)

Proceso: 12113

VISTOS

Conoce la Corte el impedimento manifestado por el Dr. Yesid Ramírez Bastidas, Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Neiva, para separarse del conocimiento en segunda instancia de la causa adelantada contra Efraín Moyano Sánchez por el delito de fraude procesal, el cual fue inadmitido por sus compañeros de Sala de Decisión.

ANTECEDENTES

1.- El cuatro de febrero de 1987, Rosa Ismenia Peña Vargas denunció penalmente a Carmen Peña Vargas por falsificar el registro civil de nacimiento porque hizo constar que era hija legítima de los fallecidos esposos León Peña Pulido y Máxima Vargas, con fines de apertura del proceso

sucesoral. La denuncia la extendió contra Víctor Manuel Patarroyo y Elcira Quimbaya de Casallas, por falso testimonio, por cuanto el registro se expidió con base en las declaraciones extrajuicio que rindieron ante funcionario judicial.

2. El 21 de noviembre de 1987 el extinto Juzgado 18 de Instrucción Criminal de Neiva, profirió resolución acusatoria en contra de Carmen Peña Vargas por el delito de falsedad en documentos y en disfavor de Víctor Manuel Patarroyo Rivera y Elcira Quimbaya de Casallas, como coautores del punible de falso testimonio.

Esta decisión fue apelada y en interlocutorio del 19 de febrero de 1988, con ponencia del Magistrado Yesid Ramírez Bastidas, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva la revocó y en su lugar ordenó la cesación de procedimiento en favor de cada uno de los acusados al considerar que habían actuado dentro de la causal de inculpabilidad reseñada en el artículo 40-4 del C. Penal, haciendo salvedad de que el registro espurio no tenía "la virtualidad de extinguir una pretendida vocación hereditaria de la denunciante Ismenia Peña Vargas". (fl.36 -cuaderno 3).

3.- A finales de 1989, Rosa Ismenia Peña Vargas denuncia nuevamente a Carmen Peña Vargas por fraude procesal y refiere que ésta, utilizando el falso registro civil de nacimiento, confiere poder al abogado Efraín Moyano Sánchez para iniciar la sucesión de León Peña, donde se le reconoció como heredera en calidad de hija legítima.

Por este hecho, el entonces Juzgado 26 de Instrucción Criminal de Neiva, dispuso la cesación de procedimiento en favor de Carmen Peña Vargas por considerar que había operado en su favor el fenómeno jurídico de la cosa juzgada.

Al conocer el Tribunal Superior del recurso de alzada interpuesto por el representante de la parte civil, esta Corporación revocó el interlocutorio y en su lugar formuló acusación a Peña Vargas por el delito de fraude procesal y ordena compulsar copias de lo pertinente para investigar, por separado, la conducta del abogado Efraín Moyano Sánchez.

En esa oportunidad procesal el Dr. Yesid Ramírez Bastidas se declaró impedido para conocer del asunto por " haber manifestado mi opinión sobre el asunto materia del proceso - artículo 103 - 4 C.de Procedimiento Penal " (fl.6 cuaderno no. 6), solicitud que fue de recibo por la Sala Dual del Tribunal.

4.- El Juzgado Quinto Penal del Circuito condenó a Carmen Peña Vargas por el delito de fraude procesal mediante sentencia del 18 de febrero de 1992 que confirmó el Tribunal Superior el 23 de junio del mismo año y en donde se reiteró la orden de compulsar copias para investigar la conducta de Efraín Moyano Sánchez.

5.- Iniciada y perfeccionada la investigación penal contra el mencionado abogado, se le formuló acusación por fraude procesal y, fenecida la causa, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Neiva profirió sentencia condenatoria en su contra por esta hipótesis delictiva.

Interpuesto y debidamente sustentado el recurso de apelación contra la sentencia de primer grado por parte del abogado contractual de Moyano Sánchez, llega a conocimiento del Tribunal Superior para desatar la alzada y ahí, nuevamente, el Dr.Yesid Ramírez Bastidas manifestó impedimento ante los restantes magistrados que integran la sala de decisión penal, invocando la causal 103-4 del C. de Procedimiento Penal y haciendo alusión a los antecedentes que vienen de reseñarse. Resume así la razón para declinar su intervención:

"Estima el suscrito Magistrado que como son idénticos los hechos imputados a la dama citada anteriormente (se refiere a Carmen Peña Vargas -aclara la Sala-) y los atribuidos al doctor Moyano Sánchez (coautoría), la causal de impedimento se perpetúa y de ahí mi decisión de apartarme del conocimiento del asunto" (fl.6 - cuaderno 6).

6.- La Sala Dual del Tribunal Superior de Neiva, estimó infundado el impedimento expresado por el Magistrado Ramírez Bastidas por considerar que "ningún juicio emitió sobre la tipicidad, antijuricidad o culpabilidad de la conducta endilgada al doctor Efraín Moyano Sánchez, por cuanto precisamente la investigación en su contra surgió con posterioridad a decisión en que con su ponencia se cesó todo procedimiento en contra de Carmen Peña Vargas y otros" (fl.10 cuaderno 6).

Consideraciones de la Corte

Razón le asiste a la Sala Dual del Tribunal al no aceptar el impedimento planteado, pero no por las consideraciones aducidas, sino porque realmente en este evento la opinión del funcionario que se declara impedido no tuvo el carácter de *extraprocesal*, ya que se presentó en desarrollo de su función pública dentro del proceso penal que tuvo oportunidad de conocer cuando, de acuerdo a las normas adjetivas vigentes para la época, se ordenó cesar procedimiento en favor de Carmen Peña Vargas, Víctor Manuel Patarroyo y Elcira Quimbaya de Casallas y ello torna improcedente la causal señalada en el artículo 103-4 del C. de P.P., modificado por el 15 de la Ley 81 de 1993.

Las causales de impedimento que consagra la legislación procedimental, están orientadas a evitar que el Juzgador, en un caso concreto, pierda la independencia y la imparcialidad para decidir, al darse respecto de él un motivo o circunstancia señalado en la ley, que podría perturbar su serenidad de criterio y la rectitud con que debe administrarse justicia.

Ahora bien, a fin de evitar que el Juzgador se sustraiga de sus obligaciones pretextando cualquier situación que no comprometa su independencia , la ley señala taxativamente las causales de impedimento en el artículo 103 del C.de P.P., modificado por el 15 de la Ley 81 de 1993 y en lo que atañe a la reseñada en el numeral 4o., que es el fundamento del impedimento que se analiza, desde antaño la jurisprudencia ha sido conteste en señalar como exigencia legal para su aceptación, que la opinión haya sido expresada en asunto extraño al ejercicio de sus funciones como juez.

Al respecto, ha sostenido la Corte:

"El juicio impediente ha de ser emitido por el funcionario *extraprocesalmente*, lo que equivale a decir que su pronunciamiento debe hacerse en negocio diferente, o en circunstancias extrañas al acto mismo del juzgamiento y ha de tener, per se, fuerza que comprometa seriamente su criterio dentro del asunto debatido, en forma sustancial y concreta. Esta limitación es explicable pues cuando actúa en ejercicio de sus funciones judiciales, sólo puede tomar decisiones por medio de providencias, evento en el cual el impedimento que se forjaría sería el contemplado en el numeral 6o." (Auto. febrero 5 de 1992. M. P. Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez).

En auto del 26 de febrero de 1992, la Sala reiteró este criterio:

"El concepto que pueda comprometer el criterio del funcionario para conocer es la opinión "extraproceso", es decir, la emitida por fuera de él y siempre que sea de tal naturaleza que vincule al funcionario con el punto que ha de ser objeto de su decisión. No se trata por tanto del concepto que corresponda dar al Juez o Magistrado en ejercicio de su funciones, salvo el evento de "haber dictado providencia de cuya revisión se trata, lo cual constituye una causal diferente de impedimento."(M.P. Dr. Jorge Carreño Luengas).

En el caso presente la conducta de Efraín Moyano Sánchez bien pudo haberse investigado conjuntamente con la de Cármen Peña Vargas y el deber funcional del Magistrado que ahora aduce el impedimento hubiera sido el de decidir la suerte de todos ellos, como lo es ahora, independientemente de que los hechos llegaran a su conocimiento en uno o en varios procesos, porque la circunstancia de que sea el mismo juzgador el que conozca de distintas fases de un solo delito o de diferentes copartícipes de un mismo hecho punible, en lugar de perturbar la rectitud de criterio se convierte en garantía de comprensión integral del problema que favorece el acierto en la decisión y evita la confluencia de pronunciamientos contradictorios.

Al aplicar la norma al caso concreto, lo que hace el juez es dinamizar el derecho objetivo ya existente, añadiéndole los elementos objetivo-subjeti-

vos de la interpretación, para decidir los límites de los derechos subjetivos en conflicto, imponiéndo su decisión.

Resultaría absurdo, entonces, que la ley propiciara la descalificación del funcionario para resolver en el futuro otros asuntos por el hecho de haber cumplido con su deber jurisdiscente en un caso similar o fácticamente igual pero respecto del cual apenas hay en común la preexistencia de un mismo derecho objetivo y el ejercicio de su interpretación funcional, más referida a un sujeto distinto, razón por la cual el nuevo juicio de valor es repecto del anterior independiente y autónomo.

Si se llegare a aceptar que la resolución previa de un caso inhabilita al juzgador para decidir otro con iguales presupuestos fácticos, por el prurito de que con aquella comprometió su opinión, no sólo se haría imposible la reiteración de la jurisprudencia, toda vez que al resolver un caso quedaría inhibida la Corte para pronunciarse en otro igual, sino que en los eventos de ruptura de la unidad procesal, como en los institutos de sentencia anticipada o audiencia especial en los cuales los sindicados pueden independientemente unos de otros hacer acuerdos o aceptaciones de cargos, sería necesario contar con un número de jueces directamente proporcional al de procesados, supuesto que al proferir sentencia contra uno de éstos quedaría impedido para hacerlo respecto de los demás, pues ya habría manifestado su opinión sobre el asunto materia del proceso."(artículo 103 - 4 C. de P.P.).

Nada más extraño a la naturaleza de esta causal de impedimento que busca preservar las decisiones judiciales de todo prejuicio forjado por fuera de la actividad funcional y no impedir que el juez aproveche en la solución de casos semejantes todo el bagaje jurídico adquirido en su misión jurisdiccional.

Así las cosas, estima la Sala que aunque las situaciones jurídicas de los involucrados en el delito de fraude procesal tuvieron decisión en etapas diferentes, de todas maneras la opinión del funcionario que se manifiesta impedido no tuvo el carácter de *extraprocesal* - que es la que se ha calificado de impediente - y como, de otro lado, no se trata en ningún caso de revisar su misma providencia, se declarará infundado el impedimento.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION PENAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

DECLARAR INFUNDADO el impedimento manifestado por el Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Neiva, Dr. Yesid Ramírez Bastidas, para separarse del conocimiento del presente proceso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, 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.

PRESCRIPCION DE LA ACCION/ NULIDAD

Si lo pretendido era plantear la prescripción de la acción penal, era lo viable acudir a la causal tercera de casación y solicitar la nulidad del proceso, mas no la causal primera, cuyas consecuencias, en caso de prosperar, se concretarían en la emisión del fallo de reemplazo.

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

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

Aprobado Acta No. 123 (22-08-96)

Proceso: 9105

VISTOS

Procede la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto por los defensores de los procesados Gustavo Adolfo Díaz Correa y Arnaldo Cohen Pallares, respectivamente, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá que confirmó la emitida por el Juzgado treinta y siete Penal del Circuito de la misma ciudad, por medio de la cual condenó a los procesados a la pena principal de doce (12) meses de prisión, como coautores del delito de Fraude Procesal, así como a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por tiempo igual a la principal y al pago de perjuicios causados con la infracción.

Por los mismos hechos, fue condenada como cómplice la señora Isabel Navas Betancourt a la pena principal de seis (6) meses de prisión, a las accesorias de rigor y al pago de perjuicios materiales y morales.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Aquellos se refieren a la denuncia penal instaurada por el Señor Julio César Casas Sáenz, quien puso en conocimiento que por el año 1985 gestionó un préstamo en el Banco Ganadero Sucursal Siete de Agosto, por intermedio del señor Gustavo Adolfo Díaz Correa, el cual le manifestó que por amistad con el Gerente de dicha sucursal, Arnaldo Cohen Pallares,

lograría la consecución del mismo. A consecuencia de lo anterior, el denunciante en presencia de los procesados firmó un pagaré en blanco, documento con el cual se perfeccionaría la solicitud del crédito, pero jamás salió beneficiado con la solicitud.

Pasado algún tiempo, el señor Casas Sáenz fue notificado de la iniciación de un proceso ejecutivo por parte de la entidad bancaria, sobre la base del mencionado título ejecutivo, el cual fue utilizado por los procesados para respaldar una obligación del mismo Díaz Correa y de la señora Isabel Navas Betancourt, aquél como codeudor de esta, que tenían con la misma entidad, donde se les había iniciado un proceso en el cual habían sido embargados sus bienes.

El título valor, así como otros documentos que había aportado el denunciante, fueron utilizados por los procesados en forma subrepticia para tal fin y su incumplimiento originó la iniciación del proceso en cuestión, dirigiéndose contra el aparente garante de la obligación, señor Julio César Casas Sáenz.

El pagaré en cuestión también apareció firmado por las señoras Isabel Navas Betancourt y Angela del Rosario Martínez Aguillón.

La investigación fue iniciada por el entonces Juzgado Treinta y Nueve de Instrucción Criminal, el cual admitió la demanda de constitución de parte civil a nombre del denunciante Julio César Casas Sáenz, y escuchó en diligencia de indagatoria a Gustavo Adolfo Díaz Correa contra quien profirió medida de aseguramiento de caución prendaria.

Posteriormente se escuchó en injurada a Arnaldo Cohen Pallares y llegado el momento procesal oportuno, el Juzgado Instructor declaró cerrada la investigación y calificó el mérito del sumario el veintiuno de agosto de mil novecientos noventa y uno, con resolución acusatoria en contra de Gustavo Adolfo Díaz Correa, Arnaldo Cohen Pallares, Isabel Navas Betancourt, y Angela del Rosario Martínez Aguillón como coautores de los delitos de Falsedad en documento y Estafa. En la misma providencia, profirió contra los tres últimos mencionados, medida de aseguramiento consistente en caución prendaria.

Los defensores de los procesados Díaz Correa y Cohen Pallares interpusieron contra la citada providencia recurso de reposición y en subsidio de apelación, el cual fue resuelto el primero de octubre siguiente, en el sentido de no reponer el auto recurrido y en su lugar conceder el recurso de apelación.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, al desatar el recurso de alzada, en providencia del cinco de febrero de mil novecientos noventa y dos, revocó parcialmente la decisión impugnada y en su lugar ordenó la cesación de procedimiento en favor de Gustavo Adolfo Díaz Correa, Arnoldo Cohen Pallares, Isabel Navas Betancourt y Angela del Rosa

rio Martínez, por el delito de falsedad en documento público, por prescripción de la acción penal.

A su turno, consideró que la acusación procedía por el delito de Fraude Procesal de que trata el Código Penal en su libro 2o, título 4o, capítulo VI.

En cuanto a la medida de aseguramiento consideró el *ad quem* que se debía sustituir por la de detención preventiva, con derecho a la libertad provisional garantizada mediante caución prendaria, para los procesados Díaz Correa, Cohen Pallares y Navas Betancourt.

Se ordenó allí mismo la reapertura de investigación para Angela del Rosario Martínez Aguillón.

El Juzgado Treinta y Siete Penal del Circuito avocó el conocimiento del asunto, abrió el juicio a pruebas y celebró la correspondiente diligencia de audiencia pública, luego de lo cual, en providencia del veintitrés de mayo de mil novecientos noventa y tres dictó la respectiva sentencia de primer grado, que al ser apelada fue confirmada en su totalidad por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en providencia de julio 27 de 1993 que ahora es objeto de este recurso de casación.

LAS DEMANDAS DE CASACIÓN

Demanda a nombre de Gustavo Adolfo Díaz Correa.

Al amparo de las causales tercera y primera formula el libelista dos cargos contra la sentencia proferida por el Tribunal, los cuales fundamenta así:

Primer cargo:

Según el censor la sentencia fue proferida en un juicio viciado de nulidad, ya que pese a haberse calificado el mérito de las pruebas de primera instancia con resolución acusatoria, el superior no lo modificó sino que alteró completamente el referido calificatorio, al punto de determinar que no se debía seguir el juicio por los delitos de falsedad y estafa sino por el de Fraude Procesal.

Tal circunstancia, a su juicio, dejó sorprendidos a los procesados y sin defensa ante el nuevo cargo, conculcándose así el debido proceso y el derecho a la defensa que garantizan los artículos 29 de la Carta Política y 1o, 6o, 7o, 9o, 10, 21 y 304 del Código de Procedimiento Penal, porque no podían controvertir la nueva acusación.

Trata de fundamentar su reproche aludiendo al contenido del debido proceso, así como a los artículos 5o, 8o y 11 de la declaración de los derechos humanos acerca de la prohibición de la tortura, el derecho de toda persona a utilizar los recursos cuando se le conculcan sus derechos fundamentales y la presunción de inocencia.

Señala que conforme a los artículos 307 de la anterior normatividad procesal penal y 228 del la actual, corresponde al juez decretar la nulidad oficiosamente cuando se presente alguna de las causales previstas por la ley, y que en este evento se produjo a partir del calificatorio del Tribunal, fechado el 5 de febrero de 1992.

Segundo cargo:

Manifiesta que de no encontrarse demostrada la nulidad planteada, solicita se dé aplicación al artículo 228 del Código de Procedimiento Penal, ya que en forma ostensible se han transgredido las garantías fundamentales de su defendido; según el demandante, nunca puede ser sujeto del delito de Fraude Procesal quien, como él, no ha sido parte, ni activa ni pasiva, pues no intervino ni está vinculado en forma alguna al proceso civil que cursó en el Juzgado Diecinueve Civil del Circuito, del cual "se dice" se derivó el ilícito.

Como causal aducida para fundamentar este cargo, menciona el numeral primero del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal.

Pasa entonces a explicar que Gustavo Adolfo nunca debió ser vinculado al proceso penal, más cuando en este evento tampoco se realizó por los medios legales, como son la indagatoria o declaración de reo ausente, sino por una decisión del Tribunal que al tramitar la segunda instancia cambió el auto calificatorio y la denominación del delito, por otro totalmente distinto a los que fueron objeto de investigación.

La imposibilidad de que se atribuya el Fraude Procesal a Díaz Correa la fundamenta, entre otras razones, en que entre nosotros está prohibida la responsabilidad objetiva (art. 5 del C.P.) y también porque no se puede predicar "por analogía" que "quien presuntamente fue parte en los pagarés, lo sea también en el punible nacido de un proceso civil".

Como Díaz Correa no presentó memorial alguno ante el Juzgado 19 Civil del Circuito, resulta clara la transgresión a los artículos 20 y 21 del Código Penal, como que estas normas consagran, de un lado, que el punible realizado al momento de la acción u omisión, como también el principio de la causalidad delictual.

Agrega que su representado no tenía el deber jurídico de impedir el resultado de dicho proceso civil, ya que el Banco demandó ejecutivamente a Julio César Casas Sáenz y no existe prueba que su mandante haya sido notificado judicialmente de la existencia de un proceso civil.

Finalmente solicita que de acuerdo al primer cargo invocado se decrete la nulidad de lo actuado y con el segundo, se case la sentencia, dictando la que deba reemplazarla.

Demanda a nombre de Arnaldo Cohen Pallares

Cargo Único:

Al amparo de la causal primera, numeral primero, acusa la censora la sentencia del Tribunal, por interpretación errónea de la ley sustancial. No obstante el precedente enunciado, expresa que a este quebrantamiento directo de la ley, se llegó por aplicación indebida del artículo 182 del Código Penal y falta de aplicación de los artículos 1o, 3o, 6o, 20, 79 y 8o del Código Penal, así como los artículos 29 y 230 de la Carta Política.

Según la libelista, el delito de Fraude Procesal consiste en inducir en error a un funcionario judicial, mas no en "mantenerlo en error y obtener decisión fundamentada en ese yerro, sino llevarlo a errar".

Por tal motivo y de acuerdo a la definición del verbo inducir que trae el diccionario de la real academia de la lengua, la disposición del tipo en cuestión no exige un resultado específico para su configuración y por lo tanto es un delito de mera conducta, según jurisprudencia que trae a colación para demostrarlo.

Por lo tanto, no se requiere de acuerdo para que se produzca un resultado específico, ya que la norma contiene un ingrediente subjetivo consistente en el propósito, por parte del agente, para obtener una decisión contraria a derecho, de lo que se colige admisible la tentativa de este delito, en el evento de no lograrse la inducción en error al funcionario judicial por circunstancias ajenas a la voluntad del agente.

Contrario a lo anterior, agrega, cuando el sujeto logra inducir en error al funcionario judicial, independientemente de que se produzca o no el resultado, ha de entenderse como consumado el hecho punible.

Por otro lado en cuanto a la afirmación del fallo según el cual el delito de fraude procesal es de carácter permanente, pues perdura en tanto se mantenga en error al funcionario a través del medio fraudulento empleado, considera que el medio engañoso solo puede inducir en error una sola vez pues el resto de la conducta del funcionario depende de esa inducción en error. En otras palabras, la obtención de la sentencia, resolución o acto administrativo, es el agotamiento del hecho delictivo y la inducción es la consumación del tipo penal de fraude procesal.

Hace referencia a la clasificación que la doctrina extranjera trae de los hechos punibles de mera conducta y de resultado, advirtiendo, respecto del Fraude Procesal, que inducir en error es la actividad y llevar en error al funcionario es el resultado, por tanto "el acto y el efecto se producen en forma coetánea y el delito se consuma allí."

A pesar de que el mantenimiento en error no es, para la libelista, elemento del tipo y, reconociendo que al Juez 19 Civil del Circuito se le hizo saber el engaño de que era víctima, en razón de haberse iniciado el proceso penal, para el momento del calificatorio, habrían transcurrido cinco

años y medio, tiempo superior al exigido en la ley para la prescripción del delito que se trata.

Por lo anterior, solicita se case la sentencia y se decrete la prescripción de la acción penal.

ALEGATO DEL NO RECURRENTE

El señor representante de la parte civil en este proceso, considera, en cuanto a la demanda presentada a nombre de Díaz Correa, que no se da la aludida causal, pues al momento de la calificación del mérito del sumario el Tribunal estaba facultado para decidir sin limitación alguna. Que además este procesado tuvo la oportunidad de demostrar su inocencia en lo que tiene que ver con el Fraude Procesal, tanto que en la etapa probatoria del juicio solicitó pruebas testimoniales. Por esta razón el cargo no debe prosperar.

En lo relativo al segundo cargo, manifiesta que allí no se explica por parte alguna si se trata de violación directa o indirecta de las normas sustanciales. No obstante afirma que Díaz Correa sí intervino en el proceso que se adelantó en el Juzgado Diecinueve Civil del Circuito, según las piezas procesales que obran a folios 237 del cuaderno original y 57 del cuaderno de anexos.

Se refiere luego a la demanda de casación presentada a nombre de Arnaldo Cohen Pallares, la cual considera que tampoco es procedente por cuanto incurre en incongruencia, pues es incorrecto aducir la vía directa por dos o tres motivos, con lo que se llegaría a una posición incongruente.

En cuanto al aspecto central del asunto, estima que el Fraude Procesal es un delito permanente, pues su estado de consumación se prolonga hasta que desaparezca la inducción en engaño.

Finalmente, luego de referirse a la inconsistencia de cada cargo, formulado contra la sentencia del Tribunal, solicita se desechen las demandas y se ordene la devolución del expediente al Tribunal de origen.

CONCEPTO DEL PROCURADOR SEGUNDO DELEGADO EN LO PENAL

PRIMERA DEMANDA

En cuanto al PRIMER CARGO de la demanda presentada a nombre del procesado Díaz Correa, indica que la resolución acusatoria es la pieza más importante del proceso penal y por eso la ley hace exigencias específicas en cuanto a los requisitos formales y sustanciales que dicha decisión debe contener, revistiendo de esa manera mayores garantías para su expedición.

Entre ellas, menciona la posibilidad de ejercer los recursos ordinarios para impugnarla y hasta tanto no sean resueltos no se puede hablar de

calificación jurídica ejecutoriada, ni de cargos concretos en contra de una persona.

Conforme a tal planteamiento, considera equivocada la postura de la actora al proponer la nulidad, porque al resolverse el recurso de apelación interpuesto por los defensores de los procesados contra el calificatorio de primer grado, emitido por el Juzgado Treinta y nueve de Instrucción Criminal, es perfectamente válido que existan criterios divergentes entre las decisiones de primera y segunda instancia, que por corresponder al procedimiento previsto en la ley, no puede predicarse el quebrantamiento de garantía fundamental alguna.

Resalta la Procuraduría el ánimo especulativo del censor en el fundamento de la demanda, que lejos de propugnar por el mejoramiento de la situación judicial de su procurado, lo que busca es que en el futuro se vea ante una mayor punibilidad de la impuesta en la sentencia, al haberse mantenido en su contra la acusación por el delito de estafa.

En cuanto al SEGUNDO CARGO, se anticipa a manifestar que está llamado a fracasar, pues el actor solicita se dé aplicación al artículo 228 del Código de Procedimiento Penal y omite la formulación del reproche, cuando es su deber la formulación completa de los cargos.

También le resulta inadmisible acudir a este procedimiento en sede de casación, cuando en personal criterio del censor agrega que Díaz Correa no cometió el delito, sobre la base de que no intervino directamente en el proceso adelantado en el Juzgado 19 Civil del Circuito de Santafé de Bogotá.

Sin embargo, como el enunciado de su ataque lo hace al amparo de la causal primera, esto es, por la vía directa, es de anotar que el actor en ningún momento respeta o acepta los hechos, tal como fueron reconocidos en la sentencia; al contrario, señala que la forma como fue vinculado al proceso Díaz Correa no se hizo por los medios legales, sino por decisión del Tribunal, cuando al desatar en segunda instancia el calificatorio, cambió la denominación del delito.

Para la Procuraduría tal afirmación buscaría eventualmente destacar una causal de nulidad, la que evidentemente no existe por cuanto el procesado fue vinculado mediante indagatoria. Destaca que el recurrente confunde la providencia por medio de la cual se calificó el mérito del sumario con aquella en la que se vincula a una persona a una investigación.

Agrega que el hecho de que Díaz Correa no llevará a cabo ninguna acción física ante el Juzgado 19 Civil del Circuito, no por ello no está incurso en el delito de Fraude Procesal; en este punto, confunde al ejecutor material de la conducta, el abogado Bernardo Garzón Sierra, a quien Cohen Pallares le otorgó poder para iniciar la acción civil, con los partícipes de la conducta típica y eso es lo que posibilita el proceso de adecua-

ción típica y la responsabilidad de quienes intervinieran en el hecho delictivo.

SEGUNDA DEMANDA

Conforme a los argumentos expuestos por la libelista, a juicio del Ministerio Público, la misma equivocó la escogencia de la causal de casación, ya que lo alegado es la prescripción de la acción penal, lo cual sólo es viable por la vía de causal tercera de casación y no de la primera, según reiterada jurisprudencia de esta Corporación.

Pese a lo anterior, a juicio de la Procuraduría, no hay lugar a declarar la prescripción de la acción; puntualiza lo que se entiende por delito permanente y agrega que la descripción típica del Fraude Procesal permite afirmar de un punible que tiene tal carácter, pues quien es inducido en error mantiene tal carácter hasta tanto no logre vencerlo. Su consumación, para efectos de la prescripción, no puede admitirse en el acto de la inducción en error, se comenta en él hasta tanto no logre vencerlo. Su consumación, para efectos de la prescripción, no puede admitirse en el acto de la inducción en error, sino que sus consecuencias lesivas a la administración de justicia perduran en el tiempo.

Así es indicativo del error en que se mantenía al Juez 19 Civil del Circuito, como al Tribunal Superior, el hecho de que con posterioridad al inicio de esta investigación sobrevinieran las sentencias de primera y segunda instancia dentro del proceso civil, con las cuales se ordenó seguir adelante con la ejecución.

Además, la circunstancia de haberse oficiado en varias oportunidades al citado Despacho solicitando información sobre el ejecutivo que adelantaba, no era suficiente para permitirle saber al funcionario judicial que la acción ejercida ante esa oficina por la entidad bancaria se fundaba en documento espurio y hasta el 5 de febrero de 1992, fecha en que se profirió la resolución acusatoria, no habían transcurrido los cinco años de que trata el artículo 80 del Código Penal.

Solicita finalmente no se case la sentencia impugnada.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Debe advertirse como cuestión previa que el recurso procede por haberse propuesto con anterioridad a la vigencia de la Ley 81 de 1993.

Los cargos presentados por los señores demandantes contra el fallo de segunda instancia, carecen de eficacia para removerlo y en consecuencia, acogiendo la opinión de la Procuraduría Delegada, se mantendrá en su integridad.

DEMANDA A NOMBRE DE GUSTAVO ADOLFO DÍAZ CORREA.

Primer Cargo:

Toma el libelista, como fundamento de este reproche, la causal tercera de casación, por haberse proferido la sentencia en un juicio viciado de nulidad, ya que al desatarse la apelación de la resolución acusatoria, el Superior alteró completamente el referido calificatorio, dejando a los procesados sin defensa ante el nuevo cargo.

Como bien se sabe, el recurso de apelación faculta al funcionario que lo resuelva para modificar, adicionar o revocar la providencia objeto de impugnación, habida cuenta que se trata de una especie de control que el superior ejerce sobre las decisiones proferidas por el inferior, en la medida que estudia los presupuestos de validez y la verdad real del proceso.

Bajo los anteriores parámetros, resultaba plenamente viable que el Tribunal Superior de Bogotá, al desatar la alzada interpuesta contra el calificatorio proferido por el *a quo*, determinara que la acusación procedía por el delito de Fraude Procesal, mas no por el de Estafa.

Ahora bien, como el Superior debe decidir únicamente con base en las pruebas aportadas y valoradas en primera instancia, basta con leer detenidamente la providencia proferida por el *ad quem*, quien precisamente de acuerdo con elementos de juicio obrantes en el plenario, llegó a la convicción de que la conducta que se configuraba era la del Fraude Procesal.

Allí se dijo que:

"Para demostrar la ocurrencia del delito de Fraude Procesal, descrito por el artículo 182 del Código Penal, se cuenta con el original del pagaré número 0455-8, elaborado en la hoja número 0238130, con fecha 22 de julio de 1985 que aparece suscrito en primer lugar por Isabel Navas Betancourt, luego por Julio César Casas Sáenz, Gustavo Adolfo Díaz Correa y Angela del Rosario Martínez Aguillón; fotocopia autenticada de la carta de instrucciones, sin fecha, en la cual se hizo anotación manual en cuanto se refiere al precitado pagaré, suscrita por las mismas personas; la actuación que en fotocopia se incorporó al proceso ejecutivo adelantado por el Banco Ganadero contra Casas Sáenz, testimonio de este quien niega haber firmado el pagaré con la intención de servir de codeudor a Navas Betancourt o a Díaz Correa; la diligencia de inspección judicial practicada en la entidad bancaria y dictámen del perito que colaboró en ella, con la cual se determina que en la carpeta correspondiente al trámite de refinanciación de la deuda no yace documentación con la cual se acreditara la garantía suficiente de la obligación por quienes aparecen como codeudores, en tanto que en el fólder referente a la cuenta corriente abierta por Casas Sáenz sí obra documentación completa, infiriéndose de ello que la misma se presentó por el cuentacorrentista para obtener crédito personal".

"Esos medios probatorios relacionados evidencian cómo a través de un medio fraudulento se ha inducido en error al juzgado civil para obtener

una sentencia contraria a la ley, esto es, para lograr el pago de una obligación que no contrajo voluntariamente el denunciante, siendo el medio fraudulento la utilización del pagaré suscrito por éste, no con el fin de obligarse solidariamente con la deuda de otro, sino con una que contraería él directamente; significa lo anterior que se acudió al proceso civil para causar perjuicio patrimonial a una persona ajena a la obligación." (fol 78 cuaderno No 1 Tribunal).

No se puede hablar entonces de una alteración de la providencia de primera instancia, como lo dice el libelista, pues con base en los elementos de juicio obrantes en el plenario se llegó a la conclusión de que se trataba del ilícito que define el artículo 182 del Código Penal, porque precisamente lo que impone la pauta orientadora para el ejercicio del derecho a la defensa son los medios de prueba sobre los cuales se edificó la providencia.

Ahora, como bien lo afirma el Procurador Segundo Delegado en lo Penal, la resolución acusatoria como pieza fundamental del proceso, exige para su estructura una serie de condicionamientos tanto de forma como de fondo; sin embargo, la calificación que del mérito del sumario haga el *a quo*, no obliga al superior quien podía modificarla cuando se encontraba que en el proceso de adecuación típica se incurrió en error, y siempre que obrase la prueba necesaria para acusar, esto es, la que apunta a determinar la real ocurrencia del hecho.

Ahora bien, pese a que el libelista asegura que a su prohijado se le conculcó el debido proceso y el derecho a la defensa porque no se pudo controvertir la nueva acusación, no demuestra la realidad de su aserto, esto es, la forma en que la supuesta irregularidad afectó tales garantías como era su deber en casación.

Pero adicional a lo anterior, y en esto le asiste razón al apoderado de la parte civil, no resulta cierto que tales garantías hayan sufrido quebranto alguno, como parece entenderlo el demandante. Obsérvese que una vez avocó el conocimiento del asunto el Juzgado treinta y Siete Penal del Circuito ordenó la apertura del juicio a pruebas, los apoderados de los procesados Cohen Pallares y Díaz Correa hicieron uso de tal derecho, a lo cual se accedió mediante proveído del treinta de abril de mil novecientos noventa y dos. Además, intervinieron en la audiencia pública y por último impugnaron la sentencia de primer grado.

Ahora, dentro de un amplio concepto que del debido proceso, el qué propende por garantizar los derechos de los sujetos procesales o mirado como garántía fundamental autónoma, está comprendido el derecho a la defensa, el cual jamás puede estimarse conculcado por las razones que aduce el libelista, al suponer la falta de asistencia de un defensor o el obstáculo para hacer uso de los elementos necesarios para ejercitar la defensa material y técnica, o que en uso de ellos no reciba el trámite pertinente, eventos que no se presentaron en el caso *sub examen*.

Finalmente quiere resaltar la Sala que tal es la confusión del censor que lo llevó a asumir una postura que resulta incomprensible, pues a no dudarlo, la nueva calificación jurídica favorece los intereses de los procesados, quienes se avocaron a un punible reprimido con pena de prisión menor que la estimada para el delito de estafa.

El cargo, en tales condiciones, no prospera.

Segundo Cargo:

Adolece esta censura de protuberantes fallas técnicas, habida cuenta que el demandante solicita la aplicación del artículo 228 del Código de Procedimiento Penal que hace referencia a la declaración oficiosa de las nulidades, pero acto seguido en forma inexplicable, acude a la causal primera de casación, numeral primero para desarrollar el ataque.

Un planteamiento de tal especie, va en contra de los principios que rigen esta sede extraordinaria; si bien la nueva normatividad procesal permite la formulación de cargos excluyentes, debe ser en capítulos separados y de manera subsidiaria, so pena de incurrir en contradicción, pues no es permitido que dentro de un mismo cargo existan planteamientos incompatibles porque esto le resta claridad y precisión a los argumentos del libelista, como en efecto ocurre en el caso que nos ocupa.

Las fallas técnicas continúan cuando a pesar del enunciado ya citado, el libelista decide fundamentar su reproche en el numeral primero del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, esto es por la vía directa, como ya se dijo, pero sin especificar en cuál de sus sentidos o motivos.

A ello, se debe sumar el insalvable error de dedicarse a cuestionar las conclusiones del Tribunal, en busca de demostrar una completa ajenidad de su representado respecto de los cargos atribuidos: a manera de ejemplo, véase cómo reprocha el libelista que a su prohijado no se le vinculó por los medios legales- indagatoria, declaratoria de reo ausente, etc- sino por una decisión del Tribunal al cambiar la denominación jurídica del delito.

Esta entremezcla de argumentos no permite determinar si lo que busca el libelista es la declaratoria de una nulidad, o más bien demuestra que definitivamente el delito por el cual se dictó resolución acusatoria, no se evidencia en cabeza de su prohijado.

Ninguno de los parámetros técnicos respeta el libelista y menos los presupuestos propios de la violación de la ley sustancial por la vía directa, la cual, como reiteradamente se ha dicho, presupone, por parte del censor, no tanto el deber de señalar cuál es el carácter de la violación como si la consiguiente aceptación de los hechos y las pruebas admitidas en la sentencia, puesto que la controversia en esta precisa causal radica únicamente en la selección o interpretación, según el caso, de la norma sustancial.

Ante las evidentes contradicciones argumentativas, el cargo no puede ser analizado de fondo por cuanto no fue propuesto dentro de los parámetros propios de la causal primera cuerpo primero como correspondía.

Demanda a nombre de Arnaldo Cohen Pallares.

Pese a la confusión del texto de la demanda cuando enuncia el cargo, es posible desentrañar que pretende el reconocimiento de la prescripción.

Al amparo de la causal primera, cuerpo primero, acusa la recurrente la sentencia del Tribunal de ser violatoria de la ley sustancial por interpretación errónea.

En este punto comparte la Sala plenamente las apreciaciones de la Delegada, en el sentido de que si lo pretendido era plantear la prescripción de la acción penal, era lo viable acudir a la causal tercera de casación y solicitar la nulidad del proceso, mas no la causal primera, cuyas consecuencias, en caso de prosperar, se concretarían en la emisión del fallo de reemplazo.

Sobre la vía adecuada de ataque en estos casos la Corte ha dicho:

"...la alegación de prescripción de la acción penal en casación debe encaminarse bajo el amparo de la causal tercera, por la vía de la nulidad, en cuanto proseguir y culminar una causa sin que la respectiva acción penal se halle vigente constituye un quebrantamiento por parte del juez de las normas y principios que rigen la legitimidad del juicio y el derecho de defensa, intereses bajo amparo constitucional. Por ello, 'repugnaría a un sentimiento general de justicia que se considerara válida una sentencia proferida en un proceso que no podía adelantar el juez por haberse extinguido en él la facultad punitiva del Estado'.

"Por otros aspectos, pretender la alegación de este vicio por la causal primera de casación resultaría contradictorio con la naturaleza de esa formulación y el fin que en ese caso se persigue, pues quien alega violación directa o indirecta parte del presupuesto de la validez del proceso centrando su ataque en la ocurrencia de errores al interior de la sentencia, y además persigue la expedición de un fallo de sustitución que obviamente se hace de imposible proferimiento a falta de una acción penal vigente". (Sent. Oct 13/94 M.P. Dr. Juan Manuel Torres Fresneda).

Además, propone una serie de argumentos tendientes a demostrar que el delito de fraude procesal es de mera conducta, para luego de ello solicitar la prescripción de la acción penal, ya que, en su sentir, la acción delictiva que se le imputa a su prohijado se consumó en el momento en que se indujo en error al Juez Civil del Circuito, independientemente de que se haya producido o no el resultado.

Sin embargo, para desvirtuar la posibilidad de una prescripción en el evento que nos ocupa, ha de recalcarse que en el delito de Fraude Proce-

sal, si bien la conducta del agente consiste en inducir en error al funcionario judicial, es lo cierto que persigue una finalidad con el engaño cual es obtener una sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley. Si esa inducción perdura en el tiempo no puede afirmarse que se consumó el delito con el primer acto de inducción en error, máxime cuando el funcionario mantiene la conducta equivocada a través de toda la actuación, habida cuenta que se vió entorpecida por el comportamiento mendaz desplegado por Díaz Correa y Cohen Pallares, quienes desfiguraron lo realmente ocurrido.

En el evento que nos ocupa, y según obra visible a folios 535 y ss del cuaderno original No 2, la conducta se prolongó inclusive hasta cuando se produjo el fallo de segunda instancia, mediante el cual la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá dispuso, entre otras determinaciones, seguir adelante con la ejecución que cursaba contra el allí demandado Julio César Casas Sáenz.

Por ello, sobrada razón le asiste al Tribunal Superior de Bogotá, cuando al desatar la apelación de la sentencia de primer grado dijo:

"...la sala considera que aún se está ejecutando la conducta fraudulenta para obtener resolución judicial contraria a la ley, pues, actualmente se adelanta proceso ejecutivo contra el aquí denunciante, con base en un título apócrifo, sin que se haya producido decisión final en aquél, es decir, se mantiene en error a dicho juez; por lo cual, no es posible hablar de prescripción, pues aún no ha dejado de ejecutarse el delito, razón que impide a esta Corporación a declarar, como lo solicitan los defensores, la prescripción de la acción penal y consiguientemente, decretar la cesación de procedimiento en este asunto." (Fol 32 c. Tribunal).

La falta de razón del libelista, impide la prosperidad de los cargos.

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

RESUELVE

NO CASAR la sentencia condenatoria recurrida a nombre de los procesados Gustavo Adolfo Díaz Correa y Arnaldo Cohen Pallares.

Cúmplase.

Carlos E. Mejía Escobar (con aclaración de voto)*Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda, Hugo Humberto Rodríguez* Conjuez.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

PRESCRIPCION DE LA ACCION

(Aclaración de Voto)

Cuando el artículo 229 del C.P.P. dispone en su numeral primero que si la causal aceptada fuere la primera, la Corte casará el fallo y dictará el que deba reemplazarlo, ha de entenderse que el concepto de fallo de reemplazo es el de sentencia material y no formal. Tanto es así, que la misma solución está prevista para típicos vicios de actividad como son los de las causales segunda y tercera de casación, cuando esta última afecte exclusivamente la sentencia impugnada.

Entiendo que acudir en estos casos a la causal de nulidad implicó, frente a la rigurosidad del recurso y de su técnica, una solución de justicia material a fin de poder declarar la prescripción de manera oficiosa. Pero esa razón no puede soslayar el concepto de violación de derecho sustancial que subyace en el fallo que no declara la prescripción, existiendo, hasta el punto de considerar mal concebida una demanda que la alega correctamente. Además de que ahora esa facultad oficiosa también alcanza frente a la violación de garantías fundamentales que no por ser tales suponen siempre vicios de procedimiento puesto que muchas de ellas son de carácter sustancial, como ocurre, por ejemplo, con los principios de legalidad del delito y de la pena.

Aclaración de voto: *Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar.*

Como en la discusión de la ponencia el suscrito planteó que la prescripción de la acción penal debiera alegarse como violación de la ley sustancial, sin que ello necesariamente excluya la posibilidad de Casar el fallo si se alega por la vía de la causal tercera de casación, me veo precisado a explicar la razón de dicha postura.

En efecto, la Corte sostuvo hasta hace un buen tiempo, tal vez hasta la decisión de Julio 4 de 1989 (M.P. Dr Carreño Luengas), que era esa la vía adecuada para la impugnación. Así por ejemplo, en abril 25 de 1977, con ponencia del Dr. Velasco Guerrero, expresó:

"Resumiendo: El Juez Primero Superior de Cartago, cuando dictó el auto de proceder y calificó los hechos como homicidio agravado, tenía

competencia para hacerlo, y sustancialmente para declarar prescrita la acción penal y ordenar cesar el procedimiento lo que se hizo a todas luces evidente una vez que el sentenciador de 2ª grado confirmó en la suya la sentencia por medio de la cual el juez de conocimiento acogió el veredicto y profirió sentencia en igualdad con el jurado. Si por inadvertencia pronunció fallo condenatorio, su decisión es *violatoria de las normas sustanciales señaladas por el censor, en la forma y con los alcances indicados en el cargo* sub examine, que está llamado a prosperar."

Consecuencia de tal argumentación la Corte CASA la sentencia recurrida y DECLARA PRESCRITA la acción penal. Entonces ordena cesar el procedimiento y dispone la libertad del acusado.

Igual ocurrió en sentencia de marzo 24 de 1981 (M.P. Dr. Luis Enrique Romero Soto):

En síntesis: "cuando se trata de exceso en la legítima defensa relativo a un homicidio simplemente intencional, la acción penal prescribe en siete años, tiempo que, se repite, había transcurrido antes de dictarse la sentencia recurrida, por lo cual ésta violó el artículo 105 del Código Penal en concordancia con el 163 del Código de Procedimiento Penal y debe, por ello casarse la sentencia.

En consecuencia el cargo por violación de la ley sustancial al dictar sentencia condenatoria en un proceso cuya acción penal quedó prescrita mediante intervención del jurado, debe prosperar..."

Y en agosto 19 de 1982, después de controvertir amplia y suficientemente la tesis de que el proceso era nulo por incompetencia (según el actor el Juez, ocurrida la prescripción únicamente tenía competencia para declararla) la Sala Penal reafirma el concepto de violación e invoca el fallo de abril 25 de 1977, ya aludido acá.

Frente a esas jurisprudencias, y seguramente a muchas más, la Sala en la decisión de julio 4 de 1989, reiterada entre otras en septiembre 3 de 1992 y en aquella que se cita en la ponencia, sostuvo lo contrario:

"No se comparte tan respetable criterio (el del Procurador Delegado, aclaró), porque el actor que alegue acertadamente la violación directa de la ley sustancial, debe aceptar la validez del proceso, para reclamar un error de juicio del juez en la sentencia, por exclusión evidente, aplicación indebida o equivocada interpretación de la norma sustancial, o por desconocimiento o valoración indebida del caudal probatorio. Sólo sobre ese el presupuesto de un proceso válido podrá exigir que se case la sentencia y se la sustituya por otra más acorde con la equidad y la justicia. Y en el caso subjúdice, el censor está reclamando la nulidad del juicio desde el auto de proceder inclusive, porque en su concepto cuando éste se profirió la acción penal se encontraba prescrita.

Es verdad, que la supuesta irregularidad que alega el casacionista no constituye un vicio procedimiental de forma o ritualidad que afecte la estructura externa del proceso: pero, sí alude dicha irregularidad de modo esencial y particular al quebrantamiento por el juez de normas y principios tutelares de la legitimidad del juicio y del derecho de defensa, intereses ambos puestos bajo el amparo de la Constitución Nacional.

Repugnaría a un sentimiento general de justicia, que se considerara válida una sentencia proferida en un proceso que no podía adelantar un juez por haberse extinguido en él la facultad punitiva del Estado."

Y:

"Un examen global de esta demanda evidencia el quebranto de los artículos 80 y 24 del Código Penal por parte del Tribunal Superior en razón de haber dictado sentencia en un proceso que no podía continuarse, respecto a él se aclara, por haberse operado el fenómeno de la prescripción de la acción penal; yerro que será enmendado por la Corte no por la vía de la causal primera de Casación insinuada por el demandante que supone la sustitución del fallo impugnado por el que deba reemplazarlo, sino a través de la causal tercera como lo sugiere la Procuraduría Delegada porque adelantar la actuación sin poder ejercitar la pretensión punitiva del Estado, constituye un claro atentado al debido proceso pues "vale lo mismo condenar a una persona sin ley preexistente que hacerlo cuando la acción penal se ha extinguido en su caso" como dijo la Sala en Casación de agosto 19 de 1982.

Y como quiera que el debido proceso es la máxima garantía procesal en toda clase de actuaciones judiciales o administrativas, a los términos del artículo 29 de la nueva Carta Política; su desconocimiento o afectación autoriza a la Corte en sede de casación para quebrar en forma oficiosa la sentencia cuando ésta atenta en forma ostensible contra cualquiera de las garantías fundamentales de arraigo constitucional (artículo 228 del nuevo C.P.P." (Sept. 3 de 1992, M.P. Dr. Carreño L.)

Este breve muestreo deja entrever cómo frente a la tesis de que la alegación de prescripción debe hacerse por vía de causal de nulidad (3ª en este momento) y no por violación de la ley sustancial (directa o indirecta, según el caso) ha pesado mucho el argumento de que cuando esta causal de casación prospera la Corte "no podría dictar sentencia de reemplazo". Y de paso se percibe que algunos de los planteamientos utilizados por la Sala para fundamentar la procedencia del ataque por la vía de la causal primera fueron reciclados hasta el punto de terminar sustentando la otra tesis, es decir, la de la viabilidad de la causal tercera de casación.

Sin embargo, los fundamentos sobre la procedencia de la nulidad como única alternativa del ataque en Casación, los encuentro apartados del sistema dentro del cual está construido el recurso extraordinario. Pesa

más un criterio procedimentalista que la razón material. Y ello a la postre contribuye a que cada día, en mayor medida, se desdibuje la teoría de la Casación. A eso es a lo que quiero referirme:

En efecto, desde siempre se han reconocido dos grandes grupos de vicios o de errores que, a su vez, generan dos grupos de motivos o causales de casación: los vicios de actividad y los vicios de juicio o, lo que es lo mismo, los errores *in procedendo* y los errores *in iudicando*. " Esta distinción -señala Calamandrei- fundamental para entender el instituto de la Casación, parte del hecho de considerar la diversa posición en que se encuentra el juez frente al derecho, según se trate de normas de derecho procesal, a las cuales tiene que ajustar, observándolas, su actividad al proceder, o de normas de derecho sustancial, acerca de cuya observancia por parte de los sujetos de la relación controvertida está él llamado a juzgar " (Casación Civil: Ed. Jeas Europa América, p. 75) Para luego precisar en torno al defecto de juicio:

" También el error *in iudicando* se puede decir que es consecuencia de un error *in procedendo* que intervino durante el trabajo lógico que el juez realizó en la fase decisoria (a saber, de una contravención cometida por el juez al deber que institucionalmente tiene de decidir *secundum ius*): *pero es un vicio de actividad (lógica) que implica inulefectiblemente la consecuencia de proferir una sentencia injusta, o sea , de hacer valer autoritariamente como derecho lo que no es derecho, forzando así a la justicia a ponerse al servicio de la injusticia" (p. 76).*

De modo que el asunto está en la naturaleza de la norma que se aplica o se deja de aplicar: si es simplemente un acto procesal, como parte del rito propiamente dicho, el vicio es de actividad; pero si va más allá, esto es, si apunta al contenido mismo de ese acto, en tanto aplica o declara un derecho sustancial, es decir, en tanto trasciende el rito mismo, es un vicio o un error de juicio.

Desde ese punto de vista, la norma que establece la consecuencia jurídica (prescripción de la acción penal) frente al supuesto de hecho (transcurso de tiempo) es norma de derecho sustancial. Lo es en su más puro significado, como regla jurídica cuyo contenido sea la declaración, creación, modificación o extinción de relaciones jurídicas concretas. Y lo es, desde la perspectiva en que Calderón Botero la diferenció de la norma procesal:

"Por lo tanto, para definir lo que es norma sustancial y norma formal, es preciso acogerse a la concepción finalista de la ley, y, según su designio, hay que aceptar que la primera constituye el *objeto* jurídico de la segunda, porque ésta es el instrumento mediante el cual aquella se realiza. La premisa, exacta en su formulación, permite deducir que ambas categorías de normas se encuentran en evidente relación de medio a fin.

Luego su diferencia específica se expresa por el sentido telcológico de la norma formal y por el sentido inmanente de la norma sustancial."

El sentido telcológico de la norma formal es su inevitable tendencia a la concreción de una consecuencia jurídica preestablecida, y el sentido inmanente de la norma sustancial es la prioridad de su propia consecuencia jurídica. En otros términos: la norma sustancial siempre *estatuye* una consecuencia jurídica *absoluta*, mientras que la norma formal siempre *busca* la concreción de una consecuencia jurídica que se encuentra *por fuera*, que le es trascendente; por eso la suya es *relativa*, debido a que tiene carácter pre-concretivo de esta. Así, pues, la norma sustancial se identifica porque establece una consecuencia jurídica como fin de sí misma y no como medio de otra. En efecto: la norma que tipifica un delito es sustancial, porque estatuye una consecuencia jurídica absoluta: la sanción. La que señala el grado probatorio necesario para dictar auto de detención es formal, porque determina una consecuencia jurídica relativa: la supresión de la libertad del acusado como medio pre-concretivo de la sanción, o sea, de una consecuencia jurídica absoluta. (Casación y Revisión en materia Penal; 2ª De. De Librería del Profesional; ps. 71 y 72).

El concepto de acción es un concepto de derecho sustancial que si bien en lo privado se manifiesta como un derecho subjetivo público a obtener del Estado una determinada decisión, en el ámbito de lo penal se patentiza como un poder-deber de actuar frente al delito o a la hipótesis de su ocurrencia. Carrara, que distinguió entre los efectos naturales y los efectos jurídicos del delito, señala que a estos últimos (obligación de indemnizar y obligación de expiar la pena) corresponden las acciones (civil y penal) y en torno a ello ubica así el concepto de proceso o juicio:

"Para hacer que estas acciones lleguen a la consecución de sus respectivos fines, es necesario un hecho ulterior, que es el juicio, el cual es civil cuando se dirige a obtener la reparación del daño inmediato, asunto en que se ocupa el civilista; y es criminal, cuando se dirige a conseguir la reparación del daño mediato, lo que constituye el tema de la tercera sección de nuestro curso, y del curso especial de procedimiento penal" (Programa. # 545).

Y más adelante precisa sobre la prescripción de las acciones:

"Los efectos jurídicos del delito, como toda cosa humana, tienen su correspondiente modo de extinción. La acción civil se extingue por todos los modos por los cuales se extinguen las obligaciones civiles; modos naturales, modos jurídicos, de los cuales trata el civilista. A su vez, la acción penal también se extingue por modos naturales y por modos políticos..."(Ib No. 577).

De ahí se deriva, claramente, que lo que funda la cesación de procedimiento es el fenómeno, de carácter sustancial, extintivo de la acción pe-

nal. Tanto más, cuando el hecho de la prescripción va indisolublemente ligado a la pena del respectivo hecho punible y, por consiguiente, a su identificación. Lo que ocurre es que la ley procesal, al regular el trámite del proceso, previó la posibilidad de que se declarara la prescripción a través de una decisión formalmente interlocutoria sin necesidad de agotar el trámite hasta la obtención de la sentencia formal. Pero con todo y eso, la resolución de preclusión, o el auto de cesación según el caso, son materialmente sentencias ya que en ellas se declara el derecho aplicable.

No pocas veces es precisamente la sentencia formal la que permite aplicar la consecuencia jurídica de la extinción de la acción y su consecuencia procesal, la cesación de procedimiento. Porque en últimas, el acto de juzgar el hecho, tipificándolo con carácter definitivo, inmutable y con fuerza de verdad real, es lo propio de las sentencias. Y porque en esos casos el juicio sobre la prescripción va atado a la identificación definitiva que el Juez hace del hecho típico, de las circunstancias que determinan la pena y por ende la prescripción.

Entonces cuando el artículo 229 del C.P.P. dispone en su numeral primero que si la causal aceptada fuere la primera, la Corte casará al fallo y dictará el que deba reemplazarlo, ha de entenderse que el concepto de fallo de reemplazo es el de sentencia material y no formal. Tanto es así, que la misma solución está prevista para típicos vicios de actividad como son los de las causales segunda y tercera de casación, cuando esta última afecte exclusivamente la sentencia impugnada.

Entiendo que acudir en estos casos a la causal de nulidad implicó, frente a la rigurosidad del recurso y de su técnica, una solución de justicia material a fin de poder declarar la prescripción de manera oficiosa. Pero esa razón no puede soslayar el concepto de violación de derecho sustancial que subyace en el fallo que no declara la prescripción, existiendo, hasta el punto de considerar mal concebida una demanda que la alega correctamente. Además de que ahora esa facultad oficiosa también alcanza frente a la violación de garantías fundamentales que no por ser tales suponen siempre vicios de procedimiento puesto que muchas de ellas son de carácter sustancial, como ocurre, por ejemplo, con los principios de legalidad del delito y de la pena.

Con todo comedimiento,

Carlos E. Mejía Escobar

Septiembre 16 de 1996

COLISION DE COMPETENCIA/ ABUSO DE CONFIANZA

El bien jurídico protegido en el caso es el patrimonio económico, pero no hay duda que, en tratándose del abuso de confianza, tal protección se matiza por el propósito de conservar la capacidad de disposición que tiene el propietario sobre la cosa.

Por cuanto la estructura típica del hecho punible de abuso de confianza no sufrió variaciones sustanciales en el tránsito del Código Penal de 1936 al vigente, cobran renovado vigor para este debate las precisiones hechas por la Corte en el auto de noviembre 27 de 1980, con ponencia del desaparecido magistrado Fabio Calderón Botero, que son del siguiente tenor:

"Es cierto que la jurisprudencia sostuvo en alguna época que el conocimiento de procesos por el delito de abuso de confianza correspondía al juez del lugar donde se entregaba la cosa a título no traslaticio de dominio, o bien al del sitio donde ésta debía restituirse o debía de rendirse cuentas. Entre uno y otro extremo vacilaba la Corte.

"Sin embargo, esos criterios fueron desechados frente a esta verdad jurídica indiscutible: el delito de abuso de confianza es un punible de comisión instantánea. Luego, se consuma en el momento mismo en que el agente efectúa un acto externo de disposición de la cosa o de incorporación de ella a su patrimonio, con ánimo de señor o dueño, esto es, con animus rei sibi habendi, *o como otros expresan, cuando procede* uti domine.

"Es obvio que este criterio se encuentra sujeto a la prueba de la ejecución, en un determinado territorio, de ese acto externo. Si se logra probatoriamente ubicar el sitio, al juez que allí tenga jurisdicción le corresponde su conocimiento (art. 41 del C. de P. P. -se refiere al art. 78 de hoy-). Si, por el contrario, el lugar es desconocido la competencia se fijará a prevención (art. 42 ibídem condiga con el actual art. 80)".

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casacion Penal. - Santafé de Bogotá, D. C., septiembre diecisiete (17) de mil novecientos noventa y seis.

Magistrado Ponente: *Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego*

Aprobado Acta N° 134

Proceso: 12184

VISTOS

Como el Juez Segundo Penal Municipal de Sonsón (Antioquia) le propuso colisión negativa de competencias a su homólogo de la población de Aguadas (Caldas), y éste la aceptó, le corresponde a la Sala dirimir el conflicto planteado, de conformidad con el numeral 5° del artículo 68 del Código de Procedimiento Penal.

Aunque el funcionario colisionante que tiene su sede en Aguadas había remitido equivocadamente el asunto a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, dicha Corporación lo trasladó a esta Sala por competencia. En verdad, el artículo 112 numeral 2° de la Ley 270 de 1996 -Estatutaria de la Administración de Justicia- sólo le confiere competencia al máximo organismo de administración y control de la Rama Judicial para resolver conflictos de competencia que se susciten entre distintas jurisdicciones, y entre éstas y las autoridades administrativas a las cuales se les hayan atribuido funciones jurisdiccionales.

Así entonces, si la disputa la protagonizan dos jueces de la misma jurisdicción -la penal-, mas si son ellos de distintos distritos judiciales, la definición en tal sentido corresponde a esta Sala, de conformidad con el numeral 5° del artículo 68 citado. Ahora bien, podría causar extrañeza que la Corte interviniera para decidir un conflicto en el que apenas se conoce la denuncia y la declaración de incompetencia de ambos juzgados, es decir, cuando apenas se aprestan los funcionarios judiciales para la investigación, pero cualquier duda sobre el particular se esfuma al saber que se ventila una contravención, de la especie que más adelante se definirá, y cuyo conocimiento ha sido atribuido en plenitud de competencia a los jueces penales o promiscuos municipales del lugar de comisión del hecho, por medio de un proceso unificado y prevalentemente oral, sin intervención directa de la Fiscalía General de la Nación en una fase de averiguación que no ha sido así distinguida por el legislador (Ley 228 de 1995, arts. 16 y ss).

DE LOS HECHOS

El día 19 de junio pasado, ante la Inspección de Policía de Precios y Medidas del municipio de Aguadas, acudió el señor Jorge Ariel Henao Arias -negociante de ganado mayor-, con el fin de poner en conocimiento de la autoridad el hecho de que, aproximadamente el día 6 o 7 de mayo anterior, habían llegado a esa población los señores Wilson Orozco y Alonso Valencia, procedentes del municipio de Sonsón, el primero de los cuales es su amigo, que permutó con ellos dos equinos y a la vez le propusieron

que les entregara otros tres (3) animales que tenía disponibles para el negocio, que los venderían en el pueblo de origen y residencia de los dos, con el halago de que en dicha plaza se estaban pagando buenos precios.

Pues bien, no obstante que los dos visitantes le tomaron los números del abonado telefónico y de la cuenta bancaria para comunicarse con él y darle noticia de la consignación del precio de la venta, agrega el denunciante, a la fecha de su queja no le habían entregado el dinero y, por razón de que los han buscado en la localidad de Sonsón y los requeridos se le ocultan, está convencido de que lo han defraudado en cuantía de cuatrocientos treinta mil pesos ($ 430.000.oo), que es el valor que le asigna a los caballares.

ARGUMENTOS EN EL CONFLICTO

Por medio de auto fechado el 21 de junio último, el Juez Segundo Penal Municipal de Aguadas aduce que los semovientes fueron entregados a los imputados con el exclusivo fin de que los llevaran en oferta a la localidad de Sonsón, los vendieran y entregaran el dinero a su propietario. Pero como estos individuos evidenciaron el "propósito de apoderarse" de los bienes recibidos o de no restituirlos a su dueño, por medio de "actos externos positivos manifestados en el municipio de Sonsón (Antioquia)", lugar donde han sido vistos dos de los caballares, corresponde el conocimiento de este asunto al juez penal municipal de dicha comprensión territorial. Previamente, el funcionario judicial había dicho que el hecho punible tipificado era de abuso de confianza, que se consuma cuando "la persona que ha recibido el bien a título no traslaticio de dominio, se lo apropia, se niega a restituirlo o lo usa en su propio beneficio, con perjuicios para su dueño".

Por el señalamiento de competencia que había hecho el Juzgado Municipal de Aguadas, correspondiéronle las diligencias por reparto al Juez Segundo Penal Municipal de Sonsón, funcionario que entonces emitió la providencia del 3 de julio siguiente, por medio de la cual estimó que era equívoco para determinar la competencia el hecho único de que los semovientes ilícitamente apropiados hubiesen sido vistos en el municipio de su influencia, pues, en primer lugar, la precariedad de la prueba aún no permite definir si se configura una contravención de estafa o de abuso de confianza; y, en segundo orden, porque, cualquiera fuere la eventualidad de la tipificación, la acción a través de la cual se afectó el patrimonio del ofendido se cumplió indiscutiblemente en la población de Aguadas, sin importar que en el municipio de Sonsón "se buscare finalmente la obtención del ilegal lucro que arrojaría la punitiva apropiación". De acuerdo con el artículo 13 del Código Penal, advierte finalmente el juez, la competencia en definitiva radica en el juzgado remitente, razón por la cual le devuelve el diligenciamiento con la proposición del conflicto.

Y el requerido Juez Segundo Penal Municipal de Aguadas aceptó la colisión propuesta y, en interlocutorio del 18 de julio, le responde a su contradictor que el señor Jorge Ariel Henao Arias se desprendió de los equinos por la confianza que le tenía a sus interlocutores, no en razón de haber sido víctima de un engaño o de inducción en error, por lo cual la contravención especial tipificada es la de "abuso de confianza" y no la de "estafa". De modo que, agrega el aceptante del conflicto, la actividad delictiva de los imputados se llevó a cabo en la localidad de Sonsón, pues allí fue donde, una vez realizaron la operación de venta de los equinos, se apropiaron del dinero y, cada vez que advertían la presencia del ofendido, se le ocultaban, todo lo cual es constitutivo de "unos actos externos positivos demostrativos del apoderamiento de los bienes recibidos y el propósito de no restituírselos al dueño".

LA CORTE CONSIDERA

Aunque la discordia planteada aparenta ser exclusivamente por el factor territorial de competencia, supuesto que están enfrentados dos jueces de distintos distritos judiciales, lo cierto es que el punto neurálgico de la controversia radica en la definición del hecho punible contravencional que se tipifica y, vista la claridad de ese proceso de adecuación típica, sólo quedaría por determinar en qué territorio se realizó la acción nuclear y configuradora del ilícito deducido.

Ahora bien, el juicio de acomodamiento típico de los hechos ha de formularse en consonancia con examen crítico de la prueba -sea escasa o abundante- que obra en el diligenciamiento, mas no en apreciaciones subjetivas o suposiciones del funcionario judicial. En este sentido, la razón le asiste al Juez Segundo Penal Municipal de Aguadas.

En efecto, aunque apenas se cuenta con la querella del ofendido, la verdad es que ésta es precisa y revela detalles que no pueden soslayarse en favor de juicios conjeturales, mientras no existan otros medios de convicción en contrario y de mejor abolengo. Claramente ha dicho el afectado que le entregó los tres (3) semovientes a Wilson Orozco y Alonso Valencia, movido por la confianza que le inspiraba el primero de ellos, de un lado, porque era hijo de su amigo don Cristóbal, un conocido y reputado negociante de animales del municipio de Sonsón, y, de otro, porque el joven Orozco también era directamente su amigo, "... ya que él andaba con el papá cuando yo hacía negocios con don Cristóbal" (fs. 1vto.).

De modo que las diligencias indican que la entrega de los equinos a los dos imputados se produjo voluntariamente y por un acto de confianza; el ofendido no es consciente de ningún episodio de engaño o de inducción en error -ni siquiera lo sugiere-. Sería necesario alargar la suspicacia para decir que los sujetos activos, desde el primer momento en que se acercaron al señor Jorge Ariel Henao, ya estaban asistidos de fines proditorios y

dañinos, como para ensayar así otro juicio alternativo de tipicidad, el de la estafa, pero ello no sólo es inadmisible por cabalístico y desasido de la realidad probatoria que comporta la denuncia, sino porque el efecto determinante conocido sobre la víctima es el de la seguridad puesta voluntariamente por ella en los agentes y no el de las palabras de halago de éstos (el mejor precio de venta en Sonsón) que pudieran ser aparentemente mentirosas.

De tal manera que si la entrega de los animales aparece, en principio, como voluntaria y la recepción de los mismos por parte de los actores es también lícita, la relación entre los negociantes sólo comienza a enturbiarse cuando se produce la operación en el municipio de Sonsón y los depositarios de la confianza del señor Henao Arias no consignan ni entregan el dinero producto de la realización; todo lo cual es indicativo de la configuración de un hecho punible contravencional de abuso de confianza que, de conformidad con el numeral 16 del artículo 1° de la Ley 23 de 1991, consiste en apropiarse en provecho personal o de un tercero, de cosa mueble ajena, que se le haya confiado o entregado por un título no traslativo de dominio, cuando la cuantía no exceda de diez (10) salarios mínimos mensuales.

Lo cierto es que como el señor Henao Arias autorizó a los imputados para que trasladaran los tres equinos al municipio de Sonsón, con el fin de que procuraran la venta en su favor, consecuentemente los sujetos activos tenían en esa población una disponibilidad temporal exclusiva sobre los animales, los detentaban legítimamente por voluntad de su propietario, razón por la cual, sólo cuando recibieron el dinero producto de la venta y lo negaron a su dueño, en realidad sí llevaron a cabo actos de disposición constitutivos del hecho punible de abuso de confianza. Las actividades realizadas en Sonsón, después de recibir el precio de la venta, únicas que probatoriamente pueden tildarse de desleales e ilícitas, son las que en verdad consuman dicha contravención; y no son ellos actos de agotamiento del hecho punible como equivocadamente los aprecia el juez municipal de dicha localidad.

Y un argumento final: el bien jurídico protegido en el caso es el patrimonio económico, pero no hay duda que, en tratándose del abuso de confianza, tal protección se matiza por el propósito de conservar la *capacidad de disposición* que tiene el propietario sobre la cosa -en este caso los semovientes-, la cual voluntariamente y de manera transitoria cedió él a los imputados desde que les entregó los animales en Aguadas y ellos los trasladaron y los vendieron en Sonsón, mas la ilicitud surge -y comienza ahí así a entorpecerse ilegalmente la capacidad de disposición del dueño- es con los actos de distracción o de apropiación *(animus rei sibi habendi)*, obviamente cumplidos íntegralmente en esta última población.

Por cuanto la estructura típica del hecho punible de abuso de confianza no sufrió variaciones sustanciales en el tránsito del Código Penal de

1936 al vigente, cobran renovado vigor para este debate las precisiones hechas por la Corte en el auto de noviembre 27 de 1980, con ponencia del desaparecido magistrado Fabio Calderón Botero, que son del siguiente tenor:

"Es cierto que la jurisprudencia sostuvo en alguna época que el conocimiento de procesos por el delito de abuso de confianza correspondía al juez del lugar donde se entregaba la cosa a título no traslaticio de dominio, o bien al del sitio donde ésta debía restituirse o debía de rendirse cuentas. Entre uno y otro extremo vacilaba la Corte.

"Sin embargo, esos criterios fueron desechados frente a esta verdad jurídica indiscutible: el delito de abuso de confianza es un punible de comisión instantánea. Luego, se consuma en el momento mismo en que el agente efectúa un acto externo de disposición de la cosa o de incorporación de ella a su patrimonio, con ánimo de señor o dueño, esto es, con *animus rei sibi habendi*, o como otros expresan, cuando procede *uti domine*.

"Es obvio que este criterio se encuentra sujeto a la prueba de la ejecución, en un determinado territorio, de ese *acto externo*. Si se logra probatoriamente ubicar el sitio, al juez que allí tenga jurisdicción le corresponde su conocimiento (art. 41 del C. de P. P. -se refiere al art. 78 de hoy-). Si, por el contrario, el lugar es desconocido la competencia se fijará a prevención (art. 42 *ibidem* -concuerda con el actual art. 80-)".

La competencia aparece nítida, salvo que se produzcan cambios probatorios en el devenir del procedimiento contravencional, en relación con el Juez Segundo Penal Municipal de Sonsón, funcionario al cual se le asignará el conocimiento de estas diligencias.

Bastan las anteriores consideraciones para que la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL,

RESUELVA:

ASIGNAR EL CONOCIMIENTO de estas diligencias al Juez Segundo Penal Municipal de Sonsón (Ant.), a quien le corresponden tanto por el factor objetivo como por el territorial.

ENVÍESE copia de esta decisión al Juzgado Segundo Penal Municipal de Aguadas.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, 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 A PREVENCION

Si bien es cierto en atención al factor territorial, el Juez competente para conocer de un determinado asunto, es el del lugar de comisión del hecho punible, al ser incierto ese marco espacial, ha de aplicarse la previsión del artículo 80 del Código de Procedimiento Penal, que precisamente regula la "competencia a prevención" en estos eventos, fijándola en "el funcionario judicial competente por la naturaleza del hecho, del territorio en el cual se haya formulado primero la denuncia, o donde primero se hubiere proferido resolución de apertura de instrucción" (Resaltó la Sala).

En punto a este tipo de divergencias, la Sala considera prudente enfatizar que la teleología que inspira la preceptiva legal de la "competencia a prevención", es precisamente el evitar que los funcionarios judiciales se distraigan en este tipo de discusiones incidentales surgidas de la indeterminación del lugar de consumación del hecho punible, y desvíen con ello el objeto central de su actuación, cual es la efectividad del derecho sustancial, según el artículo 228 de la Constitución Nacional.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá D.C., diecisiete (17) de septiembre de mil novecientos noventa y seis (1996).

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

Aprobado acta No. 134.

Proceso: 11698

1. Asunto

Desatar la colisión negativa de competencias surgida entre los Juzgados Primero Penal del Circuito de La Dorada (Caldas) y Cuarto Penal del Circuito de Honda (Tolima), en el proceso que por el delito de hurto agravado se adelanta en contra de Francisco Armando García Méndez.

2. Antecedentes

Se desprende de las presentes diligencias que el 12 de noviembre de 1993, el encartado partió de la ciudad de La Dorada (Caldas) con destino

a Girardot (Cundinamarca), conduciendo la tractomula marca Dodge, de placas WT 36-00, cargada con ocho mil (8.000) galones del combustible *"fuel oil"*. Cuatro días más tarde, fue hallado el vehículo abandonado en la ciudad de Guaduas (Cundinamarca), sin el combustible que transportaba, la herramienta, ni tres llantas de repuesto para el mismo automotor.

Formulada la respectiva denuncia por parte del propietario del rodante, la apertura de investigación fue ordenada por el entonces Juzgado Treinta y Ocho de Instrucción Criminal de Honda (fl. 7 c. p.). Posteriormente, la Fiscalía 48 Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito de esa misma ciudad, declaró persona ausente al sindicado García Méndez, le resolvió situación jurídica afectándolo con medida de aseguramiento consistente en detención preventiva sin beneficio de excarcelación (fls. 15 y ss.), y calificó el mérito probatorio del sumario profiriendo en su contra resolución de acusación como presunto autor del delito de hurto.

Ejecutoriado el pliego enjuiciatorio, el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Honda aprehendió el conocimiento de las diligencias y ordenó el traslado a las partes por el término de 30 días para los fines del artículo 446 del C. de P. P. (fl. 72 *ibidem*). Vencido el término anterior, el Juez de conocimiento ordenó la práctica de pruebas a través de funcionario comisionado.

A folio 87 obra constancia secretarial donde se afirma que "de acuerdo a la versión plasmada por el ofendido tanto en su denuncia inicial, como en sus ampliaciones, los hechos tuvieron ocurrencia en la ciudad de La Dorada (Cds.), lugar en donde presuntamente el vehículo automotor 'Tractomula' sufrió daños que hicieron necesaria su reparación". Con estas premisas, el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Honda -Tolima-, se declara incompetente, ordena la remisión del diligenciamiento al Reparto de los Juzgados Penales del Circuito de La Dorada -Caldas-, y propone colisión negativa de competencias, con los siguientes argumentos:

"Siendo esta la situación presentada, es un hecho cierto que el punible de HURTO se ejecuta dentro del área urbana de la ciudad de la Dorada Caldas, cuando el procesado Francisco Armando García Méndez materializa su intención criminal apoderándose del citado automotor, su combustible, la herramienta y llantas de repuesto que viajan con el mismo, no importando que el plural objeto material del ilícito fuese trasladado a otros escenarios, pues lo que realmente determina la competencia atendiendo el factor de la territorialidad, repetimos, es el sitio donde se efectúa la indebida apropiación" (fl. 91 ib.).

Por su parte, el Juzgado Primero Penal del Circuito de La Dorada, al considerar que es su similar de Honda quien debe seguir conociendo del asunto, aceptó la colisión de competencias propuesta, y dispuso el envío de las diligencias a esta Corporación. Las siguientes fueron sus razones:

"Si leemos desprevenidamente las diferentes declaraciones recepcionadas al ofendido señor Perdomo Villarraga, al parecer, el vehículo fue cargado en esta población donde además presentó deficiencias mecánicas que hizo (sic) necesaria su reparación. Posteriormente, fue visto en la ciudad de Honda cerca a un 'sacatin' de donde fue conducido al municipio de Guaduas, Cund., donde al parecer llegó vacío o desocupado".

"Como los encargados de la investigación no se molestaron en recepcionar testimonio tendiente a establecer el sitio preciso donde fue desocupado el automotor, fuerza decir que la competencia radica en el señor Juez Cuarto Penal del Circuito de Honda, Tol., ya que del infolio se deduce que el líquido fue sustraído en esa localidad" (fl. 102 ib.)

3. Consideraciones de la Corte

La Corte es competente para dirimir la presente colisión de competencias surgida entre Jueces Penales de diferentes Distritos Judiciales, 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 el ámbito espacial de comisión del punible, como factor objetivo generador de competencia.

Tal como se desprende de la resolución de acusación formulada por el Fiscal Cuarenta y Ocho Delegado ante los Jueces Penales del Circuito de Honda -Tolima-, se endilga a Francisco Armando García Méndez el ilícito apoderamiento del automotor tractomula de placas WT 36-00 -el cual posteriormente fue recuperado por su propietario-, del combustible que transportaba, la herramienta y varias llantas de repuesto.

Frente a las motivaciones expuestas por los funcionarios colisionantes para desprenderse del conocimiento de la presente causa, la Sala encuentra que a ninguno de los dos le asiste razón, pues mientras el Juez Primero Penal del Circuito de La Dorada, afirma que el hecho se cometió en la ciudad de Honda, su homólogo de esta ciudad, sostiene que fue en aquel municipio donde el hecho tuvo realización.

Pero, contrariamente a estos planteamientos, es un hecho cierto que de las probanzas practicadas no emerge el grado de convicción necesario para predicar con certeza cuál fue el sitio exacto donde se materializó la conducta criminal, concretamente el apoderamiento del plural objeto material del delito.

Esto por cuanto según la información suministrada por el denunciante, el encartado partió de la ciudad de La Dorada -Caldas-, conduciendo el vehículo que transportaba el combustible con destino a la ciudad de Girardot, fue visto por varias personas en la ciudad de Honda, en el sitio

"La Aceitera" donde probablemente pudo haber sido descargado el combustible-, pero el vehículo fue recuperado en la ciudad de Guaduas, luego de haber sido abandonado en una estación de gasolina, sin la herramienta ni las llantas de repuesto.

Se observa entonces que el presunto sujeto agente -en su condición de conductor del vehículo sobre el cual recayó la conducta delictiva-, estuvo en forma continua en contacto material con los bienes objeto de la ilicitud, y ,por ende el apoderamiento pudo haberse materializado en cualquier momento del recorrido y no precisamente en el sitio de partida -La Dorada, Caldas-, como erróneamente lo deduce el Juez Cuarto Penal del Circuito de Honda, quien además, para apoyar su tesis, acude desatinadamente a los fundamentos fácticos de la resolución de acusación en la cual no se concreta el lugar de realización del hecho.

Y si bien es cierto en atención al factor territorial, el Juez competente para conocer de un determinado asunto, es el del lugar de comisión del hecho punible, al ser incierto ese marco espacial, ha de aplicarse la previsión del artículo 80 del Código de Procedimiento Penal, que precisamente regula la *"competencia a prevención"* en estos eventos, fijándola en "el funcionario judicial competente por la naturaleza del hecho, del territorio en el cual se haya formulado primero la denuncia, o *donde primero se hubiere proferido resolución de apertura de instrucción*" (Resaltó la Sala).

Al examinar el expediente se observa a folio 7 del cuaderno principal, que fue en la ciudad de Honda -Tolima- donde se decretó -por parte del entonces Juzgado 38 de Instrucción Criminal- la *apertura de investigación*, y fue precisamente en esa ciudad donde se adelantó el investigativo, se clausuró y profirió calificación de fondo al mérito probatorio del sumario.

No entiende entonces la Sala cómo el Juez Cuarto Penal del Circuito de la ciudad de Honda, luego de aprehender el conocimiento e iniciar el trámite del juicio, surtir el traslado previsto legalmente para preparar la audiencia y demás fines del art. 446 del C. de P. P., y decretar y practicar pruebas -a través de comisionado-, en reprochable actitud, y basado únicamente en un infundado informe secretarial donde se afirma que "los hechos tuvieron ocurrencia en la ciudad de La Dorada", decide desprenderse del conocimiento del asunto y plantear esta controversia incidental sin la más mínima preocupación por la celeridad y eficacia de la Administración de Justicia.

En punto a este tipo de divergencias, la Sala considera prudente enfatizar que la teleología que inspira la preceptiva legal de la *"competencia a prevención"*, es precisamente el evitar que los funcionarios judiciales se distraigan en este tipo de discusiones incidentales surgidas de la indeterminación del lugar de consumación del hecho punible, y desvíen con ello

el objeto central de su actuación, cual es la efectividad del derecho sustancial, según el artículo 228 de la Constitución Nacional.

Así las cosas, por desconocerse el lugar donde el hecho fue llevado a cabo, pero teniendo presente que la instrucción fue iniciada en la ciudad de Honda, y que fue una Fiscalía de ese lugar la que vinculó al sindicado, le resolvió situación jurídica y calificó el mérito probatorio del sumario, al Juzgado de ese lugar no le queda otra alternativa que seguir conociendo del juicio.

Se dirimirá entonces la presente colisión de competencias atribuyendo el conocimiento de la causa al Juez Cuarto Penal del Circuito de la ciudad de Honda -Tolima-, a quien se remitirá el expediente, enviando copia de esta decisión al Juzgado Primero Penal del Circuito de La Dorada, para su información.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION PENAL,

RESUELVE:

ADSCRIBIR la COMPETENCIA para conocer de este asunto al JUZGADO CUARTO PENAL DEL CIRCUITO DE HONDA -TOLIMA-, a donde se remitirá el expediente, enviando copia de esta decisión al Juzgado Primero Penal del Circuito de La Dorada -Caldas-, para su información.

Notifíquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

LIBERTAD PROVISIONAL/ TERMINO

El vencimiento de los términos para decidir el recurso de casación no es circunstancia que por sí sola se constituya en causal de libertad, pues no está prevista como tal dentro de la enumeración del artículo 415 ni en ningún otro precepto del Código de Procedimiento Penal. Además, es el creciente número de procesos que llegan a la Corte en Casación y la prelación que tienen otros asuntos como las acciones de tutela lo que ha impedido el cabal cumplimiento de los términos para decidir, pero no solamente en este caso donde ya se registro el proyecto de fallo, sino en forma generalizada, de manera que por ministerio de la ley los asuntos pendientes se tienen que resolver en el orden de ingreso al despacho.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casacion Penal. - Santafé de Bogotá, D.C., septiembre diecisiete (17) de mil novecientos noventa y seis (1996).

Magistrado Ponente, *Dr. Juan Manuel Torres Fresneda*

Aprobado por Acta No.134

Proceso: 10577

VISTOS

Solicita nuevamente el procesado Luis Francisco Santos Forero su libertad con fundamento en las disposiciones contenidas en los numerales 1o. y 2o. del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal, tanto por haber cumplido la totalidad de la pena privativa de la libertad, según dice, como por no podérsele negar la suspensión condicional de la misma con el argumento de que requiere tratamiento penitenciario. Además, se duele del vencimiento de los términos para decidir el recurso extraordinario.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Se reitera que por no estar en firme la sentencia condenatoria, la petición se entiende como de libertad provisional, referida a los preceptos en mención.

Sentenciado como está por un Juzgado Regional de Bogotá a 64 meses de prisión, sin derecho a la ejecución condicional de la pena (numeral

cuarto de la parte resolutiva de la sentencia de primer grado), por infracción a la Ley 30 de 1986, mediante fallo confirmado por el Tribunal Nacional el 10 de noviembre de 1994, no procede el beneficio solicitado con base en el primero de los citados preceptos, puesto que la inconformidad con la negativa de ese subrogado solamente es demandable en casación.

Ahora, ha estado privado de la libertad durante 33 meses, contados a partir del 18 de diciembre de 1993 -fecha en que fue capturado-, y por labores de redención (estudio y trabajo) se le reconocieron 11 meses y 24 días (auto del 30 de julio del presente año) sin que haya aportado nuevos certificados, significa que hasta la fecha lleva descontados únicamente 44 meses y 24 días del total de la pena privativa de libertad que le fue impuesta. Luego no es cierto que la haya cumplido en su totalidad.

En cuanto al segundo inciso del numeral dos, es asunto suficientemente debatido, toda vez que la improcedencia de la libertad condicional -que es su fundamento-, fue declarada mediante auto del 30 de julio de 1996 por "ausencia de los requisitos para el otorgamiento del subrogado que se invoca", decisión que por haber sido impugnada por el solicitante se mantuvo vigente al no prosperar el recurso de reposición interpuesto (auto del 21 de agosto), por lo tanto el tema no amerita nuevas consideraciones.

Ahora, el vencimiento de los términos para decidir el recurso de casación no es circunstancia que por sí sola se constituya en causal de libertad, pues no está prevista como tal dentro de la enumeración del artículo 415 ni en ningún otro precepto del Código de Procedimiento Penal. Además, es el creciente número de procesos que llegan a la Corte en Casación y la prelación que tienen otros asuntos como las acciones de tutela lo que ha impedido el cabal cumplimiento de los términos para decidir, pero no solamente en este caso donde ya se registró el proyecto de fallo, sino en forma generalizada, de manera que por ministerio de la ley los asuntos pendientes se tienen que resolver en el orden de ingreso al despacho.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal, resuelve NEGAR la libertad provisional solicitada por Luis Francisco Santos Forero.

Notifíquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

PERITO/ NARCOTRAFICO

La jurisprudencia de la Corte tiene establecido que si bien es cierto, el dictamen de Medicina Legal goza de preferencia para comprobar la materialidad de un atentado contra la Ley 30 de 1986, no lo es menos que este no es el único medio a través del cual pueda obtenerse una tal demostración.

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

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

Aprobado acta No. 135

Proceso: 9664

VISTOS

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el abogado defensor del procesado Luis Francisco Abril Tafur, contra la sentencia del catorce (14) de febrero de mil novecientos noventa y cuatro (1994), mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, al confirmar la de primera instancia proferida por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Palmira (Valle), condenó a su asistido a la pena principal de cuatro (4) años de prisión y multa de diez (10) salarios mínimos como autor penalmente responsable del delito de VIOLACION A LA LEY 30 DE 1986, artículo 33, inciso 1, Capítulo V.

HECHOS

Son resumidos por el Tribunal Superior de Cali así:

"La Policía Aeroportuaria de esta ciudad en agosto 27 de 1991, a eso de las 10:30 horas, detuvieron (sic) en la Puerta No. 2 del Aeropuerto Alfonso Bonilla Aragón A Luis Francisco Abril Tafur y Esperanza Luque Rusinque, por encontrarse en el equipaje del varón, estupefaciente de Cocaína.

" Sobre la captura de estas dos personas hay que anotar que los Agentes Afranio Silva Carlosama, Erly Patiño Vargas, Antonio Cañaveral Becerra y Pedro Hernández Valderrama, en desarrollo de registro de los pasa-

jeros del vuelo No. 960 de "AIRLINES" (sic) con destino MIAMI-NEW YORK, retuvieron a Luis Francisco Abril Tafur por intentar sacar del país en sus dos maletas de viaje, sustancia que al ser examinada presentó coloración azulosa en señal positiva de estar en presencia de estupefaciente de cocaína.

"En el informe policivo los representantes del Orden consignaron que la aprehensión tuvo lugar por causa del comportamiento nervioso de ABRIL TAFUR, pues cuando se le demandó formalmente la revisión de sus pertenencias, alegó tener afán, comportamiento que se sumó al hecho sospechoso de que el peso de equipaje no correspondía con el de las prendas de vestir que llevaba en las dos maletas, por esa razón los uniformados procedieron a chuzar con una lezna las dos valijas, con la sorpresa de que al ser extraída salió untada de material pulverulento que minutos más tarde se logró demostrar correspondía a sustancia sicotrópica. En cuanto a la mujer detenida (sic) la Policía estableció que Esperanza Luque Rusinque es abogada de profesión y amante de Abril Tafur— y que aquél día lo acompañaba, pues había ido a despedirlo".

ACTUACIÓN PROCESAL

El entonces Juzgado Quince de Instrucción Criminal de Cali, escuchó en indagatoria a Luis Francisco Abril Tafur y a Esperanza Luque Rusinque. Su situación jurídica fue definida por un Juzgado de Instrucción de Orden Público, imponiéndose medida de aseguramiento de detención preventiva al primero de los nombrados y absteniéndose de hacerlo a la segunda.

Por competencia asumió la dirección del proceso el otrora Juzgado 24 de Instrucción Criminal de Palmira, despacho judicial que declaró la nulidad de la providencia por medio de la cual se había resuelto la situación jurídica de los imputados, pues, "no sólo por la cantidad de sustancia incautada a Luis Francisco Abril Tafur, sino también por la manera como se realizó su aprehensión material" (fl. 211) correspondía a esta jurisdicción y no a la de Orden Público adoptar tal determinación; decretó la detención preventiva de Abril Tafur, cesó el procedimiento en favor de Luque Rusinque y fijó como procedimiento a seguir el abreviado.

El Juzgado Cuarto Penal del Circuito de la misma ciudad, al avocar la etapa del juicio, dispuso que de conformidad con lo previsto por el inciso 2o. del artículo 9 de las normas transitorias del nuevo Código de Procedimiento Penal, las diligencias debían remitirse a la Fiscalía General de la Nación.

Perfeccionada la investigación, la Fiscalía 141 Seccional ordenó su clausura y por providencia del 13 de abril de 1993, calificó su mérito acusando formalmente a Abril Tafur como "autor de la conducta sancionada en el Capítulo V. DE LOS DELITOS de la Ley 30 de 1986".

Refiere el Instructor que al momento de producirse la revisión de las maletas del procesado y efectuarles una perforación, se hallaron partículas de sustancia al parecer estupefaciente lo que motivó su traslado a las dependencias de la Policía Judicial en donde con la intervención de técnico en la materia, se detectó entre el forro de seda y el hule de las valijas (ver álbum fotográfico folios 67 a 71), sustancia de color gris que al aplicarle el reactivo correspondiente fue positiva para cocaína clorhidrato; así mismo, destaca que el Jefe de la Unidad de Investigación de Orden Público en presencia del Ministerio Público, llevó a cabo diligencia de reconocimiento y pesaje de la sustancia incautada, remitió al Instituto de Medicina Legal las muestras respectivas produciéndose así el dictamen No. 05395 en el cual se advierte presencia de estupefaciente cocaína, conclusión idéntica a la cual llegó el laboratorio de la Dijin. Finalmente, reseña el dictamen obrante a folios 193-194, en el cual se hace la descripción de las dos maletas de color negro con doble fondo, se determina el peso bruto y neto de la sustancia, arrojando las muestras 1 y 2: 1.232 y 553.5 gramos, respectivamente, y positivo para cocaína.

Nuevamente arribaron las diligencias al Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Palmira a fin de adelantar la fase del juzgamiento y, agotada la audiencia pública, se produjo la sentencia en la cual se tomaron las determinaciones arriba aludidas. Apelada esta decisión, el Tribunal Superior de Cali le impartió aprobación integral mediante la sentencia que es recurrida ahora en sede de casación por el defensor del procesado.

La Demanda

Invoca el defensor la causal tercera de casación, pues estima:

" ...LA SENTENCIA ACUSADA FUE DICTADA DENTRO DE UN PROCESO VICIADO DE NULIDAD POR DESCONOCIMIENTO DE LAS FORMAS PROPIAS DEL JUICIO. ES DECIR QUE SE TRATA DE UNO DE LOS LLAMADOS VICIOS *IN PROCEDENDO*, A TRAVES DEL CUAL SE HA MENOSCABADO LA ESTRUCTURA MISMA DE LA ACTUACION PROCESAL... ".

Afirma que la sentencia de segundo grado "*desestima con notoria frialdad*" sus apreciaciones con "*...argumentaciones que verdaderamente no conducen a la aplicación de normas sustantivas y adjetivas, puesto que por la ausencia de determinadas pruebas hacen que sin la certeza, y la convicción que se exige al momento de dictar sentencia se impone unas penas enlistadas en ciertas normas que por la ausencia de la prueba no es posible dicha aplicación...*".

Dice que por no existir en el proceso la prueba que constituye "el cuerpo del delito" , esto es, la técnico-científica a través de la cual se conozca con exactitud la cantidad y peso neto del estupefaciente hallado en poder

de su favorecido, no puede determinarse ni su responsabilidad ni la tasación de la pena.

Como normas violadas señala los artículos 33, 78 y 79 de la Ley 30 de 1986; 11 del C.P.; 1, 247 y 250 del C. de P.P. y 29 de la Constitución Nacional. Lo anterior "...*en virtud a que el reproche lo he formulado por la causal 3a. en cuanto a que ese vicio In Procedendo menoscaba la estructura del proceso, pues es de anotar que las alegaciones de la existencia de motivos de nulidad, lo es por la omisión de pruebas que se han debido practicar, circunstancia esta propia de la nulidad por violación de las normas propias del juicio o del derecho a la defensa: pues vemos que esta omisión en la práctica de prueba no puede alegarla como una violación indirecta de la ley sustancial sino como posible motivo de anulación del proceso, pues evidentemente no se lesiona con este motivo la ley que se aplicó para resolver el caso, sino que se trataría de uno de los llamados vicios In procedendo, a través de los cuales se ha menoscabado la estructura misma de la actuación procesal...*".

Del siguiente tenor se muestra el capítulo que denomina "conclusiones" : "*Con el mayor respeto solicito a la Honorable Corte Suprema de Justicia, case la sentencia que impugno en esta sede, y en su lugar ordene su revocatoria para que en su lugar se dé aplicación al art. 445 del C.P.P. y en cumplimiento al art. 229 de la misma obra citada causal 1a., le ruego se sirva atendiendo que la nulidad solo afecta exclusivamente la sentencia impugnada casará (sic) el fallo y dictará el que deba reemplazarlo*".

ALEGATO DE SUJETO PROCESAL NO RECURRENTE

El señor Procurador 66 en lo Judicial Asuntos Penales de la ciudad de Cali, solicita a esta Sala de Casación Penal la no prosperidad del cargo presentado.

Dice que no obstante enunciar el recurrente que acude a la causal tercera de casación, al entrar a desarrollar el cargo propuesto, "a cada paso se duele de haberse omitido la practica (sic) de la prueba tendiente a demostrar la calidad y cantidad de la sustancia decomisada en poder de su patrocinado...". Por tal motivo, concluye que el recurrente equivocó la escogencia de la causal a invocar, pues "a no dudarlo debió acusar la sentencia, según sus argumentos con fundamento en la causal primera de este extraordinario recurso, por violación indirecta de la ley sustancial, situación esta que tiene suficientemente dilucidada la Jurisprudencia y la Doctrina".

Además, se limita el libelista a enumerar como violadas una serie de normas sin precisar su transgresión o su relación entre ellas, refiriéndose a las mismas de una manera generalizada o global.

Concepto del Ministerio Público

El Procurador Primero Delegado en lo Penal es del criterio de desestimar la censura en razón de que no "resultan ciertos los supuestos en que el actor fundamenta la impugnación de la sentencia de segunda instancia", ya que siendo básicamente dos los aspectos en los cuales se apoya la causal invocada, a saber, la inexistencia de prueba técnica que determine la cantidad de estupefaciente incautado al procesado, y, el no cumplimiento de los requisitos legales en el dictamen rendido por el químico Omar Alberto Durán, la información que sobre el particular ofrecen los autos, tiende a desmentir la acusación.

Del examen del expediente -agrega la Delegada- se observa que "*en realidad existe doble prueba respecto del peso de la cocaína, por una parte la adelantada por el profesional Durán Vargas y, por otra, la confirmación efectuada por la Jefatura de la Unidad Investigativa, al cabo de la cual fuera destruida. Elementos probatorios que no presentan ningún tipo de irregularidad en su producción y aducción*"

Seguidamente explica que la pericia efectuada por el precitado profesional cumple con los parámetros establecidos por la ley para esta clase de actuaciones, pues, debidamente posesionado como auxiliar de la justicia, procedió a absolver el interrogatorio que le fuera propuesto; y que la misma, así no provenga del Instituto de Medicina Legal, resulta plenamente válida tanto en cuanto es desarrollada por quien cumple con todos los requisitos y calidades legalmente exigidos.

Finaliza el Ministerio Público aludiendo a la impropiedad técnica en que incurre el censor al encauzar su reproche por la vía de la nulidad y ocuparse en su desarrollo conceptual de la demostración de supuestos errores de hecho y de derecho propios de la causal primera, por violación indirecta de la ley sustancial.

Consideraciones de la Corte

Como bien lo ha puntualizado el señor Procurador Delegado en lo Penal, la demanda debe ser desestimada no sólo por las deficiencias de técnica de que adolece, sino, además, por no asistirle razón al casacionista en ninguno de sus reproches.

No puede tener vocación de prosperidad una demanda que adolece de notorias deficiencias técnicas en su presentación, pues de una parte aduce "que al no haberse allegado la prueba legal e idónea para proferir la sentencia que es objeto del presente recurso extraordinario de casación" se violaron una serie de normas sustanciales y procesales, las cuales cita sin determinar en qué consistió su transgresión y cuál la relación existente entre ellas, no permitiéndole a la Corte entender qué es lo pretendido con su libelo; y de otra, aunque advierte que por tratarse de un vicio *in procedendo* que menoscaba la estructura del proceso -razón por la cual

formula la censura por la causal tercera y no por la primera- al ocuparse de su sustentación, no logra cumplir el cometido como quiera que su ataque lo dirige a la demostración de fenómenos que tocan, justamente, con la vía que desestima.

En efecto, constituye error de hecho por falso juicio de existencia, sostener que el juzgador supuso una prueba no incorporada, léase, la relativa a la cantidad de sicotrópico; y de derecho, por la hipótesis del falso juicio de legalidad, si lo que aduce es que el fallador consideró una prueba irregularmente aportada al proceso, esto es, la pericial que supuestamente se produjo sin el cumplimiento de los requisitos legales. Con todo, lo que persigue el casacionista so pretexto de la afectación de la estructura básica del proceso y del derecho de defensa, es revivir debates probatorios ya superados en las instancias y enfrentar a la sentencia de segundo grado su muy particular criterio, dando al traste con la doble presunción de acierto y legalidad con que está amparada.

Pero al margen de los vicios formales de la demanda, de la lectura de los infolios procesales, asoma palmar que las aseveraciones formuladas por el actor en punto a la falta de prueba que hubiera cuantificado la cocaína incautada, o a la supuesta ausencia de los requisitos legales en la producción del dictamen pericial, no se corresponden con la realidad en ellos advertida. Es que por haberse practicado y allegado en una avanzada etapa del sumario o por haberla llevado a efecto este y no aquel organismo del Estado, no puede considerarse inexistente o carente de validez un determinado medio probatorio obtenido con plena observancia del debido proceso.

En el caso presente resulta inocultable que el peso neto de la droga vino a establecerse por el químico forense mucho tiempo después de su incautación; empero lo determinante es que en cuanto se produjo la aprehensión de quien consigo la portaba, se diagnosticó por la Policía Judicial y en presencia de un Agente del Ministerio Público, su naturaleza de alcaloide, por lo que la explicable tardanza para establecer su cantidad exacta, debido a la dificultad que representó su desprendimiento de las paredes de las maletas donde se había mimetizado, en nada -se repite- afecta su existencia, pues finalmente el pesaje se llevó a cabo y a través suyo logró establecerse el aspecto cuantitativo (1.785.5 gr.).

Como quiera que el casacionista ha venido insistiendo en que por ser el Instituto de Medicina Legal la autoridad idónea y competente "para determinar con claridad, en forma fehaciente y concreta de la determinación de qué clase de estupefaciente es, e igualmente será quien determina los aspectos cualitativos y cuantitativos", la pericia obrante a folios 193-194 carece de validez por no provenir de aquella Institución, es bueno recordarle que la jurisprudencia de la Corte tiene establecido que si bien es cierto, el dictamen de Medicina Legal goza de preferencia para comprobar la materialidad de un atentado contra la Ley 30 de 1986, no lo es

menos que este no es el único medio a través del cual pueda obtenerse una tal demostración. Esta Sala de Casación Penal, aludiendo a la importancia del dictamen de Medicina Legal, en sentencia de mayo 5 de 1994, con ponencia del Dr. Gustavo Gómez Velásquez puntualizó:

"...Cierto que la pericia requerida y exigible del Instituto de Medicina Legal, sobre la naturaleza de la sustancia y pureza no obra en autos. Esta situación, contra lo que afirma la memorialista, no constituye un elemento de convicción de tan imprescindible verificación que, de no obrar en los autos, no sea factible proferir una sentencia de condena por conducta contemplada en la citada Ley 30/86. Ese medio probatorio, innegablemente, constituye una pieza fundamental y de notoria conveniencia, al punto de ser la prueba por excelencia para ciertos aspectos técnicos que el comentado comportamiento genera. Pero de ahí a reconocer que la comprobación de la materialidad del ilícito sólo (demostración excluyente) pueda hacerse a expensas del dictamen, comporta la aserción un mayúsculo desacierto. En efecto, dicha actividad científica tiene el carácter de demostración preferente, pero no única. Existen, por las varias circunstancias en que puede desenvolverse una averiguación y por el principio de libertad probatoria, plurales factores que con sobrado mérito llegan a reemplazar la intervención o ausencia del Instituto de Medicina Legal, logrando llevar convencimiento al funcionario sobre los tópicos de los cuales se ocuparía esa entidad, entre los cuales importa advertir, no está el determinar la total cantidad de la sustancia, porque al referido organismo no suele enviarse el total de lo decomisado sino muestras de ese material...".

Con todo, en el caso que se estudia, el análisis cualitativo de la droga también lo hizo el Instituto de Medicina Legal, cuyo laboratorio de estupefacientes, mediante los procedimientos de espectrofotometría y cromatografía en capa fina, concluyó que la sustancia incautada era "estupefaciente cocaína positivo" (fl.251). Ahora bien, si el análisis cuantitativo no es obra de esta oficina sino de la Policía Judicial es porque la Ley 30 de 1986 así lo determina, al señalar que compete a los autores del decomiso precisar su cantidad y peso (artículo 78), luego de lo cual el instructor debe tomar "una muestra" (no todo lo incautado) para remitirla al Instituto de Medicina Legal "a fin de que se haga una nueva peritación" (artículo 79) todo lo cual se cumplió aquí al pie de la letra.

Basta agregar a lo dicho, que escapa a todo buen sentido jurídico hacer depender la responsabilidad del procesado de la cantidad de sustancia hallada en su poder; y si tal circunstancia incide en el *quantum* de la punibilidad, hay que convenir en que es asunto superado merced al resultado de la pericia técnica, que permitió la selección del tipo penal por el cual se le investigó y juzgó. De todas maneras, como anota la Procuraduría Delegada, ningún reproche puede hacerse a la producción y aducción de los elementos probatorios referidos a establecer que a Abril Tafur a la

hora de las 10:30 del 27 de agosto de 1991, en la puerta No. 2 del Aeropuerto Alfonso Bonilla Aragón, se le capturó por llevar consigo clorhidrato de cocaína, comportamiento que se subsume dentro de la descripción normativa del artículo 33, inciso 1o. de la Ley 30 de 1986.

La demanda no prospera.

En mérito a lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia impugnada.

Cópiese y Devuélvase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, 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.

JUSTICIA PENAL MILITAR/ COMPETENCIA

Dos son las condiciones que el artículo 221 de la Constitución Nacional establece para que la investigación y juzgamiento de los delitos cometidos por miembros de la Fuerza Pública sea de conocimiento de la justicia penal militar: a) Que el imputado al ejecutar la conducta ilícita se encuentre en servicio activo; y, b) Que el delito guarde relación con el servicio.

Para la aplicación del régimen foral militar no basta, por consiguiente, que se tenga la calidad de miembro activo de la fuerza pública al ejecutar el hecho punible; es necesario, además, que el delito esté sustancialmente vinculado con la actividad militar o policial desarrollada por el sujeto agente. Si este nexo no se presenta, será la justicia ordinaria, no la militar, la que deba conocer del asunto.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casacion Penal. - Santa Fe de Bogotá, D. C., dieciocho (18) de septiembre de mil novecientos noventa y seis (1996).

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

Aprobado Acta No.135

Proceso: 9996

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de 27 de junio de 1994, mediante la cual el Tribunal Superior Militar condenó al acusado César Jerónimo Rincón Neita a la pena principal de 10 años de prisión, como autor responsable del delito de homicidio.

Hechos y actuación procesal

El 4 de octubre de 1993, aproximadamente a las 3:30 horas de la mañana, en las instalaciones de la Base Militar de Puerto Gaitán (Meta), el Soldado del Ejército Nacional César Jerónimo Rincón Neita disparó su fusil de dotación oficial en contra del Soldado Wilson Alexánder Velandia Vela, causándole la muerte.

La investigación fue iniciada por el Juzgado 128 de Instrucción Penal Militar, que escuchó en indagatoria al sindicado Rincón Neita y resolvió

su situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva, por el delito de homicidio, según lo previsto en los artículos 259 y 260 del Código Penal Militar (fls.8, 32 y 37-1).

El proceso acreditó que los Soldados Rincón Neita y Velandia Vela llegaron a la Base Militar a las 3:15 de la mañana, de donde habían salido sin permiso horas antes para dedicarse a consumir bebidas embriagantes, y que minutos después de su arribo se presentó entre ellos un altercado que terminó en la forma relatada.

El Jefe de Personal del Batallón de Infantería No.20 "General Serviez", certifica que el procesado es miembro orgánico de las Fuerzas Militares, como Soldado Regular perteneciente al Batallón "General Serviez", y que para el día de los hechos estaba adscrito a la Compañía D de la Base Militar de Puerto Gaitán (fls.24).

Cerrada la investigación, el Comandante del Batallón de Infantería No.20 "General Serviez", en su condición de Juez de primera instancia, convocó a Consejo Verbal de Guerra con intervención de Vocales, para juzgar al procesado Rincón Neita por la muerte de su compañero Velandia Vela (fls. 66 y 67 y 94-1).

Mediante sentencia de 6 de mayo de 1994, la Presidencia del Consejo acogió el veredicto afirmativo de responsabilidad emitido por los Vocales, y en consonancia con éste, condenó al procesado a la pena principal de 10 años de prisión, y las accesorias de separación absoluta de las Fuerzas Militares, e interdicción de derechos y funciones públicas por un tiempo igual a la pena principal, por el delito de homicidio tipificado en el artículo 259 del Código Penal Militar (fls.99 y ss).

Apelado este fallo, el Tribunal Superior Militar lo confirmó en todas sus partes mediante el suyo de 27 de junio de 1994, que recurre en casación el defensor del procesado (fls.124).

La demanda

Con fundamento en los artículos 14, 464.1 y 467 del Código Penal Militar (Decreto 2550 de 1988), el censor acusa la sentencia impugnada de haber sido dictada en un juicio viciado de nulidad, por incompetencia de los jueces de instancia.

Sostiene que su defendido, al cometer el hecho punible, no se encontraba en servicio, y que del contenido del citado artículo 14 se deduce que el fuero militar se circunscribe a delitos cometidos por militares en servicio activo o relacionados con dicho servicio.

Dice que tres son los requisitos que deben cumplirse para que la justicia castrense pueda aprehender el conocimiento de un asunto: a) Que se trate de un miembro activo de las Fuerzas Militares o la Policía Nacional;

b) Que se encuentre en servicio; y, c) Que el hecho se haya realizado con ocasión o en relación con el servicio.

Como en el caso *sub judice*, el procesado Rincón Neita no estaba en servicio, ni el hecho se cometió por motivo o con ocasión del mismo, el conocimiento del asunto debió aprehenderlo la justicia ordinaria y no la militar. Por tanto, solicita que se case la sentencia impugnada y se decrete la nulidad del proceso, a partir de la resolución de apertura de la investigación.

Concepto del Ministerio Público

El Procurador Primero Delegado en lo Penal considera que el cargo planteado en la demanda debe prosperar, por cuanto el procesado no se encontraba en servicio al cometer el hecho, ni su conducta guarda relación con los actos inherentes al mismo.

Dice que la Constitución Política, en su artículo 221, consagra el fuero funcional en favor de los miembros de la fuerza pública, al otorgar competencia a los jueces y Tribunal Militar para conocer de los delitos cometidos por ellos en servicio activo y en relación con el mismo servicio, "disposición que fue reproducida (sic) por el artículo 14 del Decreto 2550 de 1988" (fls. 11 y 12 cd. de la Corte).

Del texto de estas normas, deduce que el fuero no se otorgó a los miembros de la fuerza pública por el hecho de tener dicha condición al momento de cometer el ilícito, sino también por la relación de su conducta con el servicio prestado. Por tanto, cuando el hecho delictivo es ajeno al mismo, su investigación y juzgamiento corresponde a la justicia ordinaria.

Transcribe doctrina de la Corte relacionada con este específico punto y pide que se case la sentencia impugnada, invalidando el proceso a partir del auto de apertura de la investigación.

Se considera

Dos son las condiciones que el artículo 221 de la Constitución Nacional establece para que la investigación y juzgamiento de los delitos cometidos por miembros de la Fuerza Pública sea de conocimiento de la justicia penal militar: a) Que el imputado al ejecutar la conducta ilícita se encuentre en servicio activo; y, b) Que el delito guarde relación con el servicio.

Para la aplicación del régimen foral militar no basta, por consiguiente, que se tenga la calidad de miembro activo de la fuerza pública al ejecutar el hecho punible; es necesario, además, que el delito esté sustancialmente vinculado con la actividad militar o policial desarrollada por el sujeto agente. Si este nexo no se presenta, será la justicia ordinaria, no la militar, la que deba conocer del asunto.

En el caso estudiado, no se discute la calidad de miembro activo de la fuerza pública del procesado César Jerónimo Rincón Neita. Su condición de Soldado regular del Batallón de Infantería NR-20 "General Serviez", adscrito a la Compañía "D" de la Base Militar de Puerto Gaitán (Meta) al momento de cometer el hecho, quedó establecida en el proceso (fls.24).

Igual afirmación no puede hacerse, en cambio, en relación con la segunda exigencia, referida a la relación que debe existir entre la conducta punible y la prestación del servicio, puesto que es claro que la función militar en este caso nada tuvo que ver con los hechos investigados.

Cuando se habla de relación con el servicio, se está haciendo referencia al nexo que debe existir entre el acontecer delictivo y la actividad militar, la cual, según reiterada doctrina de la Corte, se desarrolla mediante actos inherentes a la misma, o en acatamiento de órdenes impartidas por quien ejerce la función de comando, siendo por tanto actos desligados de dicha actividad, los que se presentan al margen de estas hipótesis.

Dentro del concepto de actos propios del servicio militar, solo cabe considerar los que se relacionan con el cumplimiento de los fines de las Fuerzas Militares, es decir, la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional (art.217 C.N.).

Al disparar César Jerónimo Rincón Neita su arma de dotación oficial en contra del Soldado Wilson Alexánder Velandia Vela, no cumplía misión militar alguna, ni acataba órdenes superiores. Su actitud, se revela como una decisión particular, de cuenta propia, que nada tiene que ver con el servicio prestado, como que no fue en desarrollo de un acto propio de su función militar, ni en obedecimiento de un mandato superior, sino por razón de un altercado, que dio muerte a su compañero. Ni siquiera puede afirmarse que se encontraba cumpliendo funciones del servicio cuando los hechos ocurrieron; puesto que regresaba a la Base en estado de embriaguez, tras haberse ausentado contraviniendo el régimen disciplinario.

El Tribunal Militar deriva la competencia para conocer del proceso de las circunstancias de haberse ejecutado el hecho dentro de la Base Militar, con un arma de dotación oficial, y bajo condiciones de oportunidad surgidas del servicio, aspectos que no son los que deben servir de fundamento para determinarla, según lo anotado en precedencia.

Estos factores ninguna importancia tienen en la definición del fuero castrense, si entre el hecho punible y la actividad militar desarrollada por el sujeto agente no se presenta un nexo sustancial que permita afirmar que la conducta guarda relación con el servicio prestado.

Razón, por tanto, le asiste al casacionista, al atacar la legalidad de la sentencia por incompetencia de la justicia penal militar.

El cargo prospera.

La petición del casacionista y la Delegada, de que la nulidad se decrete a partir del auto de apertura de la investigación, y no de su clausura, como la Corte lo ha venido haciendo frente a situaciones similares, impone hacer algunas precisiones sobre este particular aspecto.

Si el imputado es investigado por funcionarios distintos de los que la constitución o la ley asignan, en el entendido de que no es aforado, siéndolo, o de que está amparado por fuero, no estándolo, la cobertura del vicio, por incompetencia, dependerá de cada situación en concreto.

En el primer caso, es decir, cuando una persona con fuero es investigada por funcionarios no competentes, habrá que distinguir si la garantía foral se presenta por razón del cargo, o si está vinculada con la función. Cuando lo es por razón del cargo, de antiguo se ha considerado que el vicio, por incompetencia, se extiende inclusive al auto de apertura de investigación, lo cual resulta razonable si se tiene en cuenta que en esta hipótesis el fuero deriva de un aspecto puramente objetivo, y que, como tal, puede ser advertido antes de la iniciación del proceso.

Cuando el fuero, en cambio, surge de la relación del hecho punible con la actividad funcional desarrollada, será necesario, para poder determinar la existencia de este vínculo y la calidad de aforado, conocer las circunstancias en las cuales se cometió el ilícito, labor que difícilmente puede cumplirse al margen de una investigación formal. Por esta razón, no deja de ser un contrasentido que habiéndose iniciado y advertido a través de ella la presencia del nexo funcional determinante de la condición foral del procesado, la actuación cumplida hasta ese momento, en procura de su demostración, deba invalidarse por incompetencia.

Lo lógico, entonces, en este caso, es que la validez de la instrucción se mantenga, y que el funcionario competente continúe su trámite, sin invalidar lo actuado, razón de suyo suficiente para concluir que si este estadio procesal ha sido ya superado, es a partir del cierre de la investigación que la actuación sería írrita.

Solución análoga amerita la hipótesis contraria, es decir, cuando bajo un aparente fuero un funcionario asume el conocimiento de un proceso y en el curso de la investigación se establece que tal aforo no existe, como acontece en el caso *sub judice*.

Los criterios expuestos dejarían a salvo en el presente asunto toda la etapa instructiva, si al citado motivo de nulidad por incompetencia no se sumara otro, por afectación del derecho a la defensa técnica del acusado, que vicia parte la investigación y que la Corte debe declarar.

En efecto. Después de haber sido resuelta la situación jurídica del procesado Rincón Neita, con medida de aseguramiento de detención preventiva, el Comandante del Batallón de Infantería No 20 "General Serviez" comisionó al instructor para la práctica de algunas pruebas, entre ellas, la ampliación de indagatoria al sindicado, mediante auto de diciembre 6 de 1993 (fls.49-1).

Esta diligencia se realizó el 31 de enero de 1994, y en ella se designó como defensor de oficio del procesado a un oficial en servicio activo, sin percatarse que la Corte Constitucional, mediante sentencia No.C-592 de 9 de diciembre de 1993, había declarado inexequible la parte del artículo 374 del Código Penal Militar (Decreto 2550 de 1988), que servía de fundamento normativo a esta clase de designaciones.

Con el fin, entonces, de enmendar también dicha irregularidad y garantizar el derecho a la defensa técnica del sindicado, se invalidará igualmente la ampliación de indagatoria, sin que ello afecte la validez de las pruebas practicadas con posterioridad a ella.

LIBERTAD PROVISIONAL

Con fundamento en el artículo 415.4 del Código de Procedimiento Penal (modificado por la ley 81 de 1993, art. 55), el procesado será dejado en libertad provisional, para lo cual deberá prestar caución prendaria de doscientos mil pesos a nombre de la Fiscalía Delegada de Puerto Caitán, en la Caja de Crédito Agrario, y suscribir diligencia de compromiso en los términos del artículo 419 ibidem. Para estos efectos, se comisiona al señor Comandante del Batallón de Infantería No.20 "General Serviez", de Apiay (Meta), quien, cumplido lo anterior, librará la boleta de libertad respectiva, si el sindicado no es requerido por otra autoridad en virtud de proceso diferente.

En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA, SALA DE CASACION PENAL, oído el concepto del Procurador Primero Delegado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

RESUELVE:

1) CASAR la sentencia impugnada.

2) DECRETAR LA NULIDAD del proceso a partir inclusive del auto de cierre de la investigación, por incompetencia de la justicia penal militar. De igual manera, de la ampliación de indagatoria efectuada el 31 de enero de 1994, por violación del derecho defensa.

Esta decisión no compromete la validez de las pruebas practicadas con posterioridad a esta diligencia.

3) ORDENAR la libertad provisional del procesado César Jerónimo Rincón Neita, en los términos indicados en la parte considerativa, para cuyo

efecto se comisiona al Comandante del Batallón de Infantería No.20 "General Serviez", de Apiay (Meta).

4) Remítanse las diligencias a la Fiscalía 32 de Puerto Gaitán (Meta), por competencia, e infórmese esta decisión al Tribunal Militar.

Notifíquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

NARCOTRAFICO- Incautar

Trátase en consecuencia , de que en la sistemática de la ley, el "incautar" no es nada menos que una típica imprecisión legislativa, que no obvia el encuentro de su real sentido, el cual no es otro que el de especificar un incremento de la pena cuando la droga objeto del delito excede las cantidades previstas en el artículo 38.3 del Estatuto Nacional de Estupefacientes."

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

Magistrado Ponente *Dr: Juan Manuel Torres Fresneda*

Aprobado Acta No.135

Proceso: 9582

VISTOS

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el defensor del acusado Jairo Correa Alzate, en contra de la sentencia del Tribunal Nacional del 15 de febrero de 1994 en la cual confirma con reducción de la pena la condena que un Juzgado Regional de Santafé de Bogotá le había impuesto como responsable del delito descrito en el artículo 33 de la Ley 30 de 1986 agravado por el artículo 38.3, luego de absolverlo por el delito de concierto para delinquir.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

1.- Obrando ante una solicitud de extradición del gobierno de los Estados Unidos por presunta vinculación en actividades de narcotráfico, el Ministerio de Justicia formalizó el 10 de abril de 1990 la orden de captura que para esos fines se imponía en contra del nacional colombiano señor Jairo Correa Alzate, la cual se hizo efectiva cuando éste de manera voluntaria se presentó ante las autoridades de la población de La Dorada para aclarar su situación.

Por reunirse los requisitos de ley, se dispuso la detención provisional del incriminado y mediante la Resolución 300 de noviembre 9 de 1990

emanada de la Presidencia de la República se autorizó la extradición, con el fin de proveer su entrega al país solicitante por el cargo II del Indictment No. 89-29 (SR) CR.-J-16 de enero 26 de 1990 proferido por la Corte del Distrito Medio de la Florida. Sin embargo, mediante resolución 1042 del 8 de julio de 1991 e invocando el Decreto 1678 de ese año, el Ministerio de Justicia revocó la anterior determinación, dejando al implicado a disposición de los jueces de orden público.

2.- La investigación le correspondió al Juzgado 95 de Orden Público que el 22 de agosto de 1991 ordenó la apertura del sumario, solicitó a las autoridades de los Estados Unidos de Norteamérica el envío en copia de la causa penal 89-29-CR-J-16 y una vez oyó en diligencia de indagatoria al imputado, el 4 de septiembre de 1991 profirió en su contra medida de aseguramiento de detención preventiva y decreto de embargo y secuestro sobre los bienes que el implicado adujo suyos en la diligencia de indagatoria.

Clausurada la etapa de instrucción, el 23 de julio de 1992 el Fiscal General de la Nación llamó a responder en juicio al procesado como infractor de los artículos 33 y 44 de la Ley 30 de 1986, en concurso material y homogéneo, conductas agravadas por el artículo 38 *ibidem*.

En firme esta decisión y radicado el asunto ante los Juzgados Regionales, dentro de la apertura del juicio a pruebas se ordenó la práctica de múltiples medios, entre ellos el recibo en el exterior de los testimonios de Ernest Mueller, Fiscal Asistente del Distrito de la Florida, Angelo Bedami, Jerry Allen Loquiere, William E. Cox, Alfredo López, Joel Rosenthal, la agente de la DEA Sheila Smith y otros, pero por falta de colaboración oportuna apenas se logró recepcionar la versión de la agente Smith, aunque también la declaración del investigador privado Alfred López, y del abogado Joel N. Rosenthal quien explicó sobre la validez del indictmen, lográndose el traslado de la indagatoria rendida por Ubaldo Molina Aguilar en otro proceso, así como la declaración de Jorge Rodríguez Arango.

Previas alegaciones de las partes, el 4 de noviembre siguiente produjo el Juzgado el fallo de primer grado, absolviendo al acusado por el delito de concierto para delinquir, y condenándole por el delito unitario y agravado de violación a la Ley 30 de 1986 a once años de prisión, y el pago de 80 salarios mínimos mensuales de multa, fallo que subió por apelación y consulta al Tribunal Nacional, donde el 15 de febrero de 1994 se confirmó la condena morigerando a petición del Ministerio Público la pena de prisión a nueve años y once meses, aspecto sobre el cual se dio un salvamento parcial de voto por la exclusión de unos agravantes, y absteniéndose de revisar la absolución por el delito de concierto, sentencia que a iniciativa exclusiva de la defensa se somete al recurso extraordinario de casación.

LA DEMANDA

Invocando las causales tercera y primera del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal el recurrente formula en contra de la sentencia de segundo grado cinco cargos, aduciendo en su orden la nulidad de la actuación; la aplicación indebida de los artículos 33 y 38.3 de la Ley 30 de 1986; una violación indirecta que conllevó a la falta de aplicación de los artículos 78 y 79 de la ley 30 de 1986; un error de derecho por interpretación errónea del artículo 38.3 de la Ley 30 de 1986, y error manifiesto de hecho por falta de aplicación del artículo 247 del Código de Procedimiento Penal y aplicación indebida de los artículos 33 y 38.3 de la Ley 30 de 1986.

El primer cargo se hace consistir al mismo tiempo en la violación del debido proceso y del principio de favorabilidad, en razón a que ni en los Estados Unidos ni en Colombia le fue incautada a Jairo Correa sustancia prohibida, y pese a ello se le acusó y condenó por el transporte de cantidades superiores a los cuatrocientos kilos de cocaína.

No se cumplió lo preceptuado en los artículos 78 y 79 de la ley 30 de 1986 respecto del análisis de la droga incautada, de modo que al faltar ese requisito no podía el sentenciador establecer el cuerpo del delito. Para fundamentar la pretensión evoca una decisión de la Corte en que se casó un fallo por pretermisión de esa formalidad, y el salvamento de voto de los Magistrados doctores Alfonso Reyes Echandía y Fabio Calderón Botero a la sentencia del 6 de mayo de 1980 relacionada con la necesidad del concepto pericial que determine "la identidad, calidad, peso o cantidad de la sustancia" decomisada.

Agrega que el Juzgador pretendió despejar las dudas sobre este aspecto con el testimonio de Jorge Rodríguez Arango, sin atender que se trataba de un personaje inexistente o fantasma, que aparece declarando en contra de Jairo Correa Alzate para implicarlo en el tráfico de cocaína, cuyo conocimiento tanto del hecho como de la droga dijo obtener durante el tiempo en el cual estuvo al servicio del implicado.

De admitir probado el cargo, espera que la Corte declare la nulidad de todo lo actuado en el proceso.

Los argumentos señalados en el cargo anterior son reiterados para fundamentar el segundo reproche propuesto por la vía directa con asidero en la aplicación indebida de los artículos 33 y 38.3 de la Ley 30 de 1986, considerando que en el raciocinio del sentenciador se presenta una contradicción, pues de una parte fundamenta la responsabilidad del implicado en los testimonios de quienes afirmaron saber de la droga y conocer al acusado como traficante en cocaína, pero al mismo tiempo reconoce que a Correa jamás se le incautó un solo gramo de dicha sustancia, lo que en nada obsta para que de manera ligera el sentenciador aplique indebidamente las disposiciones en comento llegando al fallo de condena.

El tercer cargo se hace consistir en la violación indirecta -por falta de aplicación- de los artículos 78 y 79 de la Ley 30 de 1986, en concordancia con los artículos 80, 81, 82 y 83 ibídem, y la aplicación indebida de los artículos 33 y 38.3 del Estatuto de Estupefacientes por la vía del error de derecho en la apreciación de la prueba, ya que no se aplicó el procedimiento para la identificación, cantidad y peso de las sustancias decomisadas, la diligencia de inspección judicial, ni la remisión de una porción de la sustancia a Medicina Legal para efectos de la nueva peritación.

La falta de estos requisitos fue suplida por el fallador sobrevalorando los testimonios de Jorge Rodríguez Arango y Guillermo Alfonso Gómez Hincapié, fundamentando así la existencia del cuerpo del delito y la naturaleza y peso de la droga, pese a que ésta nunca llegó a incautarse.

Bajo la cuarta censura asevera el casacionista que el sentenciador incurrió en error de derecho por errónea interpretación al afirmar que con las manifestaciones de los testigos tantas veces mencionados había quedado claramente establecido que Jairo Correa Alzate había traficado con cocaína en cantidad superior a los cinco kilos y con ese fundamento se le endilgó la agravante del artículo 38.3 de la Ley 30 de 1986.

Además, al verbo incautar le dió una interpretación extensiva con el fin de acomodarla al dicho de los deponentes, lo que no resulta de recibo, ya que de haber existido la sustancia, todavía se ignora su naturaleza, peso y calidad. A dicha expresión tampoco se le dió el sentido natural y obvio mencionado en el artículo 1o. de la Ley 30 de 1986, lo que aunado a la falta de incautación constituye una equivocación por parte del fallador al aplicar la agravante.

De otra parte discrepa del valor probatorio que el Tribunal le dió a la prueba testimonial e indiciaria, ya que estas no servían para suplir la carencia de confiscación del estupefaciente ni la prueba sobre la naturaleza de la sustancia.

El quinto y último cargo aduce un error de hecho manifiesto por dejar el sentenciador de apreciar la prueba obrante a folios 407 y siguientes del cuaderno original, anexo No. 24. Esta, agrega, junto con el informe del cuerpo técnico, demuestra la imposibilidad de que en la finca "La Suiza" pudiera traficarse con droga, que alguna vez hubiera aterrizado allí una aeronave, o que su defendido fuera el propietario del mencionado inmueble, entrando a contradecir las afirmaciones de los testigos de cargo, considerando que ellas quedan sin ningún valor.

Por haber apreciado esos testimonios el fallador incurrió en el error predicado, con violación del artículo 247 del Código de Procedimiento Penal. Sin otra manifestación o petición, el casacionista termina el escrito señalando la dirección en la que puede ser notificado.

CONCEPTO DE LA PROCURADURIA

Al referirse al primer cargo, el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal considera que este aparece presentado de manera inconsistente y confusa, entremezclando el recurrente indistintamente la causal tercera de casación con elementos que le son propios a la causal primera por violación directa e indirecta de la ley sustancial, como cuando menciona que se dejaron de aplicar los artículos 78 y 79 de la Ley 30 de 1986, o el cuestionamiento que hace respecto de la valoración de los testimonios por parte del Tribunal, ataque que corresponde al error de derecho, el cual pretende fundamentar con base en una personalísima apreciación probatoria.

Recuerda que en el presente caso no se incautó droga y que esa situación fue reconocida expresamente por el Tribunal, de modo que el censor incurre en un contra sentido al predicar la inaplicación de las mencionadas disposiciones. La propuesta en sí lo que apunta es a:

"un fenómeno dogmático de adecuación típica y no del incumplimiento de un trámite procedimental, razón por la cual, el demandante reconoce que 'lo que está en juego es la comprobación específica de la infracción, o sea el cuerpo del delito, el tipo'.

Lo que cuestiona entonces el libelista, es la prueba sobre lo que él denomina 'cuerpo del delito', y por descontada la imprecisión del término, que debe entenderse como referida al objeto material del delito, pues utilizada como él lo hace, esto es, como sinónimo de delito o de tipo, estaría englobando en él todos los elementos que lo integran, desde la acción hasta la culpabilidad, o desde otro punto de vista, asimilando lo material a los elementos subjetivos y normativos del tipo, o si se quiere, con una concepción compleja de tipo penal, entremezclando el tipo objetivo con el subjetivo, es lo cierto que su afirmación constituye clara prueba demostrativa, no solo de la errónea vía escogida si no de la equivocada demostración que de ella se hace al confundir los errores in procedendo con los errores in iudicando, debido a que los grados probatorios, ya en cuanto a su aducción o respecto de su valoración, no se pueden invocar como fallas de juzgamiento, siendo evidente que si la censura pretende dirigirse hacia una falta absoluta de adecuación típica, estaríamos es frente a un error de interpretación del material probatorio o de la norma sustancial objeto de la imputación al caso concreto, no acusables por la causal que ha escogido el censor.

Y como si esto fuera poco, finaliza la censura recurriendo a la duda, la cual afirma existe en el proceso y 'sinembargo fue resuelta en contra de los intereses del sindicado', con lo cual incrementa la falta de claridad y precisión que exige la demostración de este extraordinario recurso, ya que en tal evento, y como lo tiene definido la actual jurisprudencia, es lo pro-

pio atacar el fallo impugnado por la violación indirecta de la ley, pues ningún reconocimiento en este sentido hizo el Tribunal."

El *ad quem*, continúa, no omitió el procedimiento que menciona el censor para efectos de la identificación de la cocaína, lo que sí sería predicable en caso de que se hubiera efectuado el decomiso. A la demostración del objeto material el juzgador llegó a través de otros medios probatorios diversos de la inspección judicial, los testimonios e indicios, y en esas condiciones como para la demostración del delito nuestra legislación no tiene consagrado un determinado medio de prueba, a las profundas deficiencias técnicas que acusa el libelo se suman razones de fondo que imponen el rechazo de la censura.

Al dar respuesta al segundo cargo precisa que este fue enunciado por la causal primera por violación directa de la ley sustancial, en relación con el agravante del artículo 38.3 indebidamente aplicado, pero que en la fundamentación lo que el censor cuestiona es que el fallador basándose en la prueba testimonial -la cual descalifica por la falta de incautación de la droga-, hubiera fijado que se trataba de una cantidad superior a los cinco kilos. Siendo así, se pregunta ¿Cómo, entonces, supo la justicia que la sustancia con la que supuestamente comerciaba el sindicado era cocaína?

Con lo expuesto el casacionista se apartó del motivo y de la causal invocados, ya que el ataque tendría que ver estrictamente con el derecho sustancial, no con el aspecto probatorio. Por ende, tenía la obligación de aceptar la prueba de la misma manera en que fue admitida por el Tribunal, y no como lo hizo, entrando a discrepar abiertamente de su apreciación, falla esta que conlleva la improsperidad de la censura.

Respecto del tercer cargo en el cual se invoca la violación indirecta por falta de aplicación de los artículos 78 y 79 de la ley 30 de 1986 y aplicación indebida de los artículos 33 y 38.3 *ibidem* por error de derecho en la apreciación de la prueba, independiente de que en la formulación persistieran los errores señalados, para la Delegada lo que el casacionista pretendió cuestionar fue la aptitud de los testimonios e indicios tenidos en cuenta por los falladores para predicar la condición de traficante de cocaína de su cliente.

El reproche en esas condiciones no tiene asidero, ya que nuestra legislación no contempla una tarifa legal para probar el objeto material del delito descrito en el artículo 33 de la Ley 30 de 1986, o la agravante del artículo 38.3 del mismo Estatuto. Lo que surge de esté planteamiento es una confusión respecto del:

"objeto material del delito con la prueba de éste, permitiendo llegar al absurdo de afirmar la inexistencia delictual en todos aquellos casos en

que no fuese posible aprehender o recuperar el objeto sobre el cual recae la conducta, quedando de paso sin solución los delitos cuyo objeto material no es tangible."

Aunque por la naturaleza de la conducta descrita en el artículo 33 de la Ley 30 de 1986, las autoridades lograran el decomiso de la droga o sustancia, ello no significa que esté establecido un medio probatorio privilegiado y excluyente para la demostración del objeto material. De otra parte, los artículos 78 y 79 de la citada ley no constituyen un medio de prueba, sino que establecen el trámite a seguir en el caso de que la droga llegue a ser incautada. Así las cosas, son válidos todos los medios de prueba legalmente admitidos, tal como lo dispone el artículo 253 del Estatuto Procedimental Penal, y por lo mismo el cargo planteado no debe prosperar.

El cuarto cargo lo descalifica la Delegada en su concepto por falta de claridad conceptual y confusión en el manejo de las diferentes formas de violación que comprende la causal primera, pues es impropia su simultánea formulación por la vía del error de derecho por violación de una norma sustancial, y al mismo tiempo por violación directa por interpretación errónea del artículo 38.3 de la Ley 30 de 1986.

Es que si de la violación directa por interpretación errónea de la mencionada agravante se trataba, criticando el significado que le diera el sentenciador a la expresión "incautar", la fundamentación fue presentada de manera ambigua y confusa, ya que el censor pretende demostrarla no con argumentos jurídicos sino a través del cuestionamiento probatorio, y ello es propio de la violación indirecta.

Contrario a lo afirmado por el recurrente, los falladores no se abstuvieron de fijar un criterio interpretativo sobre la expresión "incautar" de que trata el artículo 38.3 de la Ley 30 de 1986. Las sentencias se distanciaron de la etimológica acepción dada por la Real Academia de la Lengua Española, porque de lo contrario se predicaría una inusitada restricción, a tal punto, que solo sería aplicable la agravante en los estados de flagrancia. El concepto obvio del tipo básico del artículo 33 de la citada Ley 30, de ninguna manera exige la permanencia de la droga para constituir el objeto material del delito ni para la aplicación de la circunstancia agravatoria de este tipo básico.

Si bien la interpretación que hicieran los falladores sobre la expresión "incautar" admite discusión, la negación que hace el recurrente sobre la misma es algo que no se ajusta a la realidad y lleva implícita una contradicción, pues mal puede predicarse la interpretación errónea respecto de una expresión de la que se asegura no fue analizada.

Tampoco para la Delegada es de recibo entender que las referencias del artículo 1o. de la Ley 30 de 1986 sobre las expresiones utilizadas en el

Estatuto sobre el sentido natural y obvio según el uso general de las mismas, constituyan un mandato imperativo inmodificable. Lo que esa previsión contempla es que además de las definiciones etimológicas que aparecen en el diccionario de la Real Academia Española, han de buscarse conceptos significativos del lenguaje utilizado por un pueblo determinado.

De otra parte, la labor crítica interpretativa no puede recaer aisladamente sobre la definición del verbo "incautar", pues dentro del texto y la sistemática legal es necesario buscar el sentido integral de la norma. En el presente asunto, el numeral tercero del artículo 38 de la Ley 30 de 1986 se refiere a una circunstancia de agravación de la pena respecto del tipo básico descrito en el artículo 33 *ibidem*, lo que está en correspondencia con el análisis hecho por los falladores.

Lo contrario sería pretender que el verbo incautar no es aplicable en todos los eventos en que se probare la existencia del cuerpo del delito, si con posterioridad llega a desaparecer la materia, o en las hipótesis de que trata el artículo 33 sobre la "financiación". Incluso respecto de los determinadores, como sería el caso de la venta cuando después de la negociación la sustancia se encuentra en poder del adquirente, o éste la ha consumido. Es que en la sistemática de la ley, agrega la Delegada:

"el 'incautar' no es nada menos que una típica imprecisión legislativa, que no obvia el encuentro de su real sentido, el cual no es otro que el de especificar un incremento de la pena cuando la droga objeto del delito exceda las cantidades previstas en el artículo 38.3 del Estatuto Nacional de Estupefacientes".

Para la Delegada, las señaladas son fallas suficientes para que el cargo sea desestimado.

Sobre el quinto cargo construido en base a la omisión de la prueba obrante al folio 407 y siguientes del cuaderno de anexos 24, cuya preterm isión llevó equivocadamente a sostener que la finca "La Suiza" estaba adaptada para el aterrizaje de aeronaves, y era propiedad del acusado, y al tiempo encaminado a desvirtuar la versión dada por Jorge Rodríguez Arango y quienes la ratificaron, dice el Ministerio Público que es una censura carente de comprobación.

Pese a la minuciosa revisión de los once cuadernos originales y los treinta y tres anexos que conforman el voluminoso expediente, la prueba aludida no se encontró. Tampoco existe constancia alguna de que la misma hubiera sido solicitada por la defensa, el Ministerio Público, ni decretada en la etapa de instrucción o en el juicio, o hubiera sido trasladada de los otros procesos tramitados en Medellín. En el folio mencionado solo aparece una fotocopia del folio de matrícula inmobiliaria de la citada finca.

La referencia al predio "La Suiza" apenas aparece en el cuaderno original número cuatro de las pruebas aportadas por el defensor suplente a folios 242 a 255, en la inspección practicada por el Cuerpo Técnico de la Fiscalía obrante a folios 272 y 273 sobre el allanamiento del fundo y el decomiso de unas armas y dinero. Igualmente a folio 11 del cuaderno original número seis se dispone el traslado de las pruebas practicadas por la Fiscalía en la localidad de la Dorada relacionadas con la finca, y la declaración de Gonzalo Mejía Sanín folio 5 último cuaderno, como con los folios 1, 2, 83 y 84 del anexo 25 original; pero ninguna referencia aparece en relación con lo señalado por el casacionista.

El cargo entonces se hace improspero ante la inexistencia de la prueba alegada que impide la respectiva confrontación de la censura, y por haber dejado de atacar las pruebas restantes que sirvieran para fundamentar el fallo impugnado. Como si fuera poco, tampoco existe correspondencia entre lo alegado por el casacionista y lo afirmado por el testigo Jorge Rodríguez Arango a folios 16 al 20, pues lo que el nombrado dijo fue que:

"En la finca de la autopista tenían radios de comunicación para comunicarse con las avionetas; ahí a esa finca venían de Boyacá o de la Suiza a recoger la mercancía para echarla para la cocina; iban dos o tres personas a recogerla en los carros; uno de ellos era HANS porque era el encargado de recoger la gente para llevarlos y transportar la coca." (fl. 19).

Al pregutársele qué propiedades conocía de Correa Alzate, dijo:

"dos fincas llamadas una La Suiza y la otra tenga, se corrige, y la otra queda por el lado de la autopista donde estaba la pista a la que llegaban las avionetas..."

Como se ve, continúa la Delegada, este testigo no afirma que haya sido en la hacienda La Suiza donde aterrizaban las naves, sino que era el sitio donde recogían "la mercancía para echarla para la cocina".

Ante el alejamiento del recurrente de la verdad procesal evidente, y la existencia de la precitada inspección, que de hallarse tampoco evitaría el fracaso del cargo, la Delegada le sugiere a la Sala no casar el fallo impugnado.

Consideraciones de la Corte

Asumiendo en su orden las alegaciones que contiene la demanda, y con mayor razón cuando *el primero de los cargos* se orienta a la nulidad de lo actuado acusando violaciones tanto al debido proceso como al principio de favorabilidad, debe anticipadamente precisar la Sala que este inicial ataque desacierta al ubicar desde el comienzo los posibles vicios en el recaudo de la prueba, como si ellos pudieran invalidar necesariamente el trámite siguiente, pues la incautación de sustancias estupefacientes no

constituye un acto necesario ni preclusivo que condicione la iniciación de cualquier proceso por esta clase de delitos, ni la práctica y validez de aquellos actos que de ordinario le subsiguen.

En tal sentido, cuando el censor inicia por reclamar que al procesado se le condenó pese a que ni en Colombia ni en los Estados Unidos se le halló en posesión de sustancias estupefacientes, hace la exhibición de un argumento que para nada se vincula con una posible causa de nulidad de la actuación, pues si lo que en el fondo se quiere sugerir es que el fallo de condena no se precede de prueba legal y oportunamente allegada, lo que ha debido alegarse es la causal primera de casación y no la tercera, sea porque esa prueba fundamental se supuso, siendo inexistente, o se tergiversó para dar por demostrado un hecho que de la misma no emana.

Pero como a partir de esa afirmación divide el censor en tres sus argumentos, vale la pena referir a ellos de modo separado, respondiendo, para comenzar, que para tener como irregular la omisión de una diligencia de reconocimiento, pesaje, toma de muestras y destrucción de sustancias estupefacientes, a fin de valorar la entidad de ese desobedecimiento normativo, sería exigible como supuesto fáctico, la previa operancia de la incautación, ya que de otro modo esa obligación decaería por simple sustracción de materia.

Tal es en realidad la situación que en el caso de autos se presenta, donde la ausencia de la diligencia que el censor extraña, guarda elemental relación con lo sucedido, pues bien se sabe que estas diligencias no surgieron del descubrimiento flagrante de una actividad de tráfico de narcóticos, sino de la reclamación internacional que hicieran los Estados Unidos de Norteamérica del procesado señor Correa Alzate como persona vinculada con esa clase de conductas, de modo que si jamás fue puesta a disposición de las autoridades nacionales alguna cantidad de sustancia incautada, mal podían estas verse forzadas a realizar la diligencia que el impugnante extraña, pues basta ver el texto de los preceptos cuya transgresión demanda, para observar que su aplicación está condicionada a aquellos eventos en que "la policía judicial decomise" sustancias alucinógenas o plantaciones, en cuyo caso surge el deber especial de cuidado y los procedimientos de identificación, pesaje, destrucción o guarda que en el capítulo VII de la Ley 30 de 1986 se indica.

Si esa incautación no se ha dado, sea porque el delito agotó su fin ilícito con la comercialización o el consumo de los alucinógenos, ora porque los ilegales tenedores destruyeron la sustancia, bien porque el hecho culminó en el exterior, etc., es innegable que no podrá llevarse a cabo la diligencia que la defensa extraña, pero ello de ningún modo obstruye la apertura de la instrucción respectiva, ni la eventual represión de la conducta, sentido en el cual resultan acertadas las apreciaciones contenidas en los fallos de primera y de segunda instancia (folios 138 y 142, respecti-

vamente), significando que de la predicada omisión no emana irregularidad alguna que afecte el trámite cumplido.

Sabido es, además, y ello se afirma para otorgar respuesta a la segunda inquietud de la defensa, que en la legislación procesal penal colombiana opera el principio de la libertad de prueba (artículo 253 del Decreto 2700 de 1991), del cual deriva que "Los elementos constitutivos del hecho punible, la responsabilidad del imputado y la naturaleza y cuantía de los perjuicios, podrán demostrarse con cualquier medio probatorio, a menos que la ley exija prueba especial y respetando siempre los derechos fundamentales", siendo evidente que a ese precepto se atuvieron los fallos de instancia, como por vía de ejemplo puede verse a partir del folio 129 en la sentencia del Juzgado cuando invoca la coincidencia entre las versiones de cargo suministradas por el "Fiscal extranjero...la acusación que emitiera el Gran Jurado ante el Tribunal del Distrito medio de La Florida, división de Jacksonville y con los datos que proporcionaron Ubaldo Molano Aguilar, Guillermo Alfonso Gomez Hincapié, Jorge Rodríguez Arango y la publicación que en los Anales del Congreso hiciera el Jefe del D.A.S. del testimonio ampliado de Diego Viáfara Salinas..." para de ellas concluir que constituyen "elemento de juicio que convergen a sostener que Jairo Correa Alzate sí se dedicaba a actividades relacionadas con el tráfico de estupefacientes..." lo que descuenta otra posible falla en la actividad de los jueces.

Cierto es que en seguida critica la demanda que la sentencia no ha debido darle credibilidad al dicho de Jorge Rodríguez Arango, por ser este un personaje inexistente. Pero con ello la alegación hace evidente la indebida proposición de esta parcial censura, dado que una informalidad en el decreto o práctica pruebas, tanto como la suposición, omisión o tergiversación de esos medios, constituyen defectos que no trascienden la discusión del valor de la probanza afectada, lo que centra su relevancia sobre el sentido de la sentencia, no en el trámite procesal cumplido. Ello a las claras muestra la equivocación del libelista en relación con la causal seleccionada, sin que a la Corte le sea dable rectificar o readecuar su rumbo, regida como se encuentra por el estricto mandato de neutralidad que le impone el principio de limitación previsto en el artículo 228 del Código de Procedimiento Penal.

Una última alusión hace este cargo a la duda como principio de favor desestimado en la sentencia para perjuicio del acusado. Sin embargo, tampoco aquí concreta el censor un error de actividad del juez que lleve su propuesta a un análisis de fondo, pues lo que una vez más se hace evidente es la indebida selección de la causal tercera de casación, cuando de modo reiterado la doctrina de la Sala indica que es la causal primera la que se impone frente a la desestimación del "in dubio pro reo", sea porque el juzgador reconoció su existencia pero negó al acusado sus beneficios en el fallo (violación directa), o bien porque la denegó tras incurrir en errores

de hecho o de derecho dentro de la estimación demostrativa (violación indirecta.)

Por indebidamente formulado, cuando no por falta de razón, el cargo propuesto no prospera.

La segunda censura propone una violación directa de la ley por aplicación indebida de los artículos 33 y 38,3 de la Ley 30 de 1986, gracias al equivocado raciocinio del sentenciador sobre los testimonios que le sirvieron para concluir que el acusado era el responsable del transporte de la cocaína, pues nunca se incautó en su poder un solo gramo de esa sustancia, como tampoco se demostró la aplicabilidad de la agravante.

Coincidiendo aquí con el criterio de la Delegada, la Sala encuentra desacertado por contradictorio el planteamiento formulado:

En efecto, cuando el casacionista invoca la violación directa de la ley, es porque hace radicar su discrepancia en razones estrictamente de derecho, participando de la estimación que el juzgador hizo del hecho y de las pruebas, pero estimando que se aplicó una ley que no correspondía, que se abandonó aquella que para el caso era aplicable, o porque pese a acertar respecto de la selección del precepto, el Juzgador le dio una interpretación distinta de la que corresponde.

Luego si en lugar de demostrar esa equivocación en la sentencia, contra el censor su discusión diciendo que se desestimó la prueba de favor (no incautación en poder de Jairo Correa de sustancias prohibidas, menos en cantidad superior a los cinco kilos), para otorgarle credibilidad a quienes declararon en contrario, se hace evidente que la demanda altera el rumbo de la violación directa a la indirecta, con lo que incurre en una contradicción irremediable, pues al final no aclara si el tribunal erró en la apreciación del hecho, o si lo hizo en la selección o interpretación de normas, siendo vedado aducir a un mismo tiempo las dos alternativas contrapuestas, como no sea en cargos separados y de manera subsidiaria, según lo condiciona el artículo 225 del Código de Procedimiento Penal.

Según se precisó al responder al cargo del encabezamiento, es cierto que en la sentencia se admite que no medió un decomiso de drogas en poder del acusado; pero también se dijo que pese a ello existen afirmaciones contundentes sobre la materialidad del hecho y la culpabilidad de Jairo Correa Alzate, y si ello es así, la violación directa carece de sentido, ya que la disparidad del impugnante se funda es en la inexistencia de prueba contra el acusado, lo que ha debido plantear e ir desarrollando bajo la violación indirecta de la ley, proponiendo errores de hecho por falso juicio de existencia, en tanto cree que el juzgador supuso aquellos medios, o bien si los tergiversó desatendiendo las reglas de lógica o de experiencia, para admitir sucesos entre sí excluyentes.

Lo anterior demuestra que en el libelo se invocó una forma de violación, pero luego de abandonar su desarrollo, se intentó plantear otra distinta e incompatible, sin que en uno u otro caso se acreditaran las equivocaciones sugeridas.

Por ser la iniciativa del recurso extraordinario, lo mismo que la redacción y orientación de la demanda, actividades exclusivas del censor, ante las cuales debe mantener la Corte su neutralidad, resulta obvio que por su falta de definición, como por omitir un desarrollo claro y preciso de los cargos, ninguna alternativa deja esta censura, distinta a la de su desestimación, según coincidentemente lo solicita la Procuraduría.

La confusión del recurrente y su insistencia en las mismas razones ya abordadas prosigue en la formulación del cargo tercero de la demanda, cuando en él afirma que el Juzgador incurrió en una violación indirecta de la ley al sobrevalorar los testimonios de Jorge Rodríguez Arango y Guillermo Alfonso Gómez Hincapié, con el fin de suplir con ellos la falta de prueba generada por la omisión del reconocimiento, pesaje e identificación de la sustancia, y la no práctica de una prueba pericial que hubiese permitido definir la naturaleza de la droga y con ella la existencia del cuerpo del delito, errores que condujeron a inaplicar los artículos 78, 79, 80, 81, 82 y 83 de la Ley 30 de 1986.

La primera observación que sobre este nuevo reproche se suscita tiene que ver con la persistente inconformidad del censor respecto de la inexistencia dentro del proceso de las diligencias descritas en los artículos 78 y siguientes del Estatuto Nacional de Estupefacientes, lo mismo que de un dictamen pericial confirmatorio de la identificación de la droga como cocaína, pues a su juicio la falta de esos medios, hacía imposible inferir la existencia del tipo por el cual se acusa, y mucho menos de la agravante surgida de la cantidad superior del alcaloide.

Volviendo a lo ya dicho en relación con el cargo primero, conviene insistir en que el procedimiento previsto en el capítulo VII de la Ley 30 de 1986, lejos está de constituirse en prueba privilegiada, única o indispensable para la persecución de los delitos descritos en dicho Estatuto. Como el epígrafe de aquel Capítulo lo anuncia y así se explica desde la presentación del respectivo proyecto de ley ante el Congreso, lo que justificaba la sustitución del hasta entonces vigente Decreto 1188 de 1974 era la inadecuación de sus preceptos ante el auge del narcotráfico, y la aparición de nuevas sustancias estupefacientes, lo mismo que la necesidad de una mayor severidad en el tratamiento punitivo frente a la legislación foránea: pero desde ese entonces, el referido capítulo se enunció en su epígrafe como "Procedimiento para la destrucción de las sustancias incautadas" y nada más que eso, nominación que sin variaciones de fondo, apenas se adicionó para incluir la destrucción también de "plantaciones".

Claro se ve, entonces, que los artículos 78 y siguientes citados por el censor no son de carácter sustancial sino instrumentales, aplicables con exclusividad a aquellos eventos en los que opera la incautación de la sustancia, así que al no darse esa condición en este asunto, era esa falta de decomiso de la droga motivo suficiente para hacer impropia la aplicación de los procedimientos del comentado capítulo VII.

Por otra parte, razón le asiste al Ministerio Público cuando resalta la confusión que embarga al casacionista respecto de la existencia del cuerpo del delito y su demostración, pareciendo,que en sentir del recurrente el hecho desaparece cuando no se tiene la posibilidad de recuperar el objeto sobre el cual recae la conducta, lo cual sería tanto como pretender que solamente en los casos de flagrancia fuese predicable la responsabilidad de los copartícipes.

Lo que era imperioso demostrar era la existencia de los elementos externos de la infracción, pero sin que en el Estatuto existan preceptos restrictivos de la libertad de prueba, también se ha dicho que ese principio del artículo 253 del Código de Procedimiento Penal (antes artículo 254) es el que impera, y que a él se atuvo el tribunal en su amplio análisis de los medios (ver folios 126 a 140 del cuaderno respectivo), luego si el censor quería desquiciar el fallo, debía referirse en su integridad a esas pruebas para acreditar la ocurrencia de errores de hecho o de derecho que las pudieran hacer desestimables.

En ese aspecto y sin recurrir a una impugnación adecuada y ceñida a la causal, motivo y sentido que en concreto invocaba, lo que a la postre aduce la demanda es un posible error de derecho por falso juicio de convicción al sostener que las versiones de Rodríguez Arango y Gómez Hincapié fueron "sobrevaloradas". A ese respecto y en coincidencia con el criterio de la Delegada, recordará la Sala que al no ceñir nuestra legislación la prueba de testigos a una tarifa legal que pre-indique el valor que a cada medio corresponde, mal podría acusarse como lo hiciera el casacionista, un error de derecho por falso juicio de convicción.

Luego si el juzgador al apreciar la prueba testimonial de cargo, lo hizo sopesando lógica y pausadamente su contenido y circunstancias de percepción y evocación del hecho, y en amplia cotejación con otros medios, el cargo de la demanda se ofrece impertinente, con mayor fundamento cuando el censor no muestra que haya mediado la deformación del contenido intrínseco de las versiones que destaca, que fueron parte, apenas, de toda la prueba analizada. El cargo no prospera.

En el cuarto cargo de la demanda el actor se obstina sobre los mismos reparos propuestos en los anteriores, objetando la falta de prueba sobre la cantidad y naturaleza de la sustancia porque a su juicio ella no podía acreditarse por medio de testigos. Solo que en este caso la crítica se encauza mediante la invocación de la violación indirecta por error de dere-

cho en relación con las afirmaciones de los declarantes, y por interpretación errónea respecto del precepto del artículo 38-3 de la Ley 30 de 1986, considerando que el juzgador le dio a esa disposición un alcance extensivo impropio que del mismo no emana.

Como acertadamente la Delegada lo hace evidente, hay en el planteamiento mismo de esta censura una insalvable inconsistencia técnica al cuestionar simultáneamente el valor probatorio de los medios alusivos a la cantidad de la sustancia, como también la equivocada interpretación del precepto sustancial que hace ese hecho relevante para el incremento punitivo, en cuanto cada inconformidad precisa de formulación en capítulos aparte, dada su incompatibilidad y exclusión recíproca, como que la primera supone que el hecho base de la agravante no se halla demostrado, mientras que la segunda parte precisamente de una premisa opuesta, inconciliable, pues es de la acreditación del mayor peso de donde surge el discrepante entendimiento, porque admitiendo que se sobrepasó del tope de los cinco kilos señalados, la específica causa de agravación condicionaba el requisito incumplido de la incautación de la sustancia.

Pese a la suficiencia de este solo defecto para llevar a la desestimación de la censura, dada la grave falla de claridad y precisión que le comporta, sin que el principio de limitación permita superarlo, nada obsta para añadir aún que la crítica demostrativa queda en una inadmisible alegación de instancia, tras ignorar que es la ley (art. 254 del C. de P. P.) la que faculta al juez para que aprecie la prueba en su conjunto y dentro de las reglas de la sana crítica. Ello hace insuficiente en casación la simple oposición de criterios subjetivos discrepantes, porque si el juzgador abandonó las reglas de la ciencia o del sentido común, se hace de cargo del casacionista entrar a demostrarlo, en cuyo caso ha de formalizar la presencia y la relevancia de falsos juicios de identidad por distorsión del contenido objetivo de la prueba, sin olvidarse de desquiciar en su integridad las bases que sustentan la condena, a fin de no dejar en ellas asidero. Lo que incumplió el censor en este asunto.

Pero si el motivo prevalente estaba en criticar una indebida extensión del artículo 83-3 del Estatuto Nacional de Estupefacientes, pues el censor estima que la agravante de cantidad opera solo cuando medió incautación de la sustancia, es pertinente precisar que en coincidencia con el entendimiento de las instancias y de la Procuraduría, la interpretación del precepto no es suficiente sobre las solas reglas de la exégesis, porque con ellas se negaría sentido al principio de la libertad de prueba, llevando a la inconsecuencia de sancionar con mayor lenidad aquellos casos en que la malicia, la habilidad o la disposición de más sofisticados medios han permitido el éxito del tráfico propuesto, en tanto que se daría mayor severidad de pena para aquel a quien le quedaron en el camino las utilidades por haber sido sorprendido en flagrancia, lo que de plano desvirtúa los principios que rigen sobre individualización de las sanciones.

E ilustrativa y complementaria, por lo demás, la argumentación de la Procuraduría, que la Sala acoge cuando sobre el particular agrega:

"...también es oportuno precisar que al disponer el artículo 1o. de la Ley 30 de 1986, que "Las expresiones empleadas en este Estatuto se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas...", este mandato interpretativo no puede entenderse, como lo hace el censor en el sentido inmodificable de que el intérprete penal debe supeditarse irrestrictivamente a las definiciones etimológicas del Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española, habida cuenta de que, no siempre estas corresponden a los conceptos significativos del lenguaje utilizados por un pueblo determinado. De ahí el por qué la misma Ley 30 en la misma norma citada, condicione ese "sentido natural y obvio" al "uso general de las mismas, con lo cual indudablemente se está dejando solo como importante punto de partida las definiciones etimológicas del referido diccionario, pero advirtiendo la problemática cultural-lingüística inescindible en el lenguaje, que va más allá de la etimología y del simbolismo.

Pero, de todas maneras, es que tampoco puede perderse de vista que la ley no puede interpretarse aislando las expresiones de su contexto, esto es, que para el caso concreto, toda la labor crítica interpretativa recaiga sobre la definición del verbo "incautar", como si se tratara de una expresión suelta dentro del texto y sistemática legal, ya que lo que interesa en la función hermenéutica es buscar el sentido de la norma y no la de las expresiones independientemente consideradas. Así, lo primero que corresponde determinar es la razón de ser del numeral 3o. del artículo 38 de la Ley 30 de 1986, esto es, que se trata de una circunstancia agravante de la pena del tipo básico descrito en el artículo 33 y que como tal dispone el aumento de la pena por la cantidad de droga o sustancia constitutiva del objeto material del delito.

Esto significa que el verbo *incautar* objeto de la censura, si se tomare aisladamente, no sería aplicable a todos aquellos eventos en que se probare la existencia del *corpus delicti*, no obstante que haya desaparecido su materia posteriormente, o a aquellas hipótesis típicas de que trata el referido artículo 33 como la de "financiación", o inclusive, en punto de los sujetos determinadores, o en el caso de la venta en el cual la sustancia, una vez hecha la negociación, se encuentra en poder del adquirente, quien pudo haberla consumido, etc.

Trátase en consecuencia, de que en la sistemática de la ley, el "incautar" no es nada menos que una típica imprecisión legislativa, que no obvia el encuentro de su real sentido, el cual no es otro que el de especificar un incremento de la pena cuando la droga objeto del delito exceda las cantidades previstas en el artículo 38.3 del Estatuto Nacional de Estupefacientes."

Carece el cargo, por lo razonado, de toda posibilidad de éxito.

Para el casacionista, el quinto cargo de la demanda se presenta por un error de hecho que deriva de un falso juicio de existencia, en la medida que el Juzgador dejó de apreciar la prueba obrante a folios 407 y siguientes del cuaderno original de anexos número 24, pues de allí se desprende que en la finca "La Suiza" no podían aterrizar aeronaves, como tampoco que su defendido fuera el propietario del mencionado bien.

Para este caso, es evidente que el dicho del recurrente carece de respaldo probatorio en los folios citados, además de que su imprecisión y parcialidad respecto de los restantes medios asumidos, da al traste con la pretensión.

La simple remisión al folio 407 que acude el libelista dentro del cuaderno 24 de anexos muestra la falta de consistencia del reparo, porque en él y en el siguiente obra en realidad un certificado de registro del inmueble "La Suiza" de Puerto Berrío del cual se infiere que su dominio no se hallaba para la fecha de su expedición -mes de febrero de 1993- en cabeza del señor Correa Alzate, sino de tiempo atrás a nombre de Jaramillo Restrepo Tiberio, pero resulta que de ese hecho no se desentendieron los juzgadores, en cuanto fueron otros los medios que llevaron a su convencimiento sobre la verdadera persona que sobre esos fundos dominaba como señor y dueño, pruebas que para nada refiere el recurrente, lo que indica que han quedado sobre el particular incólumes.

Tal el sentido en que se expresa el fallo de segunda instancia, luego de aludir a los testimonios rendidos principalmente por Jorge Rodríguez Arango, Guillermo Alfonso Gómez Hincapié y Ubaldo Molano Aguilar, coincidentes en afirmar que el acusado sí estuvo durante largo tiempo dedicado al tráfico de narcóticos que recibía, guardaba y posteriormente trasladaba o distribuía a diferentes lugares, actividades que los declarantes constataron directamente y para las cuales el imputado utilizaba la hacienda La Suiza sobre la cual mandaba como su señor, al punto de culminar con esta inequívoca y certera conclusión, de la cual se desprende que para los fines del proceso poco y nada interesaba la titularidad sobre el predio, en tanto sí los actos de señorío puestos en evidencia:

"...el hecho de que la mencionada hacienda -La Suiza-, no figure a nombre de Correa Alzate, no quiere decir que los testigos mientan, puesto que perfectamente se podía ejercer actos de señor y dueño en ella, o realizar actividades como la que se juzga, sin que se figurase como propietario."

Y sobre el hecho de que en el predio "La Suiza" no existiese la posibilidad de decolar aeronaves, sumado a la imprecisión del libelista respecto de las probanzas que en tal sentido lo indiquen, lo que no deja entrever ni

en qué consiste el error ni cual sería el falso juicio propuesto, se ha de tomar en cuenta que a pesar de las referencias que para el Tribunal hacen afirmativa esa posibilidad, es la forzosa remisión a lo probado la que disipa cualquier posible equívoco, sin que el censor haya atinado demostrar algo en contrario, siendo que la versión rendida por el testigo Rodríguez Arango precisó como lo ha dicho la Procuraduría, que las actividades ilícitas del tráfico se realizaban en dos fincas distintas a disposición del acusado -se repite-, siendo en la finca de la Autopista, no en "La Suiza", donde "tenían radios de comunicación para comunicarse con las avionetas", y allí mismo en donde "venían de Boyacá o de la Suiza a recoger la mercancía para echarla para la cocina...", siendo más claro aún al precisar que era en la finca del lado de la autopista "donde estaba la pista a la que llegaban las avionetas...".

Si esta versión es una de las que le sirven a los juzgadores para fundar las bases del fallo de condena, resulta incontestable que ni el censor acierta al cuestionar que en "La Suiza" no existía posibilidad de aterrizaje, porque la prueba apunta es a otro predio, ni mucho menos se ocupó en su integridad por desquiciar la prueba toda que sirve de sustento a la condena, lo que conduce a sostener que el fallo recurrido se mantiene en firme, siendo inoponible la desestimación de la demanda.

Durante el trámite del recurso extraordinario hizo llegar el defensor del procesado un escrito a la Corte, solicitándole que decretara en calidad de juez de ejecución de penas, la acumulación jurídica de las impuestas dentro de este proceso, con las de aquel que culminó también en contra de su representado por un delito de enriquecimiento ilícito, solicitud que por su entidad se defirió al momento del pronunciamiento de fondo.

Llegada esa oportunidad de dar respuesta, es de advertir que no es la Corte un juez de ejecución de penas en asuntos distintos a su conocimiento en única instancia porque así lo indican los artículos 75, 500 y siguientes y 15 transitorio del Código de Procedimiento Penal, ni es este el momento procesal para hacer un pronunciamiento de esa índole, en cuanto que la Sala solo conoce aquí del recurso extraordinario de casación, y a él solo se halla referida su competencia, sin la opción de acumular ni llamar otras actuaciones paralelas.

La petición, entonces, quedará pendiente de la determinación del respectivo juez de ejecución de penas, como en tal sentido se la asigna el artículo 75-3 del C. de P.P., y en consecuencia, con esa prevención regresará el asunto al Despacho de origen, para lo de su cargo.

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

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia de fecha, origen y contenido impugnada en esta actuación por parte del defensor del acusado Jairo Correa Alzate.

Adviértase al Juzgado del conocimiento sobre la existencia de solicitud pendiente en relación con la acumulación jurídica de penas.

Cópiese, devuélvase y cúmplase.

Juan Manuel Torres Fresneda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Santiago Beracaza Hoyer, Conjuez.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACION PUNITIVA/ PENA/ CONCUSION

También yerra al decir que esta agravante no se puede aplicar por ser el acusado servidor público, pues como lo ha repetido la sala en distintos pronunciamientos, lo uno no excluye lo otro, y la explicación es la siguiente:

"Lo anterior está indicando que en presencia de esa inmensa gama de empleados oficiales, todos posibles sujetos activos de los delitos de responsabilidad, es perfectamente factible deducir la circunstancia de agravación punitiva en comento (ord. 11, del art.66) en relación con algunos de ellos por su preeminencia respecto a los demás. Y entre estos empleados oficiales se encuentran , indudablemente, los jueces, quienes por su propia función están obligados, como los que más, a obedecer la ley, aquella misma ley por cuyo incumplimiento sanciona a otros. Es obvio que el delito cometido por un Juez, así sea de aquellos ilícitos de los que solo pueden ser sujeto activo los empleados oficiales, produce un gravísimo impacto negativo en la sociedad, lo cual justifica ampliamente un incremento punitivo precisamente por lo que él representa ante la sociedad". (Sent. 21 de nov. de 1990. M. P. Guillermo Duque R.).

Es un sofisma de distracción decir que como el legislador le fijo a la concusión una pena mínima de dos años, es porque la gravedad intrínseca de ésta conducta no tiene una consecuencia punitiva que vaya más allá de ese tiempo, salvo condiciones que señalen una gravedad especial, pues es obvio que las implicaciones que la conducta tiene a los ojos del legislador no se infieren exclusivamente del mínimo sino de los extremos punitivos, y ellos se señalan para que el juez, ante el caso concreto, y teniendo en cuenta los factores para dosificarla, entre los cuales está la gravedad, precise la pena aplicable.

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

Magistrado Ponente: *Dr. Ricardo Calvete Rangel*

Aprobado Acta No. 135

Proceso: 11101

Vistos

Por vía de apelación conoce la Corte de la sentencia anticipada proferida por el Tribunal Nacional el 27 de julio 1995, mediante la cual condenó al doctor Alirio de Jesús Tobón Duque, ex-fiscal seccional de Medellín, por el delito de concusión.

Hechos

Fueron resumidos así por el *a quo*:

"Mediante la grabación magnetofónica de varias llamadas telefónicas ordenadas por la Fiscalía Delegada ante el Departamento Administrativo de Seguridad de Medellín a raíz de una denuncia formulada el 22 de marzo de 1994 por el abogado litigante Gonzalo Villa Londoño , se logró establecer que el Fiscal Seccional de esa ciudad, Dr. alirio de jesus tobon duque, su asistente Alba Lucía Arbeláez Jaramillo y el técnico judicial Jairo Alonso Ospina Ramírez, le habían sonsacado ocho millones seiscientos mil pesos al señor Carlos Arbeláez Agudelo a cambio de la libertad de su hermano, Jorge Iván Arbeláez Agudelo, detenido por cuenta de la Fiscalía Regional que en ese entonces estaba a cargo del Dr. Jaime Emiro Rincón Puentes, sin que la providencia que ordenaba tal cosa tuviera efectividad, como que en virtud de esas anomalías fue designado un nuevo Fiscal, y este la revocó".

Actuacion procesal

1. El 26 de mayo de 1994, La Fiscalía 15 Delegada ante los Tribunales de Distrito de Medellín abrió investigación penal por el presunto delito de concusión, y el 7 de junio del mismo año dictó medida de aseguramiento de detención preventiva contra el doctor Alirio de Jesús Tobón Duque y otros.

2. El 18 de julio siguiente la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional ordenó tramitar conjuntamente los procesos seguidos a Tobón Duque y al Fiscal Regional Jaime Emiro Rincón Puentes.

3. El 30 de diciembre de 1994 se profirió resolución de acusación en la cual se llamó a juicio a Jaime Emiro Rincón Puentes, (en calidad de autor), Jairo Alonso Ospina Ramírez y Alirio de Jesús Tobón Duque (como determinadores), y Alba Lucía Arbeláez Jaramillo (como cómplice), por los punibles de concusión y prevaricato por acción, decisión que fue modificada por la Unidad de Fiscales Delegados ante esta Corporación, en el sentido de mantener la acusación solo por el delito de concusión, en calidad de coautores para los tres primeros, y cómplice para la última.

4. El procesado Tobón Duque en escrito dirigido al Tribunal Nacional aceptó la responsabilidad en los cargos que se le formularon, y solicitó sentencia anticipada amparado en lo dispuesto en el artículo 37 del Código de Procedimiento Penal.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Considera el Tribunal que en el proceso hay certeza tanto de la objetividad del delito de concusión, como de la responsabilidad del acusado. Al respecto expresó:

" Los anteriores planteamientos, que en su momento le sirvieron a la Fiscalía para residenciar en juicio al sindicado Dr. Alirio de Jesús Tobón Duque como autor responsable del delito de concusión -por cuanto según se ha visto, abusando de su cargo de Fiscal Regional, constriñó al señor Carlos Arbeláez Agudelo para que diera dinero a cambio de la libertad de su hermano Jorge Iván, detenido en la época de los hechos por cuenta del también sindicado y a la sazón Fiscal Regional, Dr. Jaime Emiro Rincón Puentes , los comparte y prohija esta Sala de decisión para predicar que, así mismo, hay certeza tanto acerca de la objetividad de dicho delito, como sobre la responsabilidad penal que en la comisión de ese hecho punible le incumbe a dicho procesado. aceptada por él sin reparo alguno en su memorial petitorio de la sentencia anticipada, y, además, con los documentos pertinentes, está acreditado que en la época de autos desempeñaba el aludido cargo de Fiscal Seccional de Medellín."

Con estas razones profirió sentencia condenatoria contra el encausado por el comportamiento atribuido en la resolución de acusación. y dosificó la pena así:

Partió del mínimo previsto en la disposición infringida, esto es, 2 años de prisión -atendiendo la circunstancia de atenuación prevista en el ordinal 1o. del artículo 64-, incrementada en 3 años más por la concurrencia de las circunstancias de agravación de los ordinales 1o., 3o., 4o., 5o., 7o. y 11 del artículo 66 del Código Penal.

Reconoció la disminución de una sexta parte por haberse acogido a la sentencia anticipada en la etapa del juicio, para imponerle en definitiva 50 meses de prisión e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo.

LA IMPUGNACIÓN

El defensor del procesado basa su inconformidad en lo siguiente:

1. El legislador previó como pena mínima para el delito de concusión 2 años de prisión dada la gravedad intrínseca de la infracción, y no es dable

incrementar la pena por ser el sindicado servidor público, pues se estaría repitiendo la esencia de la conducta misma.

2. Con relación a las agravantes previstas en los ordinales 3o. y 5o. del artículo 66 del Código Penal, considera que el haberse dificultado la defensa del ofendido y el abuso de las condiciones de inferioridad del constreñido, son ingredientes propios de la conducta porque esos son los motivos para erigir en delito el abuso del cargo o de la función.

3. A la gravedad intrínseca del constreñimiento no se pueden agregar los agravantes genéricos porque se estaría violando el principio del "*non bis in idem*".

4. La circunstancia de agravación prevista en el numeral 11 del artículo 66 *ibidem*, impuesta en la sentencia, no puede aplicarse porque no fue prevista en la resolución de acusación.

5. El sindicado confesó el delito desde la indagatoria, y por eso se debe reducir la pena en una sexta parte. Aclara que en la primera parte de la indagatoria se mostró "poco claro" con relación a hechos distintos a los atribuidos en este proceso, pero en la segunda parte de la diligencia hace el relato verdadero de los hechos, siendo indiferente si conocía o no al Fiscal Regional Rincón Puentes.

Sostiene que no hubo flagrancia porque la grabación requiere verificación mediante peritaje.

6. El sindicado siempre observó buen comportamiento y una sanción superior a los 3 años de prisión no se ajusta a los criterios legales para dosificar la pena y hacen improcedente el subrogado de la ejecución condicional, el cual merece, para tener la oportunidad de "enderezar su comportamiento".

El derecho penal busca la resocialización del delincuente, y en este caso el procesado trabajaría en bien de su familia.

7. El acusado debe afrontar otros procesos penales, lo cual hace pensar en una reclusión indefinida si en este asunto la sanción es severa y sin derecho al subrogado invocado.

Finalmente dice que la apelación busca un replanteamiento en la dosimetría de las penas impuestas y el otorgamiento de la condena de ejecución condicional.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1o. De conformidad con el numeral 4o. del artículo 37B del Código de Procedimiento Penal, el defensor tiene interés para recurrir, pues cuestiona la dosificación de la pena y la denegación del subrogado de la condena de ejecución condicional, únicos aspectos sobre los cuales se ocupará la Sala, al tenor del artículo 217 *ibidem*.

2o. La resolución de acusación fue modificada por el Fiscal Delegado ante la Corte al resolver el recurso de apelación, quedando Tobón Duque en definitiva llamado a juicio por el delito de concusión, con las agravantes genéricas prevista en los numerales 1o., 2o., 3o., 4o., 5o., y 11o. del artículo 66 del Código penal, expresamente imputadas en dicho proveído.

Así las cosas, es evidente que el impugnante se equivoca al decir que la agravante del numeral 11 no fue deducida en la acusación, de modo que su alusión al debido proceso carece por completo de fundamento.

También yerra al decir que esta agravante no se puede aplicar por ser el acusado servidor público, pues como lo ha repetido la sala en distintos pronunciamientos, lo uno no excluye lo otro, y la explicación es la siguiente:

"Lo anterior está indicando que en presencia de esa inmensa gama de empleados oficiales, todos posibles sujetos activos de los delitos de responsabilidad, es perfectamente factible deducir la circunstancia de agravación punitiva en comento (ord. 11, del art.66) en relación con algunos de ellos por su preeminencia respecto a los demás. Y entre estos empleados oficiales se encuentran, indudablemente, los jueces, quienes por su propia función están obligados, como los que más, a obedecer la ley, aquella misma ley por cuyo incumplimiento sanciona a otros. Es obvio que el delito cometido por un Juez, así sea de aquellos ilícitos de los que solo pueden ser sujeto activo los empleados oficiales, produce un gravísimo impacto negativo en la sociedad, lo cual justifica ampliamente un incremento punitivo precisamente por lo que él representa ante la sociedad". (Sent. 21 de nov. de 1990. M. P. Guillermo Duque R.).

3o. Es un sofisma de distracción decir que como el legislador le fijó a la concusión una pena mínima de dos años, es porque la gravedad intrínseca de ésta conducta no tiene una consecuencia punitiva que vaya más allá de ese tiempo, salvo condiciones que señalen una gravedad especial, pues es obvio que las implicaciones que la conducta tiene a los ojos del legislador no se infieren exclusivamente del mínimo sino de los extremos punitivos, y ellos se señalan para que el juez, ante el caso concreto, y teniendo en cuenta los factores para dosificarla, entre los cuales está la gravedad, precise la pena aplicable.

En el proceso que nos ocupa es muy claro que se trató de un comportamiento especialmente repudiable y grave, pues es inconcebible que un funcionario judicial a quien se le confió el manejo de un instrumento de control social de tanto poder como el derecho penal, lo haya utilizado en su propio beneficio negociando la libertad de una persona detenida, circunstancia que el Fiscal que resolvió el recurso interpuesto contra el pliego de cargos toma en cuenta para con razón advertir lo siguiente:

"Independientemente de si el ciudadano Jorge Iván Arbeláez debía estar preso o libre lo cierto es que negociar con la libertad de las personas por dinero afecta las bases mismas del estado social y democrático de derecho y si esa conducta la realizan abusando del cargo quienes tienen como deber funcional principal la realización de la justicia penal y la protección de las garantías individuales, en cualquiera de los niveles, resulta difícil encontrar situaciones de vulneración al bien jurídico de mayor entidad, al extremo que obliga al acercamiento sustancial al máximo de pena imponible".

4o. No es de recibo la argumentación del recurrente, en el sentido que el haberse dificultado la defensa del afectado, y el abusar de su inferioridad no difieren de la esencia del constreñimiento, pues de una parte es desconocer que hay distintas maneras de constreñir, y que como dice la norma, el tiempo, el lugar, los instrumentos o el modo de ejecución del hecho, pueden tener características que dificultan la defensa de la víctima, quien a su vez puede encontrarse en condiciones de inferioridad, como evidentemente lo estaba el señor Carlos Arbeláez frente a quienes tenían en sus manos la libertad de su consanguíneo.

No hay duda de que el aprovecharse de la angustia que estaba viviendo el hermano del detenido demuestra una mayor insensibilidad moral en el ex-funcionario enjuiciado, y que lo innoble del motivo, lo cual reconoce el defensor, indica que la deducción de las agravantes previstas en los numerales 1o., 3o., 4o. y 5o. del artículo 66 del Código Penal fue acertada.

5o. La falta de proporcionalidad en la dosificación de la pena, aspecto que destaca el recurrente, es ciertamente algo que ha debido tener en cuenta el Tribunal, pero no para aumentar menos por las agravantes, sino para que no hubiera partido del mínimo como lo hizo, pues los factores probados ameritaban que la base para la cuantificación de la sanción fuera mayor, así hubiera llegado al máximo, pues no debe olvidarse que no obstante la norma sobre aplicación de mínimos y máximos (Art. 67 C. P.), es sin perjuicio de lo previsto en el artículo 61 *ibidem*.

6o. También solicita la defensa el reconocimiento de la reducción de pena por confesión, porque considera que el acusado admitió la responsabilidad en el hecho desde la primera versión, sin embargo basta leer la injurada para constatar que eso no es cierto, pues no solo se mostró ajeno al delito que se le imputó, sino incluso dijo: "... se me hace muy extraño todas estas cantidades de acusaciones porque siempre he sido una persona desde que estoy vinculado a la rama tratando de colaborarle a la gente sin ninguna retribución; es más es a raíz de esa forma de ser mía, de tan dado a colaborarle y ayudarle a la gente que me veo enfrascado en esta investigación...".

Es obvio que con la prueba recaudada le quedaba muy difícil negar su intervención en el ilícito, pero entonces se las ingenió para tratar de aparecer como un inocente intermediario, ajeno a lo que realmente estaba ocurriendo, hasta el punto de que negó conocer a Jaime Emiro Rincón Puentes, y entiéndase bien, no es por esa negativa por la que se dice que no confesó, es que ella tiene sentido dentro del contexto de su coartada de que no era coautor de la concusión cometida.

La Fiscalía Delegada ante la Corte describió muy bien su situación cuando sostuvo:

"En efecto, el desarrollo concreto de la acción indica que en el marco de la organización delictiva específicamente diseñada en este caso, al Dr. Rincón Puentes le correspondió la posición de mantenerse oculto frente a terceros, pero con el dominio del hecho propio de quien es la única persona con capacidad de realizar la contraprestación por el dinero exigido, consistente en la liberación de Jorge Iván Arbeláez, posición que solo puede ser explicada con la mediación de un previo acuerdo indiciariamente demostrado, porque de él obviamente no suele dejarse prueba directa. Por su parte la exigencia se canalizó a través de Jairo Alonso Ospina, persona encargada de servir de canal de comunicación entre los fiscales regional y seccional, pero también, como se infiere del texto de las conversaciones grabadas, con asunción subjetiva del hecho como propio y con dominio de él, en cuanto posibilidad hipotética de interrupción de la cadena causal y finalmente aparece el Dr. Tobón como interlocutor directo del Sr. Carlos Arbeláez, aquel no como simple intermediario de cosas ajenas ni simple invocador de influencias, sino como autor material del constreñimiento, desde luego con dominio compartido del acto y aquí sí con la colaboración eficaz de Alba Lucía Arbeláez Jaramillo..."

Lo anterior explica que en la sentencia no se hubiera hecho ninguna mención a la supuesta confesión, pues simplemente no existió, de modo que nada había que decir sobre la eventual rebaja de pena.

Y desde otro punto de vista, no sobra recordar que el sindicado no aportó nada al esclarecimiento de los hechos, sino que fue el esfuerzo de los funcionarios del Estado el que llevó a establecer su responsabilidad en el delito, de una manera tan incontrovertible, que no le dejó alternativa distinta que admitir los cargos que se le formularon en la resolución de acusación.

7o. La confirmación de la pena impuesta en la instancia, superior a tres años de prisión, releva a la Sala de cualquier consideración sobre la viabilidad del otorgamiento del subrogado de la condena de ejecución condicional.

Así mismo, la argumentación del impugnante sobre la posible reclusión indefinida de su defendido si no se le concede condena de ejecución

condicional, habida cuenta de que en su contra cursan otros procesos penales, carece de fundamento, pues de una parte, si se llegara a proferir en su contra nuevas sentencias condenatorias, según los casos podría ser aplicable la acumulación de penas, y de otra, no se ve como puede considerar exceso del Estado el que sancione dentro de los marcos fijados por la ley, a un delincuente que resolvió explotar económicamente su condición de funcionario judicial, traicionando la confianza que se le depositó y agrediendo a la sociedad con su conducta.

En atención a lo dicho se confirmará la sentencia recurrida.

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:

CONFIRMAR en su integridad la sentencia apelada, impuesta al doctor Alirio Toobón Duque, en su calidad de ex-Fiscal Seccional de Medellín, por el delito de concusión.

Comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

UNIDAD PROCESAL

Desde luego que el instructor fue desacertado, aunque de manera intrascendente para los derechos del acusado, al revocar parcialmente el auto de cierre, ante el recurso de reposición que se le presentó, para ordenar que en el original continuara el trámite normal del proceso contra el sindicado y que en las copias se investigara al otro partícipe, porque la información que se tenía era la de que éste ya había fallecido, y aunque no hubiera sido así, de todas maneras no ha debido reponer, sino calificar y en ese momento ordenar compulsar las pertinentes copias.

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

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

Aprobado Acta No.135

Proceso: 9687

VISTOS

El 14 de febrero de 1994, el Juzgado 38 Penal del Circuito de esta ciudad condenó a José Francisco Pérez Cifuentes a la pena principal de cuarenta y dos (42) años y dos (2) meses de prisión y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el término de diez años, como coautor responsable de los delitos de homicidio agravado y hurto calificado y agravado y se le absolvió por el punible de porte ilegal de armas. Tal decisión fue confirmada por el Tribunal de este Distrito Judicial, mediante sentencia del 14 de abril de 1994.

El *ad quem* concedió el recurso extraordinario de casación oportunamente interpuesto. A su vez, esta Corporación encontró que la demanda respectiva se ajustaba a las exigencias legales y por ello dispuso oír al Ministerio Público, que representado para este caso por el Procurador Segundo Delegado en lo Penal, solicitó no casar el fallo cuestionado.

Ahora, le corresponde a la Sala resolver lo pertinente, luego de hacer un análisis de los siguientes:

HECHOS

En la madrugada del 16 de marzo de 1993, entre la una y las dos de la mañana, Jairne Acosta Báez circulaba por la Avenida Caracas con calle 53, de la ciudad de Bogotá, conduciendo un taxi con dos pasajeros, uno en el puesto de adelante y otro en el de atrás. En esos momentos el también taxista Julio Jiménez Puertas fue avisado por empleados de la Edis sobre la posibilidad de que su colega estuviera siendo asaltado, razón por la cual varios conductores y miembros de la Policía Nacional iniciaron la persecución. En la calle 17 Sur con carrera 8a. el cuerpo herido del conductor fue arrojado del automotor, falleciendo luego, a consecuencia de las lesiones ocasionadas en la región supraciliar derecha. Los asaltantes abandonaron el vehículo, por haberse pinchado una llanta, en la calle 14 Sur con carrera 9a. y continuaron la huida a pie. En las inmediaciones del Centro de Capacitación Docente se obtuvo la captura de José Francisco Pérez Cifuentes, por efectivos de la Policía Nacional.

ACTUACION PROCESAL

Después de practicar algunas diligencias preliminares, por auto del 17 de marzo de 1993 se abrió el proceso penal. Al día siguiente se escuchó en indagatoria a Pérez Cifuentes, contra quien se profirió medida de aseguramiento el día 23 del mes citado.

El 31 de mayo de 1993 se cerró la investigación y el 13 de julio del mismo año se dictó resolución de acusación contra Pérez Cifuentes, como coautor de los delitos de porte ilegal de armas, homicidio agravado y hurto calificado y agravado, en concurso material.

Efectuada la audiencia pública el 18 de enero de 1994, se dictaron las sentencias de primera y segunda instancia el 14 de febrero y el 14 de abril siguientes, respectivamente.

ARGUMENTOS DE LA DEMANDA

El actor postula un único cargo contra la sentencia del Tribunal, enmarcándolo en los parámetros de la causal tercera de casación, por estimar que ella se dictó en un proceso al cual concurren irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso.

En la demostración de la censura, el impugnante asevera que el sindicado, bajo la gravedad del juramento, hizo cargos contra Henry Robert Pérez Buitrago como la persona que disparó contra el taxista. Tal individuo posteriormente falleció, según se enteró en el establecimiento carcelario. Sin embargo, dio el nombre y dirección de su esposa quien al ser llamada a declarar narró que el día de los hechos su concubinario había llegado con la mano untada de sangre y le había contado que había metido en problemas a Pacho, o sea, a José Francisco Pérez Cifuentes, a quien

conocía desde unos dos años atrás. Igualmente atestiguó que su compañero poseía un arma de fuego y que su cadáver fue encontrado en abril de 1993, en cercanías a Facatativá.

Prosigue el recurrente protestando porque a pesar de tales informaciones no se realizó ninguna actividad procesal para vincular procesalmente a Henry Robert, autor material del homicidio, ni para verificar su existencia, antecedentes y muerte, a través de requerimientos a la Registraduría del Estado Civil, Departamento Administrativo de Seguridad y Oficina de Notariato y Registro. Tampoco se ofició al Ministerio de Defensa, para que certificara si se le expidió o no salvoconducto para el porte de arma de fuego. Esa omisión lo lleva a asegurar que el cierre de investigación se hizo sin el lleno de los requisitos legales, afirmación que apoya en el hecho de que al haberse interpuesto el recurso de reposición contra tal proveído, la impugnación prosperó en cuanto se revocó parcialmente, habiéndose dispuesto que en el cuaderno de copias se continuara la investigación en lo relacionado con Henry Robert Pérez Buitrago y se continuara el trámite del artículo 438, en el cuaderno original, en cuanto a José Francisco Pérez.

Sostiene que la funcionaria de instrucción al revocar el auto de cierre de investigación quiso fue "declarar el cierre investigativo en forma parcial al tenor del artículo 438-A, hecho que no lo hizo, pues se limitó a revocar parcialmente el auto impugnado y no se pronunció en forma clara en el sentido de reponer la providencia en el efecto de cerrar parcialmente la investigación ... pero sí con esto está indicando que está ordenando la ruptura de la unidad procesal que consagra el art. 88 del C. P.P., afectando en esta forma la garantía constitucional del art. 29 sobre el debido proceso..."

Agrega que una vez vinculado Henry Robert y perfeccionada la etapa instructiva sí sería procedente cerrar la investigación, total o parcialmente conforme a los artículos 438 y 438-A del C. de P.P. Aquí sin vincular a aquél se cerró la investigación, siendo que "de conformidad al art. 438-A deberían existir varias personas vinculadas al proceso".

Como conclusión final de su argumentación afirma: " Ante las actuaciones erróneas y que resaltan a la vista, por parte del instructor con el cierre investigativo con vicios de nulidad se rompió la unidad procesal, afectando con esto las formas propias del debido proceso consagradas en el art. 29 de la Constitución Nacional aunada al artículo 1o. del C. de P. P."

OPINION DEL PROCURADOR SEGUNDO DELEGADO EN LO PENAL

El representante del Ministerio Público inicia su análisis destacando la confusión conceptual en que incurre el censor, por lo que le niega razón al cargo para concluir que debe ser desestimado.

El funcionario destaca que el principio de la unidad procesal implica el adelantamiento de un proceso por cada hecho punible sin importar el número de autores o partícipes, salvo las excepciones constitucionales y legales y a ello aduce que el propio artículo 88 del C. de P.P. dispone que el rompimiento de la unidad procesal no origina nulidad alguna.

Después de esbozar su entendimiento de las preceptivas que atañen al fenómeno de la unidad procesal, el Delegado afirma:

"No obstante ser estos los parámetros legales dentro de los cuales el rompimiento de la unidad procesal no genera indefectiblemente vicio o irregularidad, pues como se puede advertir la propia ley la autoriza, es más, la impone en determinados casos, y menos anomalía que acarree la nulidad de la actuación dado que esta sólo se produciría en aquellos eventos que no estando contemplados taxativamente, se quebranta la unidad procesal pero con afectación de las garantías constitucionales, como presupuesto *sine qua non* para la invalidación parcial o total del diligenciamiento, y no como lo pretende el censor por el simple rompimiento de la unidad procesal que en realidad de verdad no repercute en la vulneración de las garantías fundamentales de ningún sujeto procesal y particularmente de su defendido, en el presente asunto no procede hablar del comentado fenómeno".

Prosigue el Procurador argumentando que el auto de cierre de la investigación no podía cobijar a Henry Robert Pérez Buitrago por cuanto este ciudadano no había sido vinculado al proceso directa ni indirectamente; y en esas condiciones, tampoco había lugar para predicar una conexidad subjetiva. De allí que el Procurador Delegado dijera:

"En consecuencia, no ha debido el funcionario instructor revocar el auto de cierre de investigación en la forma como lo hizo, parcialmente, ni de ninguna otra, porque si consideraba que existían motivos para vincular a otra persona como sindicado de los delitos investigados, como en efecto lo estimó respecto de Henry Robert Buitrago, hubiera sido lo pertinente ordenar el adelantamiento de la investigación penal correspondiente por separado, sin necesidad de locar para nada el presente trámite procesal, que ameritaba seguir su curso ordinario en lo concerniente al inculpado Pérez Cifuentes".

En opinión del Delegado, entonces, el hecho de haber revocado parcialmente el cierre para ordenar la compulsación de copias con respecto al otro posible imputado, no afecta el debido proceso y, por tanto, es imperioso declarar la inexistencia de la nulidad pregonada.

Estima que tampoco se vulneró el derecho de defensa, porque en todo momento estuvo adecuadamente asistido "sin que sean, entonces, admisibles las conjeturas planteadas por el casacionista en cuanto afirma que de haberse vinculado al otro imputado, a Pérez sólo se le podría atribuir

los comportamientos típicos a título de cómplice, por no tener ello un sustento serio ni probatorio".

Estos los argumentos que llevan al Ministerio Público a sugerir a la Sala que no case el fallo impugnado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El casacionista señala como irregularidades generadoras del cargo de nulidad formulado, el hecho de que su defendido informó sobre el nombre del autor del disparo homicida y el sitio de residencia de la compañera del mismo, la que al rendir testimonio confirma en parte el dicho del procesado, y a pesar de ello, no se vinculó mediante indagatoria al ejecutor de la conducta. Además, y como consecuencia de lo anterior, al parecer hubo cierre parcial y ciertamente se rompió indebidamente la unidad procesal.

Para dilucidar la seriedad y profundidad del cargo formulado, conviene observar detenidamente todas las intervenciones del procesado en esta investigación, lo que pone de manifiesto que en cada una modifica sustancialmente las versiones precedentes. Es así como en la indagatoria rendida inicialmente, el 18 de marzo de 1993, sostiene que el taxi ocupado por él fue abruptamente abordado por un desconocido armado de revólver y que en el momento en que quiso quitárselo éste se disparó con consecuencias fatales para el conductor. Agrega que posteriormente ese individuo no lo quiso dejar bajar del vehículo y que más adelante le pasó el arma para que disparara sobre los perseguidores, orden que cumplió.

En la versión rendida el 17 de mayo del mismo año, dijo que la noche de los hechos se estaba tomando unos tragos con su amigo Henry Robert Pérez Buitrago, con quien abordó el taxi en el cual se inició una discusión entre su compañero y el conductor porque le exigía que apagara el cigarrillo y que de improviso había escuchado un disparo que había hecho su amigo. En esta ocasión negó haber disparado a sus persecutores y atribuyó ese proceder a su compañero. Al ponérsele de presente lo aseverado inicialmente, expresó que en la cárcel le habían dicho que la prueba del guantelete salía positiva por haber fumado y que como les contara que había estado jugando tejo, le dijeron que le saldría positiva, razón por la cual había afirmado que sí había disparado, pero que lo real era lo que relataba ahora.

En la intervención que hizo en la audiencia pública, el 18 de enero de 1994, depuso que se había quedado con su amigo por pura manifestación de solidaridad para acompañarlo luego del disparo mortal sobre el taxista.

Tal como lo señala el demandante, se recibió la declaración a la compañera de Pérez Buitrago quien sostuvo que el día de los hechos éste había llegado con sangre en las manos y expresado que había dejado a

Pérez Cifuentes comprometido en algo muy serio. Señaló, igualmente, que regularmente tenía un arma, que hacía varios meses no tenía trabajo pero que seguía cumpliendo con sus obligaciones y que había sido muerto a bala el primero de abril en inmediaciones de Facatativá.

Este recuento probatorio revela claramente que era absolutamente imposible, física y jurídicamente, que se hubiera podido cumplir la exigencia del recurrente de haber vinculado procesalmente a Pérez Buitrago, porque para el 17 de mayo, cuando el actual procesado le imputa a aquel el homicidio, ya había fallecido desde el primero de abril, de conformidad con la declaración de su compañera.

Es muy fácil culpar a quien nunca ha existido o a quien ya ha fallecido, mediante una versión corroborada por alguien que curiosamente declara acordarse que precisamente la noche de los hechos su compañero llegó ensangrentado y que generalmente portaba armas de fuego. Es una declaración que claramente trasluce la mentira, como tuvo el acierto de consignarlo la providencia de segunda instancia, cuando consideró:

"En cuanto hace referencia a la declaración rendida por la señora Nubia Esperanza Ramírez Caro, de la cual critica la defensa el hecho de que no haya sido tenida en cuenta al momento de la sentencia, deberá decirse que interesa para los efectos probatorios, la posesión del arma en el recorrido de la persecución. Además es incuestionable que si la compañera del hoy desaparecido Henry Robert Pérez, conocía el arma de éste, la descripción de la misma debió ser más completa y coherente y no referencial, demostrando con ello más un afán por coadyuvar los intereses del sentenciado, que por contribuir al esclarecimiento de los hechos".

En estas condiciones, las versiones mentirosas y acomodadas por medio de las cuales se pretende engañar a la justicia y obtener la impunidad de los delitos realizados, en ningún momento se pueden admitir como sustento de irregularidades generadoras de nulidad, puesto que cuando el sindicado amplía su indagatoria, el presunto autor del homicidio ya había fallecido, circunstancia que hacía imposible la vinculación procesal de ese imputado, como ahora lo demanda el recurrente.

Es cierto que el principio de la unidad procesal, de acuerdo con nuestra preceptiva procesal, comporta que para cada hecho punible se adelante "una sola actuación procesal, cualquiera que sea el número de autores o partícipes...", pero también es evidente que en el presente caso era imposible la vinculación de un sujeto que, al parecer, había fallecido.

Pero aun aceptando que tal vinculación hubiese sido viable, tampoco habría nulidad, pues en parte alguna de la actuación aparece demostrado que por esa no vinculación se facilitó o determinó la condena del procesado, o se vulneró su derecho a la defensa o se desconoció alguna otra de sus garantías constitucionales.

Al respecto, ha señalado la Sala:

"Con fundamento en estos criterios, se ha afirmado que la ley procesal debe tener por propósito investigar y definir, en la medida de las posibilidades, todos los aspectos personales y el hecho de que comprenden la comisión de un delito. Pero dejar por fuera una conducta o algún sujeto, por dificultades de averiguación, por errada apreciación al considerar que no interesan al juzgamiento, no puede implicar invalidez de todo lo actuado. Establecida la intrascendencia en tales irregularidades, ellas deben ser remediadas mediante la expedición de copias de lo pertinente ..." (M.P.Dr. Dídimo Páez Velandia, septiembre 12 de 1991).

En lo que atañe al argumento según el cual el instructor al revocar el proveído de cierre de investigación lo que quiso, aunque no lo expresara claramente, fue clausurarla parcialmente y romper la unidad procesal, es preciso observar que el único vinculado al sumario era el señor José Francisco Pérez Cifuentes. Con respecto a él y por todos los hechos punibles imputados, se cerró la investigación. Ante las protestas del entonces defensor, manifestadas a través de la reposición, por no haberse vinculado a quien al parecer ya estaba muerto, Henry Robert Pérez, la Fiscalía reformó la providencia mencionada, en el sentido de continuar sobre el original el trámite ordinario del proceso con relación a José Francisco y en el cuaderno de copias adelantar la investigación contra Henry Robert.

Lo de cierre corresponde a errada interpretación que de ese proveído hace el censor, ya que argumenta que lo que quiso el fiscal fue "declarar el cierre investigativo en forma parcial ... y no se pronunció en forma clara ...". Además, para ello se sirve el abogado de una norma de la Ley 81 de 1993 (artículo 57, que corresponde al 438-A -cierre parcial-), que aun no existía, pues la revocatoria de la clausura se hizo por proveído de fecha junio 15/93 y la citada ley sólo entró a regir el 2 de noviembre de ese año. Así mismo, si Robert Pérez no fue vinculado al proceso, no podía romperse en lo atinente a él una unidad que no existió, por las razones antes expresadas.

Por otra parte, el recurrente se contradice en la fundamentación del cargo, pues en la primera parte se queja de no haberse dado cumplimiento al principio de unidad procesal, por no haber vinculado al proceso al señor Pérez; y en la segunda reprocha el hecho de haberse roto esa unidad (que como se analizó, nunca se estableció con el citado señor Pérez), al decretarse, según su opinión, el cierre parcial.

En consecuencia, la censura carece de sustento atendible, porque aceptando que la actuación no se adelantó contra los dos coautores, de todos modos no hay informalidad reprochable, pues no se vulneró ninguna garantía fundamental del procesado y, por ende, no hay nulidad, según lo preceptúa el artículo 88 del C. de P.P.

Desde luego que el instructor fue desacertado, aunque de manera intrascendente para los derechos del acusado, al revocar parcialmente el auto de cierre, ante el recurso de reposición que se le presentó, para ordenar que en el original continuara el trámite normal del proceso contra José Francisco y que en las copias se investigara al otro partícipe, porque la información que se tenía era la de que éste ya había fallecido, y aunque no hubiera sido así, de todas maneras no ha debido reponer, sino calificar y en ese momento ordenar compulsar las pertinentes copias.

Es entonces preciso concluir que en el caso presente no se han presentado irregularidades de ninguna naturaleza que pudieran llegar a originar la pretendida nulidad que plantea el recurrente y en tales condiciones, y de conformidad con el criterio del Procurador Segundo Delegado en lo Penal, se rechazará el cargo.

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.

Jorge E. Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Alfonso Gómez Méndez, Conjuez, *Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

INDICES

RELATORIA SALA DE CASACION PENAL
INDICE ALFABETICO DE JURISPRUDENCIA
GACETA JUDICIAL SEGUNDO SEMESTRE DE 1996

Págs.

A

ABUSO DE CONFIANZA 800
ACCION CIVIL-Persona jurídica 406
ACCION DE REVISION 7.192.286.355.719,755
ACCION DE REVISION-Titulares 413
ACCION DISCIPLINARIA 123
ACLARACION DE VOTO 650
ACUMULACION DE PROCESOS 726
ACUMULACION JURIDICA DE CAUSAS 207
ACUMULACION JURIDICA DE PENAS 77
ALLANAMIENTO 444
AMISTAD INTIMA 246
ANONIMO 51.513
ANTECEDENTES 399
APELACION 305.709
AUDIENCIA ESPECIAL (Aclaración de Voto) 325
AUDIENCIA PUBLICA 89
AUTO DE DETENCION 207
AUTO INTERLOCUTORIO 31

C

CAMBIO DE RADICACION 119
CASACION DISCRECIONAL 182.198.481.769
CASACION 305,693

Págs

CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACION PUNITIVA 346,576,847
CIRCUNSTANCIAS ESPECIFICAS DE AGRAVACION PUNITIVA... 14,234
COLABORACION EFICAZ 678
COLISION DE COMPETENCIA 36,186,201,279,283,355,560, 606, 623,630,761, 772, 800
COLISION DE COMPETENCIA-Calificación jurídica de los hechos 618
COMPETENCIA A PREVENCION 806
COMPETENCIA TERRITORIAL 283,606
COMPETENCIA 365,486,528,569,666,821
COMPETENCIA-Traslado de procesado 722
CONCIERTO PARA DELINQUIR 630
CONCUSION 847
CONEXIDAD 372,373,662,664,691
CONFESION 41,546
CONGRESISTA -Competencia 716
CONTRAVENCION 365,372,373,662,664, 691,769
CONTROL DE LEGALIDAD 643, 645
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA 486,666
CORTE Impedimento 716

D

DEBIDO PROCESO 128, 569,652,736
DEBIDO PROCESO (Aclaración de Voto) 752
DEFENSA TECNICA 481
DELITO POLITICO 494
DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO ECONOMICO 329
DEMANDA DE CASACION 41,77,85,249,258,291,361,378,393, 473,523,528,531,592
DENUNCIA 513
DERECHO DE DEFENSA -Audiencia pública 635
DERECHO DE DEFENSA 258
DETENCION DOMICILIARIA 402
DICTAMEN PERICIAL-Traslado 729
DIVULGACION Y EMPLEO DE DOCUMENTOS RESERVADOS 54

Págs.

E

ENRIQUECIMIENTO ILICITO 123
ESTATUTO ANTICORRUPCION 51,513
EXTRADICION- Estatuto Anticorrupción 18

F

FALSO JUICIO DE VALORACION 69
FALTA DE MOTIVACION DE LA SENTENCIA 428
FISCAL DELEGADO ANTE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA -Delegación 643
FISCAL DELEGADO ANTE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - Delegación (Aclaración de Voto) 223, 645
FISCAL DELEGADO ANTE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA- Delegación (Salvamento de Voto) 224
FISCAL DELEGADO ANTE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA -Delegación 219
FISCAL DELEGADO ANTE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA -Delegación (Aclaración de Voto) 223
FISCAL GENERAL DE LA NACION 219,223,224,643,645
FISCAL 764
FLAGRANCIA 41

H

HABER DICTADO PROVIDENCIA 89
HOMICIDIO 249,610,

I

IMPEDIMENTO 89,101,246,428,646,775
IN DUBIO PRO REO 85,361
INCONGRUENCIA DE LA SENTENCIA 576
INDICIO 258,417
INIMPUTABILIDAD 114
INTERES EN EL PROCESO 646
INTERES PARA RECURRIR 14

Págs.

INTERPRETACION ERRONEA DE NORMA 592
IRA E INTENSO DOLOR 503,701

J

JUEZ REGIONAL- Porte ilegal de Armas 186
JURISDICCION DE MENORES 22
JUSTICIA PENAL MILITAR 821

L

LEGALIDAD DE LA PENA 249,314
LEGITIMIDAD 719
LIBERTAD CONDICIONAL 538
LIBERTAD PROVISIONAL 399,486,538,811
LIBERTAD VIGILADA 114

M

MEDIDA DE ASEGURAMIENTO 402
MEDIDA DE SEGURIDAD 114
MENORES 22

N

NARCOTRAFICO Incautar 828
NARCOTRAFICO 630,813
NO RECURRENTE 666
NULIDAD 69,77,258,428,531,736,752,781

P

PARENTESCO 346
PARTE CIVIL 111,198
PARTE CIVIL-Auto admisorio 488
PARTE CIVIL-Persona jurídica 599
PECULADO CULPOSO 164
PENA -Ley 40 1993 610
PENA 234,847
PENA-Dosificación 314
PERITO 813

Págs.

PERJUICIOS MORALES 329

PERJUICIOS 291,378,693

POLICIA JUDICIAL 444

PORTE ILEGAL DE ARMAS DE DEFENSA PERSONAL 201

PORTE ILEGAL DE ARMAS DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS MILITARES 560

PORTE ILEGAL DE ARMAS 279,623

PRESCRIPCION DE LA ACCION 781

PRESCRIPCION DE LA ACCION -(Aclaración de Voto) 794

PRESCRIPCION 31

PRETERINTENCION 701

PRIVACION DE LA LIBERTAD (Aclaración de Voto) 691

PRIVACION DE LA LIBERTAD (Salvamento Parcial de Voto) 372,373, 662,664

PRUEBA 69,417,473

R

REBAJA DE PENA 546

RECURSO DE HECHO 709

RECURSOS 305

RECUSACION 101

REDENCION DE PENA POR TRABAJO O ESTUDIO 486

REPOSICION 543

RESERVA DEL SUMARIO 516

RESOLUCION DE ACUSACION 207,458

RESOLUCION DE LA SITUACION JURIDICA 652

RESPONSABILIDAD OBJETIVA 375

S

SANA CRITICA 365

SECUESTRO 234

Págs.

T

TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO 14,314,458
TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO-Apelación 383
TERMINO 393,811
TERMINO-Prórroga 470
TRAFICO DE INFLUENCIAS PARA OBTENER FAVOR DE EMPLEADO OFICIAL 226
TRANSITO DE LEGISLACION 89
TRIBUNAL NACIONAL 355
TUTELA 286

U

ULTRAACTIVIDAD DE LA LEY 678
UNIDAD PROCESAL 258,372,373,428,662, 664,691,855

V

VIGENCIA DE LA LEY 409
VIOLACION DIRECTA DE LA LEY 85,523
VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY 523

RELATORIA SALA DE CASACION PENAL
INDICE CRONOLOGICO DE JURISPRUDENCIA
GACETA JUDICIAL SEGUNDO SEMESTRE DE 1996

Pág.

ACCION DE REVISION. La demanda impugnativa de revisión, lo ha precisado la jurisprudencia en múltiples ocasiones, solamente procede por específicas y taxativas causales señaladas en la ley, a través de las cuales se pretende: remover las sentencias pasadas por autoridad de cosa juzgada, resultando imperativo en desarrollo de esta pretensión el cumplimiento de los requisitos de técnica que la gobiernan, toda vez que no puede cualquier escrito recurrente o alegato informal, aspirar a confrontar los valores de seguridad jurídica, propios de un fallo ejecutoriado, con el de justicia, que en esta acción siempre están en contraste.

Precisamente por cuanto mediante la acción de revisión se tiende a atacar la intangibilidad de la cosa juzgada, sobre la cual se funda la solidez del orden jurídico que deviene de los pronunciamientos judiciales, reiteradamente se ha dicho que las causales de revisión que consagra la ley, suponen la necesidad de su concreción por circunstancias al margen del proceso que dio origen a la decisión cuestionada.

Lo anterior significa, entre otras cosas, que no se puede fundar la pretensión enervante de una sentencia para escindir la cosa juzgada, en un nuevo análisis de los fundamentos de hecho o de derecho con base en los cuales ha tomado forma el pronunciamiento del fallo. Magistrado Ponente: Dr. Carlos A. Gálvez Argote. Acción de Revisión. Fecha: 02/07/1996. Decisión: Reconoce apoderado y rechaza in límine la demanda. Procedencia: Fiscalía 20 Delegada ante los Tribunales. Ciudad: Santa Fe de Bogotá y Cundinamarca. Procesado: Ortiz Olave, Mauricio. Procesado: Ortiz Olave, Julio César. Procesado. Ortiz Olave, Gladys. Delitos: Fraude Procesal. Proceso: 11668. Publicada: Sí 7

TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO/ INTERES PARA RECURRIR/ CIRCUNSTANCIAS ESPECIFICAS DE AGRAVACION

Pág.

PUNITIVA. En efecto, el numeral 4o. del artículo 37B ibidem, señala de manera taxativa y excluyente, el interés que para recurrir la sentencia anticipada tienen, tanto el procesado como su defensor, limitándolo a los aspectos que tienen que ver con «la dosificación de la pena, el subrogado de la condena de ejecución condicional, la condena para el pago de perjuicios y la extinción del dominio sobre bienes», los cuales tienen aplicación frente al recurso de casación, Magistrado Ponente: Dr. Carlos A. Gálvez Argote. Auto Casación. Fecha: 03/07/1996. Decisión: Rechaza In Limine la demanda. Procedencia: Tribunal Superior Del Distrito Judicial. Ciudad: Bucaramanga. Procesado: Capacho Rodríguez, Antonio. Delitos: Homicidio Agravado. Proceso: 11713. Publicada: Sí 14

EXTRADICION. El artículo 549 del Código de Procedimiento Penal precisa los requisitos para conceder u ofrecer la extradición de ciudadanos extranjeros pues la de colombianos por nacimiento se halla prohibida por el artículo 35 de la Carta Política y también de aquéllos en cuanto hace referencia a delitos políticos o de opinión.

Dichos requisitos corresponden a que el hecho que motiva la solicitud, esté también previsto como delito en Colombia y reprimido con una sanción privativa de la libertad cuyo mínimo no sea inferior a cuatro (4) años y, que se haya dictado en el exterior resolución de acusación o su equivalente.

Bueno es precisar que la modificación al instituto que introdujo el artículo 34 de la Ley 190 de 1995 o Estatuto Anticorrupción, lo fue exclusivamente con relación a los requisitos previstos en el artículo 569 del Código de Procedimiento Penal para que el Gobierno de Colombia pueda solicitar en extradición a quien se le haya proferido Resolución de Acusación y se halle en firme, o sentencia condenatoria por infracciones que tuvieren pena privativa de la libertad no inferior a dos (2) años de prisión, Magistrado Ponente: Dr. Didimo Páez Velandia. Extradición. Fecha: 03/07/1996. Decisión: Conceptúa desfavorablemente. Procedencia: Embajada. Ciudad: Italia: Requerido: Salgarello Pulumbo, Augusto. Proceso: 11417. Publicada: Sí 18

JURISDICCION DE MENORES/ MENORES. La jurisdicción es factor integrante del debido proceso, por cuanto es desarrollo del derecho fundamental al juez natural, competente para aplicar el procedimiento legalmente preexistente y para tomar las decisiones de rigor, según lo dispuesto por el artículo 29 de la Carta Política.

Pág.

Consecuente con dicho principio, es necesario remitir la actuación o copias de la misma, con destino a la jurisdicción de menores por competencia, en eventos en los que aparezca plenamente comprobada, mediante prueba aducida en su oportunidad procesal, la menor edad del inculpado. Así lo ha considerado esta Sala, particularmente frente a situaciones presentadas a raíz del cambio de legislación por la entrada en vigencia del decreto 2737 de 1989, Código del Menor, claro está, partiendo de la base de que esa minoridad se halle demostrada a cabalidad con ante lación (providencias de 27 de abril y 12 de julio de 1990, M.P. doctor Jaime Giraldo Angel y 17 de octubre de 1990, M.P. doctor Gustavo Gómez Velásquez, entre otras). Magistrado Ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla. Sentencia Casación. Fecha: 03/07/1996. Decisión: Desestima la demanda, casa de oficio, decreta nulidad, ordena libertad provisional. Procedencia: Tribunal. Ciudad: Nacional. Recurrente: Torres Rosas, Fernando. Delitos: Rebelión. Proceso: 10645. Publicada: Si 22

PRESCRIPCION/ AUTO INTERLOCUTORIO. La declaración de la prescripción de la acción penal respecto de un determinado delito, es una decisión que no por haberse tomado en una sentencia de primera o segunda instancia deja de ser interlocutoria, naturaleza ésta que la hace impermeable al recurso extraordinario de casación, en cualquiera de sus modalidades.

Es frecuente, ha dicho la Corte, que por razones de economía procesal, se incluyan dentro de una misma providencia decisiones de carácter distinto, como ocurre cuando en un proveído interlocutorio se ordenan pruebas, o cuando en una sentencia de instancia se decretan nulidades parciales o se declara la extinción de la acción penal por un delito o respecto de uno de los procesados, sin que ello traduzca modificación de la naturaleza jurídica de la decisión de menor entidad, la cual continúa definiéndose por su contenido, conforme a la clasificación que de las providencias judiciales trae el artículo 179 del Código de Procedimiento Penal (Cas. agosto 31/95, Mag. Pte. Dr. Didimo Páez Velandia, entre otras).

Sobra decir que la providencia mediante la cual se declara la extinción de la acción penal por prescripción, es de naturaleza interlocutoria, ya sea que la decisión se adopte separadamente o en el cuerpo de una sentencia de instancia, carácter que surge no sólo de su definición normativa, sino de la calificación que de su naturaleza hace el artículo 36 ibídem.

Pág.

Dicho carácter, impide que en su contra pueda plantearse censura alguna en sede de casación, pues este recurso extraordinario solamente procede contra sentencias, específicamente contra sentencias de segunda instancia.

Cuando se plantean errores de hecho por falsos juicios de existencia, la fundamentación de la censura no puede limitarse a la simple enumeración de los medios de prueba supuestamente omitidos o imaginados; es necesario, hacer una reevaluación probatoria con inclusión de la prueba preterm[illegible]da o exclusión de la prueba supuesta, según cada caso, para, con fundamento en ella, entrar a demostrar que las conclusiones del fallo habrían sido distintas de no haberse incurrido en el error denunciado. No se olvide que los fallos de instancia están amparados por la doble presunción de acierto y legalidad, y que es al actor, a quien corresponde desvirtuarla. Magistrado Ponente: Dr. Fernando Arboleda Ripoll. Auto Casación. Fecha: 03/07/1996. Decisión: Inadmite la demanda de casación y declara desierto el recurso. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Recurrente: Castro Moreno, Carlos Alfonso. Recurrente: Chávez García, Manuel Antonio. Delitos: Perturbación de la posesión sobre inmueble. Proceso: 11186. Publicada: Si 31

COLISION DE COMPETENCIA Es a la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia a quien le corresponde resolver el conflicto de competencia suscitado entre el Fiscal 25 de los Tribunales Superiores de Santafé de Bogotá y Cundinamarca, y el Juez Séptimo Penal del Circuito de esta ciudad, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3°, del artículo 17 de la Ley 270 de 1996, por no estar atribuido su conocimiento a ninguna de las salas especializadas o a otra autoridad judicial.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 228 de 1995, cuando señala que «los jueces penales y promiscuos municipales del lugar donde se cometió el hecho, o en su defecto, los del municipio más cercano al mismo», conocerán en primera instancia «De las contravenciones especiales de que trata esta ley, de las demás previstas en la Ley 23 de 1991 y todas aquellas sancionadas con pena de arresto por la Ley 30 de 1986 y normas complementarias», está fijando un límite temporal para la competencia y respecto a la cualificación de los delitos transformados en contravenciones especiales por el mismo estatuto, que para el presente caso son los de hurto calificado y agravado en cuantía inferior a diez salarios mínimos legales mensuales.

Pág.

Así, se tiene que esta clase de conductas cometidas con anterioridad al 22 de diciembre de 1995, cuando entró a regir la Ley 228 del mismo año, por mandato legal continúan siendo delitos y las ejecutadas a partir de esa fecha, contravenciones especiales, conociendo de los primeros las autoridades que venían haciéndolo, esto es, en primera instancia, los Fiscales Locales en la instrucción y acusación y los Jueces Penales Municipales en el juzgamiento, y de las segundas, exclusivamente, los Jueces Penales y Promiscuos Municipales, en primera instancia, con el procedimiento de la ley ordinaria y de la Ley 228, respectivamente, sin que esto signifique el no reconocimiento de la aplicación de normas favorables, de ser viable, en un caso concreto. Magistrado Ponente: Dr. Carlos A. Gálvez Argote. Sala Plena. Auto Colisión de Competencias. Fecha: 04/07/1996. Decisión: Dirime colisión y atribuye al Fiscal 25 Delegado ante los Tribunales. Procedencia: Juez Séptimo Penal del Circuito. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Procesado: Rojas Garzón, Carlos Felipe. Procesado: Triana Salazar, Jairo Humberto. Proceso: 11642. Publicada: Sí 36

CONFESION/ FLAGRANCIA/ DEMANDA DE CASACION. Conforme lo puntualiza el artículo 37-B del Código de Procedimiento Penal, modificado por la Ley 81 de 1993 en su numeral 4o, el interés para recurrir, en tratándose del procesado o su defensor, está restringido al debate sobre la dosificación de la pena, el subrogado de la condena de ejecución condicional, la condena para el pago de perjuicios, y la extinción del dominio sobre los bienes. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Sentencia Casación. Fecha: 05/07/1996. Decisión: No Casa.. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Manizales. Recurrente: Guizao Garcés, Jorge Angel. Delitos: Porte de armas de defensa personal, Homicidio agravado. Proceso: 9574. Publicada: Sí 41

ESTATUTO ANTICORRUPCION/ ANONIMO. El Estatuto Anticorrupción, Ley 190 de 1995, estableció en su artículo 38 la aplicabilidad 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 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

Pág.

denuncia reúna tales características o a ella no se agreguen los medios probatorios que aporten información suficientemente seria como para iniciar una investigación de oficio. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Única Instancia. Fecha: 10/07/1996. Decisión: Inadmite la denuncia anónima. Procedencia: Corte Suprema de Justicia. Procesado: Romero, Jairo. Procesado: Castro Borga, Hugo. Proceso: 11647. Publicada: Sí 51

DIVULGACION Y EMPLEO DE DOCUMENTOS RESERVADOS. El artículo 289 del C.P. es, en efecto, una de las llamadas normas penales en blanco, que por tal motivo, para que surtan el efecto buscado por el legislador deben complementarse con elementos normativos ajenos provenientes del mismo ordenamiento penal o de otro jurídico para precisar o actualizar la conducta a punir: de lo contrario el encuadramiento típico resulta imposible, pues contienen un vacío conceptual de imperativa provisión.

Al acudir el Tribunal al Estatuto propio del ejercicio profesional de la medicina para completar la naturaleza del documento «historia clínica reservada», simplemente llenó el vacío de la definición conductual del artículo 289 del C.P. para lograr la correcta adecuación típica. No sobrepasó la posibilidad que le confería la correcta interpretación de la ley porque el Estatuto extrapenal es una normatividad jurídica especializada y perfectamente atendible, que no por ser del orden disciplinario podía soslayarse arbitrariamente. Magistrado Ponente: Dr. Didimo Páez Velandia. Sentencia Casación. Fecha: 10/07/1996. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Manizales. Recurrente: Castaño Valencia, Oscar. Parte Civil: Miranda Arroyo, Jaime Alberto. Delitos: Divulgación y empleo de Doc. reservados. Proceso: 9459. Publicada: Sí 54

PRUEBA/ FALSO JUICIO DE VALORACION/ NULIDAD. Si las pruebas no tuvieron existencia material en el proceso, porque no se decretaron ni practicaron, el fallador no podía incurrir en error de hecho por su falta de apreciación. Este error necesariamente implica que habiendo sido incorporada la prueba, el fallador la ignore definitivamente, o la soslaye limitándose, v. gr. a mencionarla específica o genéricamente pero sin dedicarle la atención que le impone el trabajo de apreciación del caudal probatorio con miras a la decisión que adoptará. Y al no apreciarla y decidir por ese motivo en forma equivocada -error de juicio del sentenciador-, la actuación procesal conserva su validez, sólo que demostrado el error y su trascendencia en el sentido y/o el alcance

Pág.

del fallo, puede llegar a invertir o menguar estos aspectos en sede casacional, en los casos en que el recurso extraordinario sea procedente y haya sido interpuesto y correctamente sustentado -causal 1a. de casación-.

Contrariamente, cuando la prueba, con eventual contundencia demostrativa de la irresponsabilidad o de la responsabilidad del procesado -caso este de sentencia absolutoria legítimamente impugnada-, no se practica porque el funcionario desatiende expresa o tácitamente la petición de su allegamiento o limita indebidamente su oficiosa actividad investigativa -error de procedimiento-, esto es, la prueba nunca llegó a formar parte de la investigación, la actuación pierde su validez en la medida en que esa omisión en la dinámica investigativa afecte los derechos fundamentales que la Carta Política garantiza a las partes en la actuación procesal. La sentencia y con ella el proceso parcialmente, deben entonces ser anulados a través del recurso legalmente interpuesto y jurídicamente sustentado -causal 3a. de casación-.

Fluye como consecuencia, la incompatibilidad de los motivos de casación que informan los numerales 1o. y 3o. del artículo 220 del C. de P.P. que por consiguiente, deben proponerse separadamente y en forma suplétoria, como lo ordena el mismo precepto en su parte final.

Proponerlos conjuntamente como acontece en el caso que se estudia, hace ineficaz la objeción, por carecer de claridad y precisión en su fundamentación. Magistrado Ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia. Sentencia Casación. Fecha: 10/07/1996. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Medellín. Recurrente: Escobar López, Eduardo Alonso. Delitos: Extorsión. Proceso: 9479. Publicada: Sí 69

NULIDAD/ ACUMULACION JURIDICA DE PENAS/ DEMANDA DE CASACION. Es verdad de a puño, y desde antiguo lo viene reiterando la jurisprudencia, que la proposición de nulidades no puede obedecer a la búsqueda sin razón de ritualismos excesivos desconocedores de la prevalencia del derecho sustancial que por mandato constitucional debe primar sobre lo meramente formal, siendo en sede de casación, por tratarse de yerros in procedendo, obligación del casacionista demostrar el desconocimiento de las bases fundamentales de la instrucción o el juzgamiento, o la vulneración de garantías fundamentales de los sujetos procesales.

Pág.

De otra parte, ha sido también criterio aceptado, y por disposición legal lo es así, que el fenómeno de la acumulación, implica aparte de la economía procesal que entraña al tramitarse por un mismo funcionario y bajo un mismo procedimiento, diversos procesos adelantados en contra de una misma persona (art. 91.1 C.P.P.), la posibilidad primaria de que el procesado se beneficie con la acumulación jurídica de penas.

También se ha insistido, en que el interés para recurrir en casación, dado que una de sus expresas y legales finalidades, es la de reparar los agravios inferidos a las partes en el fallo impugnado, necesariamente con el recurso debe pretenderse hacer más favorable la situación del procesado, bien pretendiendo su absolución, la aminoración de su responsabilidad o de la pena, o el restablecimiento de derechos y garantías constitucionales fundamentales vulneradas en las instancias. Magistrado Ponente: Dr. Carlos A. Gálvez Argote. Sentencia Casación. Fecha: 10/07/1996. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Recurrente: Leuro Lieb, Ingrid Mike. Delitos: Peculado por apropiación. Uso de documento público falso, Falsedad material de particular en doc. púb., Estafa, Falsedad en documento privado. Proceso: 10208. Publicada: Sí 77

DEMANDA DE CASACION/ IN DUBIO PRO REO/ VIOLACION DIRECTA DE LA LEY. Para que pueda invocarse en sede de casación la violación directa del art.445 del C. de P. P. (indubio proreo) es preciso que el juzgador no obstante haber aceptado la existencia de la duda, se abstenga de aplicar la norma citada y, por lo mismo, condene al acusado. Magistrado Ponente: Dr. Jorge E. Córdoba Poveda. Auto Casación. Fecha: 10/07/1996. Decisión: Rechaza in límine y declara desierto el recurso. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Procesado: Sandoval Escobar, Isaac Germán. Delitos: Homicidio. Proceso: 11586. Publicada: Sí 85

IMPEDIMENTO/ HABER DICTADO PROVIDENCIA/ TRANSITO DE LEGISLACION/ AUDIENCIA PUBLICA. El actual Código de Procedimiento Penal que derogó el anterior (Decreto 050 de 1987) y que comenzó a regir el 1 de julio de 1992, estableció en el artículo 13 transitorio que aquellos procesos en trámite en los cuales se hubiere dado inicio a la diligencia de audiencia pública, en el momento de la entrada en vigor de la nueva ley, se continuarían tramitando por el código anterior.

Pág.

Con base en la anterior preceptiva y teniendo en cuenta que en el presente proceso la diligencia de audiencia se inició el día 27 de noviembre de 1992, se ha de concluir que se debía seguir tramitando de conformidad con el código procesal actualmente vigente y que, por lo mismo, no le era aplicable el impedimento consagrado para las Salas Penales de los Tribunales en el artículo 535 del código anterior. Magistrado Ponente: Dr. Jorge E. Córdoba Poveda. Sentencia Casación. Fecha: 10/07/1996. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Procesado: Jaramillo Vera, Julio Ernesto. Delitos: Fraude procesal, Tentativa de estafa. Proceso: 9185. Publicada: Sí 89

IMPEDIMENTO/ RECUSACION. De antaño viene sosteniendo la jurisprudencia de esta Corte sobre las diferencias en la materia de impedimentos y recusaciones, en orden no sólo a la transparencia que debe gobernar la actuación de los sujetos procesales y de los funcionarios judiciales, sino para evitar aquella irregular costumbre en el litigio, de proponer la "invitación o solicitud al impedimento".

Como lo recordó el Ministerio Público, la Sala sostuvo en ocasión pasada que:

"...provocar, promover, suscitar la separación del funcionario de conocimiento del proceso, y esta figura, sea por vía de la invitación o de la solicitud, que para el caso es lo mismo, no existe en nuestro procedimiento penal y ni siquiera tiene cabida en el civil. Ya se ha asegurado por esta Corporación que la declaración de impedimento es determinación de la exclusiva incumbencia del funcionario, atributo suyo propio y único, pues sólo a él corresponde auscultar su particular situación y decidir, conforme a la misma, silenciar o manifestar la excusa." (M.P. Dr. Gustavo Gómez Velásquez, auto 16 de septiembre de1991.)

En auto de marzo 1° de 1984, con la misma tutoría del doctor Gómez Velásquez, se dijo:

«...La obligación del funcionario público, cuando advierte uno cualquiera de los motivos consagrados por la legislación como causales de separación, es perentoria: manifestar su impedimento sin reticencias ni pretextos. En este punto se le demanda rectitud y claridad buscando tan solo los altos fines a que responde el comentado instituto. Cualquiera de las partes debe, por iniciativa propia, en circunstancias tales, introducir la recusación pertinente, aportando la demostración de rigor. Iguales factores de lealtad y probidad deben existir. Pero la distorsión institucional

Pág.

se presenta cuando las partes se abstienen de formular y probar la recusación, para insinuar al funcionario la conveniencia o justicia de invocar su impedimento. Y aquél resuelve referirse a éste, tramitándose posteriormente el incidente por las normas propias de la recusación. Magistrado Ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla. Sentencia Segunda Instancia. Fecha: 10/07/1996. Decisión: Revoca íntegramente la sentencia condenatoria y absuelve. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Procesado: Reyes Neira, Stella María. Delitos: Prevaricato por omisión. Proceso: 10176. Publicada: Sí 101

PARTE CIVIL. De acuerdo con lo previsto por el artículo 43 del Código de Procedimiento Penal, la titularidad de la acción civil radica en cabeza de las personas naturales o jurídicas perjudicadas con el delito, o por los herederos o sucesores de aquéllas, o por el Ministerio Público o el actor popular cuando se afecten intereses colectivos. Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel. Unica Instancia. Fecha: 11/07/1996. Decisión: Admite la demanda de constitución de parte civil, rechaza la demanda en relación con otros, niega pruebas. Procedencia: Corte Suprema de Justicia. Procesado: Abadía Campo, Carlos Herney. Proceso: 10069. Publicada: Sí 111

MEDIDA DE SEGURIDAD/ LIBERTAD VIGILADA/ INIMPUTABILIDAD. El inimputable por trastorno mental permanente, se hará acreedor en el curso del proceso al beneficio de «libertad vigilada», cualquiera sea el término cumplido en internación preventiva, cuando el psiquiatra forense determine que su afección psíquica ha alcanzado cierto grado de evolución satisfactoria que le permita reintegrarse a la sociedad sin representar un peligro para sí mismo o para los demás. Esta concesión podrá ser revocada por el funcionario de conocimiento, de oficio o a solicitud de parte, cuando el procesado incumpla las obligaciones adquiridas o cuando el perito médico oficial aconseje la continuación de la medida de internación (art. 427 inciso final del C. de P. P.). Magistrado Ponente: Dr. Fernando Arboleda Ripoll. Casación -Libertad-. Fecha: 11/07/1996. Decisión: Concede libertad vigilada. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Bucaramanga. Recurrente: Celis Ramírez, Marina. Delitos: Homicidio. Proceso: 10612. Publicada: Sí 114

CAMBIO DE RADICACION. La regla general de competencia en razón al factor territorial, -emanada del principio universal del debido proceso, y particularmente del «juez natural»-, en virtud de la cual, el juez del lugar de la comisión del reato será el competente para conocer del mismo, encuentra excepción en la figura

Pág.

procesal del «cambio de radicación», regulada en los artículos 83 y ss. del actual Estatuto Procesal Penal.

Y como regla exceptiva a ese principio general de competencia, el cambio de radicación sólo debe operar ante la fehaciente demostración de factores objetivos «que puedan afectar el orden público, la imparcialidad o la independencia de la administración de justicia, las garantías procesales, la publicidad del juzgamiento, la seguridad del sindicado o su integridad personal» y no por el apresurado acatamiento de las personales apreciaciones de los sujetos procesales, plasmadas en enunciados escuetos y huérfanos de respaldo probatorio. Magistrado Ponente: Dr. Fernando Arboleda Ripoll. Cambio de Radicación. Fecha: 16/07/1996. Decisión: Niega el cambio de radicación. Procedencia: Juzgado Penal del Circuito. Ciudad: Aguachica (Cesar). Procesado: Suárez Saavedra, Carlos Humberto. Delitos: Homicidio. Proceso: 11358. Publicada: Sí 119

ACCION DISCIPLINARIA/ ENRIQUECIMIENTO ILICITO. El injusto disciplinario, y por ende la respuesta Estatal a su realización, tiene matices distintos que no permiten que absorba la responsabilidad penal, cuyo mayor contenido y alcance no puede verse menospreciado perdiendo eficacia frente a la de menor envergadura. Pero se reitera, la tesis consolidada en Colombia es la de permitir que coetáneamente, y cada uno con su propia autonomía, puedan tener vigencia los dos sistemas, es decir, el disciplinario y el penal.

No siempre que la justicia penal trata de develar un enriquecimiento ilícito de funcionario público, tiene por qué incorporar al objeto procesal ámbitos anteriores a los que propiamente se relacionan con el ejercicio de la actividad oficial sobre la que sospecha que ha servido para el acrecentamiento indebido del patrimonio por el que se indaga. Podrá ocurrir que el investigado no haya tenido vinculación alguna con el Estado, o que aun teniéndola nada anormal se detectó sobre ella. Pero lo que llamaría a perplejidad, y de hecho conduciría a absurdos, sería que el Estado dirigiera toda su capacidad pesquisidora a la vida útil económica de una persona, con el pretexto de averiguar un hipotético enriquecimiento ilegítimo durante el ejercicio de algún cargo o de las funciones inherentes al mismo.

En el delito de enriquecimiento ilícito del funcionario, la prueba del nexo causal entre el incremento patrimonial injustificado y el cargo o las funciones inherentes al mismo, no suele ser directa sino circunstancial. Salvo la confesión, cualquiera otra prue-

Pág.

ba directa conduciría a la muy probable tipificación de otra conducta ilícita, desplazando la tipicidad hacia la concusión, el cohecho u otra figura específica que, en principio, por su carácter de principal subsumiría a la subsidiaria. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Sentencia Unica Instancia. Fecha: 17/07/1996. Decisión: Condena, dispone captura. Procedencia: Corte Suprema de Justicia. Procesado: Medina Sánchez, José Guillermo. Delitos: Enriquecimiento ilícito. Proceso: 3698. Publicada: Sí 123

PECULADO CULPOSO. Otro aspecto de la culpa es la de su relación inmediata en el plano de la causalidad con el resultado de pérdida, extravío o daño del bien bajo custodia del empleado. No puede entonces tomarse cualquier antecedente fáctico como estructurante de la culpa del empleado oficial, sino solamente aquel que determina, según la experiencia, de manera inmediata y directa pérdida del bien. Magistrado Ponente: Dr. Carlos A. Gálvez Argote. Sentencia Segunda Instancia. Fecha: 18/07/1996. Decisión: Revoca y absuelve, levanta embargo. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Barranquilla. Procesado: Castellanos Niebles, Elba Beatriz. Delitos: Peculado culposo. Proceso: 10464. Publicada: Sí 164

CASACION DISCRECIONAL. Una vez más debe la Corte reiterar que al consagrarse en el inciso final del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, el instituto de la casación discrecional como un medio extraordinario y excepcional de impugnación de las sentencias, no se pretendió en modo alguno excluir este recurso de aquellos requisitos generales, básicos y especiales, que por razón de su particular naturaleza, ya la doctrina, la jurisprudencia y la ley habían decantado y precisado suficientemente, sino que se trató de ampliar la posibilidad de acceder a este mecanismo de impugnación, frente a fallos respecto de los cuales ordinariamente esto no era posible, pero sobre la base de que el pronunciamiento de la Corte resulte necesario para el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales.

Por tal motivo, aparte de estos dos básicos supuestos, la jurisprudencia ha precisado que la admisibilidad de la casación, en estos casos, está condicionada al lleno de algunos requisitos que justifiquen la viabilidad del extraordinario recurso por vía discrecional.

Así, se tiene que la impugnación debe estar dirigida contra una sentencia de segunda instancia, el recurso debe ser interpuesto

Pág.

dentro de los quince días siguientes a la última notificación del fallo por el Procurador, su delegado, el defensor o el procesado, precisando los motivos en que sustentan la viabilidad del recurso, esto es, las razones por las cuales el pronunciamiento de la Corte se impone con el objeto de dilucidar un tema concreto de la jurisprudencia, o en garantía de los derechos fundamentales. Magistrado Ponente: Dr. Carlos A. Gálvez Argote. Casación Discrecional. Fecha: 19/07/1996. Decisión: Declara inadmisible el recurso.. Procedencia: Juzgado 5° Penal del Circuito. Ciudad: Cartagena. Procesado: Martínez Rojano, Virgilio Antonio. Procesado: Tapia Jordán, Hernán. Delitos: Tentativa de hurto calificado y agravado. Proceso: 11685. Publicada: Sí 182

COLISION DE COMPETENCIA/ JUEZ REGIONAL. El artículo 71 del C. de P.P., modificado por el artículo 9 de la Ley 81 de 1993, al fijar la competencia en primera instancia de los Jueces Regionales, dispone en su numeral 4o. que conocerán de los delitos a que se refiere el Dto. 3664 de 1991, adoptado como legislación permanente por el artículo 1° del Dto 2266 de 1991, «con la excepción del simple porte de armas de fuego de defensa personal, de la intersección de correspondencia oficial y delitos contra el sufragio».

Es que, tratándose de delitos de peligro, como el que acá se investiga, es evidente que las municiones que portaba el procesado, esto es, los cuatro proyectiles del mismo calibre del arma incautada e iguales a los seis de la carga, lo eran para ser potencialmente utilizados con la misma, lo cual no puede conducir fatalmente a deducir un mayor peligro en abstracto, pues su potencial vulneración es consecuencia necesaria de la exteriorización de una conducta previamente individualizada, razón por la cual se impone que en primer lugar se establezca analítica y jurídicamente si el porte de municiones, en el caso concreto, integra la misma conducta del porte de armas, ya que de ser ello así, el desvalor del juicio de lesividad se agotaría en una sola acción, imposibilitándose deducir uno nuevo, que sólo sería admisible frente a otra autónoma conducta, así el argumento se llevare a otro elemento delictual como la culpabilidad, quedando su relevancia para efectos de la imposición de la pena al determinar «la gravedad y modalidades del hecho punible», de conformidad con lo dispuesto por el artículo 61 del Código Penal.

Corresponde, por ende, tener en cuenta el contenido fundamental de la acción, esto es, la voluntad del sujeto agente, en cuanto se refiere al porte del arma y de las municiones distintas a su carga normal, recurriendo para ello a todos los elementos probatorios que permitan determinar las circunstancias temporo-es-

Pág.

paciales, anteriores, concomitantes y posteriores al hecho, la cantidad, clase e identificación de las municiones y del arma, para así, colegir si concurren inequívocamente dos acciones óntica y jurídicamente separables o a contrario sensu, se elimina esa posibilidad por surgir en forma clara la integración del necesario y normal aprovisionamiento del arma, que no ha estado dirigido a un fin diverso que el de abastecerla.

Por ello, y no obstante que pareciera ser una verdad interpretativa actual en el ejercicio de la labor conceptual y práctica del derecho penal, casos como este, invitan a la Corte a insistir en recordar que la función tipificadora de conductas que debe realizar el administrador de justicia, en ninguna forma puede convertirse en un ejercicio mecánico, como tampoco lo es el acogimiento de la jurisprudencia sin su exacta comprensión conceptual y alejándose de los principios que rigen el saber punitivo, o lo que es más grave, dejando de lado la conducta objeto de cuestionamiento, que debe ser valorada en todo su contexto, pues al desconocer estos imprescindibles postulados fácilmente se puede caer en yerros como el que ha suscitado la colisión que ahora se decide. Magistrado Ponente: Dr. Carlos A. Gálvez Argote. Auto Colisión de Competencias. Fecha: 19/07/1996. Decisión: Asigna competencia al Juez Promiscuo del Circuito de Urrao. Procedencia: Juzgado Regional. Ciudad: Medellín. Procesado: Sepúlveda Henao, Oscar de Jesús. Delitos: Violación al Decreto 3664/86. Proceso: 11896. Publicada: Sí 186

ACCION DE REVISION. De tiempo atrás viene discutiendo la doctrina si la revisión es un recurso extraordinario o una acción. Los Códigos de Procedimiento Penal Colombiano la nominaron como recurso extraordinario durante la vigencia de la Ley 94 de 1938, del Decreto 409 de 1971 y el Decreto 050 de 1987; a partir del Código actual, Decreto 2700 de 1991 se le ha dado el tratamiento de acción. Así mismo, jurisprudencialmente, ya la Corte había señalado en 1980 (auto de noviembre 13) cómo sustancialmente era una acción, esto es, no un incidente que surgía en el "proceso para el proceso mismo" "sino un derecho que surge antes o después del proceso para cambiar o modificar un status que en la revisión es el que establece la sentencia (condenatoria)". De allí se derivaban consecuencias en los planos teórico y pragmático que para el evento específico que decide la Sala no es del caso traer a colación, máxime cuando la normatividad de derecho positivo vigente ha introducido en su regulación disposiciones que a veces tienden a confirmar su naturaleza de acción y, en otras, a desnaturalizarla.

Pág.

Ahora bien, el artículo 238 del C. de P. P., impone al demandante la perentoria obligación de alegar dentro del término de traslado previo al proferimiento del fallo revisorio.

Tal obligación se desprende de la naturaleza dispositiva que caracteriza la acción de revisión y constituye una verdadera carga procesal para el demandante, cuyo incumplimiento debe conducir fatalmente a la producción de consecuencias desventajosas frente a sus pretensiones. 5588. Publicada: Sí 192

CASACION DISCRECIONAL/ PARTE CIVIL. El artículo 218 del C. de P.P. en su tercer inciso, no incluye a la parte civil entre los sujetos con personería para impugnar extraordinariamente los fallos de segunda instancia en los casos en que la pena privativa de la libertad del delito juzgado es inferior el tope previsto en ese dispositivo legal, es decir a los seis años.

La norma sólo concede esa facultad al Procurador, a su Delegado y a la defensa, de donde se colige que defiere al Ministerio Público el ejercicio de la facultad impugnatoria extraordinaria cuando la objeción deviene del acusador privado, sin que sea dado a la Corte, según se ha precisado en casos de la misma naturaleza, ignorar el mandato o soslayarlo so pretexto de contar con discrecionalidad para aceptar el recurso, pues aún esta se halla supeditada a la individualización contenida en ese texto legal. Magistrado Ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia. Casación Discrecional. Fecha: 24/07/1996. Decisión: No concede el recurso de casación. Procedencia: Juzgado Segundo penal del Circuito. Ciudad: Girardot. Procesado: Chávez Guerra, Tito Carlos. Delitos: Lesiones personales culposas. Proceso: 11897. Publicada: Sí 198

PORTE ILEGAL DE ARMAS DE DEFENSA PERSONAL/ COLISION DE COMPETENCIA. Solamente el porte sin el debido permiso de autoridad competente de un arma que reúna las anteriores características y por lo mismo, denominada de defensa personal, es lo que constituye la excepción prevista en el numeral 4° del artículo 9° de la Ley 81 de 1993, que determina la competencia de los Jueces Regionales para el conocimiento de los delitos a que se refiere el Decreto 2266 de 1991.

La munición que le sea hallada al portador del arma que no exceda a la que el proveedor o tambor pueda recibir según diseño de fábrica, se integra al concepto de «arma de fuego» por constituir su carga natural. Magistrado Ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia.

Pág.

Auto Colisión de Competencias. Fecha: 24/07/1996. Decisión: Dirime el conflicto atribuyéndolo al Juzgado Penal del Circuito de Urrao. Procedencia: Juzgado Regional. Ciudad: Medellín. Procesado: Jiménez Hernández, Oscar Darío. Delitos: Porte de armas de defensa personal, Porte de municiones. Proceso: 11951. Publicada: Sí 201

ACUMULACION JURIDICA DE CAUSAS / AUTO DE DETENCION / RESOLUCION DE ACUSACION. El artículo 91 del Código de Procedimiento Penal es muy claro al señalar que la acumulación solo procede a partir de la ejecutoria de la resolución de acusación, cuando contra una misma persona se estuvieren siguiendo dos o más procesos, y cuando estén cursando dos o más procesos por delitos conexos que no se hubieren investigado conjuntamente. Es obvio entender que dichas actuaciones deben ser por hechos diferentes, pues de lo contrario no habría nada que acumular, y lo que se tendría que hacer era unificar las diligencias tomando las medidas pertinentes.

2. No hay ninguna disposición procesal que impida que al momento de calificar el sumario se dé a los hechos una denominación jurídica distinta a la del auto de detención, ni que la valoración probatoria sea diferente, pues por su propia naturaleza la definición de la situación jurídica es provisional, y por lo mismo de ejecutoria formal, susceptible de revocatoria. Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel. Unica Instancia. Fecha: 25/07/1996. Decisión: No accede a las peticiones de nulidad, de oficio se modifica el numeral 2° del auto que definió la situación jurídica. Procedencia: Corte Suprema de Justicia. Procesado: Gutiérrez Puentes, Leovigildo. Delitos: Peculado, enriquecimiento ilícito. Proceso: 7830. Publicada: Sí 207

TRAFICO DE INFLUENCIAS PARA OBTENER FAVOR DE EMPLEADO OFICIAL. El que invocando influencias reales o simuladas, reciba, haga dar o prometer para sí o para un tercero, dinero o dádiva, con el fin de obtener favor de un empleado que esté conociendo o haya de conocer de un asunto, o de algún testigo, incurrirá en...".

Es fácil apreciar que en esta figura delictiva existe una pluralidad de sujetos, así: el instigador o patrocinador que es quien se atribuye influencias reales o simuladas ante el empleado oficial o el testigo, según el caso, y el instigado o patrocinado, quien, ante la instigación, la acepta y por ende, otorga o promete dar para el primero o para un tercero, dinero o dádiva. Magistrado

Pág.

Ponente: Dr. Carlos A. Gálvez Argote. Unica Instancia. Fecha: 25/07/1996. Decisión: Declara que no hay lugar a la apertura de sumario. Procedencia: Corte Suprema de Justicia. Procesado: Mora Acosta, Julio Mesías. Denunciante: Muriel Silva, Miguel Angel. Delitos: Tráfico de influencias. Proceso: 11571. Publicada: Sí 226

PENA/ SECUESTRO/ CIRCUNSTANCIAS ESPECIFICAS DE AGRAVACION PUNITIVA. Basta leer la enunciación de aquel cuerpo normativo (Ley 40 de 1993) para entender que la materia de la cual se ocupa no se refiere con exclusividad al tema del secuestro sino a «dictar otras disposiciones», que como ocurre con las de los artículos 29 y 30 sobre los cuales se discute, siguen dentro del mismo ámbito de la legislación penal y del ajuste de sanciones. Por eso de la advertencia preliminar se pasa consecutivamente en el epígrafe del Capítulo VI al tema del «aumento de penas», para armonizar la drástica que le innova al delito de secuestro con el esquema básico del Código Penal, en el cual modifica coherentemente sus artículos 28 y 44 para elevar del tope de la prisión a un máximo de 60 años, y referirse luego al «... artículo 323 del Decreto-Ley 100 de 1980, Código Penal...» para modificarlo expresamente («quedará así», se lee en el texto) con lo que introduce una reforma sustancial de ese precepto en cuanto a la sanción, y enseguida en los artículos 324 y 355, textos cuya claridad no autoriza al intérprete para que intente ni su extensión ni su limitación bajo el pretexto de hallarles su sentido. Magistrado Ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda. Sentencia Casación. Fecha: 25/07/1996. Decisión: Desestima la demanda y casa oficiosamente declarando nulidad a partir del auto proferido por el Tribunal Nacional. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cali. Recurrente: Valdés Vargas, Franklin. Delitos: Hurto calificado y agravado, Porte ilegal de armas, Homicidio agravado. Proceso: 10673. Publicada: Sí 234

IMPEDIMENTO/ AMISTAD INTIMA. El simple hecho de haber compartido las aulas universitarias no es por sí solo motivo de impedimento, como tampoco lo es la relación de amistad común y corriente que se origina por las labores cotidianas, o por razón de vecindad, o la que surge cuando se frecuenta un determinado sitio, o por la coincidencia en actividades sociales etc., sino aquella que «desborda los límites de lo corriente, trasciende el plano de la simple estimación y se sitúa en los terrenos del espíritu, donde surge la comunidad de sentimientos y de ideas. No es, pues, cualquier afecto, es algo más profundo, algo que se

Pág.

confunde con la vida misma.» (Auto junio 22 de 1982, M.P. Fabio Calderón Botero). Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel. Auto Impedimento. Fecha: 25/07/1996. Decisión: Declara infundado el impedimento manifestado por un Magistrado de Tribunal. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Departamento: Cundinamarca. Procesado: Panduro Rodríguez, Francisco. Delitos: Peculado por apropiación, Falsedad ideológica en documento público. Proceso: 11820. Publicada: Sí 246

DEMANDA DE CASACION/ HOMICIDIO/ LEGALIDAD DE LA PENA. «El recurrente que se acoge a la causal segunda de casación aduciendo absoluta falta de armonía o consonancia entre la resolución de acusación y la sentencia, debe comprobar que ésta resolvió o definió una situación jurídica distinta a la plasmada en la providencia enjuiciatoria como cuando en el pliego de cargos se imputa falsedad y en la sentencia se absuelve o se condena por estafa» (Casación, 4 de noviembre de 1993, M.P. doctor Jorge Carreño Luengas).

El desacuerdo entre estos pilares del juzgamiento no se pregona, para efectos de la causal segunda de casación, de la sanción que le corresponda, la cual depende exclusivamente de la ley aplicable y el juzgador no puede variarla pues, de hacerlo, estaría quebrantando el principio de legalidad de la pena, que prohíbe imponer sanción que no se encuentre establecida en norma vigente (arts. 29 Const. y 1° C.P.).

Es lo cierto que la pena señalada para el homicidio simple es la de 25 a 40 años de prisión, de acuerdo con el artículo 29 de la ley 40 de 1993, norma legal preexistente al hecho punible, puesto que entró en vigencia «a partir de su promulgación», ocurrida en el Diario Oficial No. 40.726, correspondiente al 20 de enero de 1993.

La referencia en el pliego de cargos a los extremos punitivos de una norma previamente modificada (artículo 323 del Decreto 100 de 1980), constituye error en que no ha debido incurrir el Fiscal al efectuar la calificación, pero su lamentable falta de actualización ninguna fuerza vinculante puede tener para el sentenciador, que sólo ha de acatar lo expresamente dispuesto por la ley preexistente al acto que se imputa.

De otra parte, lo que la resolución de acusación debe contener, en lo pertinente (art. 442-3), es la calificación jurídica, «con señalamiento del capítulo dentro del título correspondiente del Código Penal», normatividad en la cual se hallarán los topes de la punibilidad para cada caso. Magistrado Ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla. Sentencia Casación. Fecha: 25/07/1996. Deci-

Pág.

sión: Desestima la demanda, casa parcial, de oficio en cuanto a la pena accesoria. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Ibagué. Procesado: Moreno Waltero, Alcibiades. Delitos: Homicidio. Proceso: 9577. Publicada: Si 249

NULIDAD/ DERECHO DE DEFENSA/ UNIDAD PROCESAL/ DEMANDA DE CASACION/ INDICIO. 1. Ni en la anterior legislación (Decreto 050/87, art. 14), ni en la presente (Decreto 2700/91), comporta nulidad el hecho de que a pesar de existir un copartícipe en el delito, éste no haya sido vinculado dentro de un mismo proceso, por cuanto en un tal evento, bastaría que se expidieran las correspondientes copias para su investigación por separado, al no resultar afectado por este aspecto el derecho de defensa ni las garantías constitucionales, toda vez que, como es sabido, la responsabilidad penal es individual.

2.Si lo que pretendía la demandante era afirmar la errónea calificación no respecto de la acusación, sino de la sentencia, es igualmente claro, que el desenfoque conceptual en que incurre es de mayor dimensión, por cuanto como es sabido, este yerro sólo emana de la decisión calificatoria y no del fallo, y no respecto al grado de atribución de autoría, sino en cuanto al tipo objetivo de la estructura delictual.

3.Cuando se trata de atacar la prueba indiciaria en que se ha basado una sentencia, no es dable separar cada hecho indicador y cada inferencia, para obtener de cada uno una parcial conclusión, ya que ello conduciría a un claro desconocimiento de la naturaleza misma de esta clase de prueba indirecta, que precisamente se caracteriza porque es su conjunto el que conduce a una determinada conclusión. Magistrado Ponente: Dr. Carlos A. Gálvez Argote. Sentencia Casación. Fecha: 25/07/1996. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Procesado: Peña de Pasiminio, Aura Lucía. Procesado: Narváez Avila, Francisco. Delitos: Falsedad, Estafa. Proceso: 9350. Publicada: Sí..... 258

PORTE ILEGAL DE ARMAS/ COLISION DE COMPETENCIA. No es la situación normal de quien lleva el arma con la munición del tambor y algunos tiros más, sino de quienes son portadores de una cantidad considerable de munición que hace que su conducta resulte de mayor peligro para la sociedad, y por ende constitutiva de un verdadero concurso y merecedora de un tratamiento procesal especial. Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel. Auto Colisión de Competencias. Fecha: 25/07/1996.

Pág.

Decisión: Declara competencia al Juzgado Regional de Medellín. Procedencia: Juzgado Penal del Circuito. Ciudad: Urrao. Procesado: Jiménez González, Rubén Darío. Procesado: Garro Trujillo, Jorge de Jesús. Delitos: Porte ilegal de armas. Proceso: 11843. Publicada: Sí 279

COMPETENCIA TERRITORIAL/ COLISION DE COMPETENCIA. La norma citada (art. 80 C. de P.P.) establece varias hipótesis tendientes a concretar la competencia territorial. En una de ellas se consagra que el funcionario competente a prevención para conocer del proceso es aquel que hubiere proferido resolución de apertura de instrucción, postulado éste que se aplica incluso para los casos en que se presenten delitos conexos. Magistrado Ponente: Dr. Jorge E. Córdoba Poveda. Auto Colisión de Competencias. Fecha: 26/07/1996. Decisión: Declara competencia al Juzgado Promiscuo Municipal de Santa Lucía (Atlántico). Procedencia: Juzgado Promiscuo Municipal. Ciudad: Calamar (Bolívar). Procesado: Díaz Olivo, Jorge Luis. Procesado: Martínez Fonseca, Willintong. Delitos: Hurto. Proceso: 11863. Publicada:Sí 283

TUTELA/ ACCION DE REVISION. En los asuntos de tutela, el inciso segundo del artículo 86 de la Carta Política consagró no una acción, sino la eventual revisión de los fallos de tutela, es decir, de las sentencias, cuya competencia la atribuyó exclusivamente a la Corte Constitucional. Así mismo, el artículo 33 del Decreto 2591 de 1991, establece que de todos los asuntos que sean remitidos a la citada Colegiatura, la Sala de selección integrada por dos (2) Magistrados, sin motivación expresa y según su criterio, determinarán cuáles fallos habrán de ser revisados, empero, de los no seleccionados, cualquiera de los Magistrados de la Corporación o el Defensor del Pueblo, podrán solicitar su revisión, cuando éstos consideren que pueda aclarar el alcance de un derecho o evitar un perjuicio grave.

Es claro que si la Carta Política y el Decreto Reglamentario de la acción de tutela 2591 de 1991 no consagraron la «acción de revisión» prevista en el artículo 232 del Código de Procedimiento Penal, contra las decisiones que el Juez adopte no procederán recursos distintos de los expresamente previstos en las preceptivas especiales que rigen el instituto, siendo preciso destacar que con relación al estatuto procesal penal, solamente se hace remisión a su artículo 103, es decir, a los motivos de impedimento (artículo 39 del Decreto 2591/91), descartando la posibilidad de la recusación. Magistrado Ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia. Acción de Revisión. Fecha: 30/07/1996. Decisión: Reconoce

Pág.

apoderado y rechaza la demanda. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Quibdó. Procesado: Gaitán Orjuela, Efraín. Proceso: 12008. Publicada: Sí 286

PERJUICIOS/ DEMANDA DE CASACION. Si el censor pretende formular cargos contra la sentencia respecto del tema penal, y también en materia exclusivamente de indemnización de perjuicios puede hacerlo en la misma demanda en capítulos separados, pero respecto de cada uno de los tópicos que pretende cuestionar se deben reunir sus respectivos requisitos, es decir, para lo primero la pena máxima prevista, y para lo segundo la cuantía que en ese momento se exija en casación civil. Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel. Sentencia Casación. Fecha: 30/07/1996. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Recurrente: Rodríguez Puentes, Heliodoro. Delitos: Homicidio. Proceso: 8905. Publicada: Sí 291

APELACION/ RECURSOS/ CASACION. La apelación supone un primer pronunciamiento, legalmente susceptible de revisión por parte del respectivo superior jerárquico de quien lo profirió (art. 202 C. de P.P.), y ello conduce a descartar su operancia para las providencias de única instancia, cual es el caso del juzgamiento de los miembros del Congreso, donde no es una interpretación de la Corte la que arbitrariamente suprime el recurso de alzada sino la estructura que le confiere la Carta Constitucional a esta clase de procesos al colocarlos de manera privativa en manos del organismo que es cúspide de la jurisdicción ordinaria (cfr. artículos 186, 230 y 235 superiores) lo que incontrovertiblemente implica que no habrá lugar para que otro ente u otra sede puedan entrar a revisar lo que en esta Colegiatura se decida, pues no los hay jerárquicamente a ella superiores.

Tampoco la casación procede contra sentencias de única instancia, no solamente por los motivos que con amplitud se dieron dentro del auto ahora recurrido, sino porque como es del caso reiterarlo, adicionando aún razones, ella supone el ejercicio previo del recurso de alzada, en cuanto que exclusivamente procede contra sentencias de segundo grado. Magistrado Ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda. Unica Instancia. Fecha: 31/07/1996. Decisión: No repone y rechaza la apelación subsidiaria. Procedencia: Corte Suprema de Justicia. Procesado: Serrano Prada, Rafael. Delitos: Homicidio. Proceso: 10189. Publicada: Sí 305

Pág.

PENA-Dosificación/LEGALIDAD DE LA PENA/TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO. En la eventualidad de que el procesado fuera acreedor a las rebajas acordadas, sobre el monto de la pena que le corresponda deberá hacerse, en primer lugar, la disminución correspondiente a la ira; sobre el residuo, la de la confesión; y sobre el remanente, la de la sentencia anticipada.

El criterio utilizado en la sentencia puede llevar no sólo a imponer penas insignificantes sino, incluso, a dejar impune el delito y a que el Estado aparezca deudor del condenado, ya que, por ejemplo, si al total de la sanción imponible se le quitan las 2/3 partes por haberse actuado en estado de ira (si se estima que el procesado merece la máxima reducción del artículo 60 del C. P.), más 1/3 parte por confesión (art. 299 del Decreto 2700 de 1991) se habrá copado el quantum íntegro de la pena y sin que siquiera, por sustracción de materia, exista la posibilidad de descontar el tercio a que, teóricamente, tendría derecho, por haberse acogido a la sentencia anticipada.

En pasada oportunidad, y refiriéndose a la dosificación, la Sala Penal manifestó: «hoy cobra especial interés con la figura de la terminación anticipada de los procesos que presupone la negociación de la pena. Es aquí donde mayormente se requiere de claridad y precisión para que el monto de pena señalado corresponda equitativamente a la gravedad del hecho atribuido, pues con criterios tan benignos como los que suelen usarse y con la serie de rebajas automáticas que prevé el legislador, termina el Estado dejando impune la conducta gravemente reprochada social y legalmente». (Casación No. 8485. Agosto 24/94. M.P. Dr. Dídimo Páez Velandia).

Por otra parte, la Comisión de Evaluación de la Política de Sometimiento a la Justicia, organismo consultivo del Ejecutivo, adscrito al Ministerio de Justicia y del Derecho, de la cual hicieron parte, entre otros funcionarios, el Presidente de la Corte Suprema de Justicia y el Fiscal General de la Nación, expresó: «en los casos en que proceda la acumulación de beneficios y salvo específicas exigencias normativas, cada rebaja se debe hacer en la sentencia en forma independiente tomando como base la pena que quede después de efectuado cada descuento: o sea, revaluar la práctica de sumar los diferentes descuentos y luego sí aplicarlos al total de la pena». Magistrado Ponente: Dr. Jorge E. Córdoba Poveda. Sentencia Casación. Fecha: 31/07/1996. Decisión: Desestima la demanda, casa oficiosamente y decreta nulidad a partir de la audiencia especial, compulsa copias. Procedencia:

Pág.

Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Buga. Recurrente: Avila Jiménez. Jesús Antonio. Delitos: Homicidio agravado. Proceso: 9124. Publicada: Sí Aclaración de voto: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar 314

AUDIENCIA ESPECIAL. (Aclaración de Voto). El artículo 37 del C. Penal implicaba mucho más que un auto de cargos o resolución acusatoria, en el sentido de que la imputación que dentro de la audiencia allí regulada debía hacer el Fiscal, necesariamente tenía que generar un acuerdo con el procesado "acerca de las circunstancias del hecho punible y la pena imponible". A su turno el Juez, si "considera que la calificación jurídica del delito y la pena imponible, de conformidad a lo acordado por las partes, son correctas y obra prueba suficiente, dispondrá en la sentencia la aplicación de la pena indicada y la indemnización de perjuicios". Pero si el Juez consideraba ilegal el acuerdo por razón de la calificación dada al hecho, de sus circunstancias o de la pena imponible, o porque no estaba respaldado en prueba suficiente, debía proferir auto interlocutorio que improbaba dicho acuerdo, recurrible por el sindicado, el fiscal o el ministerio público, cuya ejecutoria, de darse, implicaba la preclusión de toda oportunidad de nuevo acuerdo, así como la imposibilidad para Juez y Fiscal de volver a conocer del asunto.

De esa manera, entonces, la ley procesal vinculaba rígidamente los acuerdos, (en tanto juicios de adecuación de los hechos a los preceptos de derecho sustancial), con la actividad procesal y con el contenido material de la sentencia. La ley procesal extremaba, mucho más que ahora lo hace respecto de la resolución acusatoria, el principio de congruencia, de manera tal que el remedio del error *in iudicando* no podría operar a través de la modificación del fallo sino únicamente a través del regreso a la etapa procesal donde se originó el vicio. Para regresar allí no se podía sino acudir a la anulación del trámite posterior al acuerdo, pues fue a partir de la omisión de control en que incurrió el juzgador, cuando se contaminó el procedimiento.

De manera que, como lo afirma el fallo de la Corte, acá no se está estrictamente ante una violación directa de la ley sustancial. Es que ella, como causal de Casación, supone que dicha infracción se produzca en la sentencia, y es por eso que la Corte la remedia dictando fallo de reemplazo que aplica correctamente el precepto sustancial correspondiente. Ahora bien, aunque el esquema de esta clase de procesos varía frente al del proceso ordinario, yo en lo personal estaba más del lado de que la nulidad no cobijara

Pág.

el acto de audiencia, pues no es en él donde falla el control de legalidad, ya que los cargos que allí formula el Fiscal no son resolución de acusación, ni se constituyen en ley del proceso. Esos cargos equivalen, prestan la función de la acusación; pero como el acuerdo podía ser improbado, no necesariamente se tenía que dictar sentencia en consonancia con ellos. Podría parecer sutil la variación del esquema, pero al fin y al cabo la implica, hasta el punto de que anulando el acto de audiencia, podía celebrarse otro, interiurse de nuevo, conseguir un nuevo acuerdo. En cambio, por la vía de la improbación, precluía toda nueva probabilidad de acuerdo. A la postre, dejar abierto ese camino me condujo a votar y suscribir la decisión tal cual quedó porque redunda en mayor garantía para el acusado. Aclaración de voto: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar -. Fecha: 31/07/1996. Proceso: 9124. Publicada: Sí. Magistrado Ponente: Dr. Jorge E. Córdoba Poveda. 325

DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO ECONOMICO/PERJUICIOS MORALES. Es oportuno aclarar que la Sala no comparte la tesis de que «en los delitos contra el patrimonio económico no se dan los perjuicios morales, hecha excepción de cuando en ellos se utiliza la violencia física o moral», puesto que el delito también puede generar dolor síquico, que se manifiesta a través de la angustia y depresión que le genera el hecho a la víctima, el cual es indemnizable, así por las dificultades para su cuantificación sea necesario acudir a los parámetros que fija el artículo 106 del Código Penal. Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel. Sentencia Casación. Fecha: 31/07/1996. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Recurrente: Roncancio Castellanos, Sixto,. Recurrente: Garzón de Roncancio, Gladys. Delitos: Falsedad material de particular en doc. púb. Proceso: 8952. Publicada: Sí 329

PARENTESCO/ CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACION PUNITIVA. Se incurre en contradicción cuando se admite que el sistema penal colombiano está adscrito al jurídico formal, en el que se considera, según lo argumenta el libelista, «que el delito de homicidio se agrava y por tanto la pena se aumenta si entre victimario y víctima existe un vínculo legal válido de matrimonio con independencia total de lo que ocurra en la realidad. Por lo mismo, es irrelevante que entre los cónyuges exista separación de hecho o que se hubiesen deteriorado gravemente las condiciones de convivencia...», para luego aseverar que ese vínculo desapareció al separarse los esposos.

Pág.

Tal punto de vista sería válido si se partiera de la tesis sociológica o fáctica, según la cual la agravante se fundamenta en la convivencia marital y en la confianza que cada uno tiene del comportamiento del otro, pero no en un sistema jurídico como el nuestro, en el que la calidad de cónyuge no se pierde por suspender o terminar la cohabitación. Tan cierto es ello, que los derechos, deberes y obligaciones no se alteran por esa circunstancia. Sólo ante la disolución del matrimonio, por nulidad o divorcio, podría alegarse que la condición de cónyuge ha desaparecido. Magistrado Ponente: Dr. Jorge E. Córdoba Poveda. Sentencia Casación. Fecha: 31/07/1996. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Recurrente: Betancourt, Carlos Alberto. Delitos: Tentativa de homicidio agravado. Proceso: 9225. Publicada: Sí. 346

COLISION DE COMPETENCIA/ ACCION DE REVISION/ TRIBUNAL NACIONAL. Si bien es cierto no fue afortunada la regulación que de la competencia del Tribunal Nacional hizo el legislador al expedir el actual Código de Procedimiento Penal, como quiera que no incluyó en el artículo 69 la atribución de tramitar la acción de revisión, no puede perderse de vista que en el inciso final del artículo 235 sí otorgó expresamente esa competencia para que «de la acción de revisión conozcan el Tribunal Nacional o los tribunales superiores», según el ámbito de sus respectivas atribuciones funcionales. Y no puede pretenderse ignorar o inaplicar este precepto normativo, por la infortunada circunstancia de haber sido incluido en el inciso final de una norma cuyo epígrafe se refiere al «trámite» de la acción de revisión y no a la «competencia» para conocer de la misma. Un facilismo interpretativo de esta índole, no sólo cercena la racionalidad de la labor hermenéutica, sino además, hace nugatoria la finalidad rectora de la actuación procesal, cual es, según las voces de los artículos 228 de la Carta, 1° de la Ley 270 de 1996 y 9° del Código de Procedimiento Penal, la prevalencia del derecho sustancial.

Por ello, no resulta válido sostener que al radicarse la competencia en aquella Corporación, se están interpretando con criterio analógico, o extensivo, las normas reguladoras de la competencia, pues en punto a la cuestión que se discute, no existe vacío normativo, sino una antitécnica previsión legislativa, la cual no puede erigirse en pretexto para radicar el conocimiento de esta singular acción en funcionarios de otra especialidad, quienes, en últimas, resultarían invalidando y dictando el fallo que corresponda (art. 240 1 del C. de P. P.) en aquellos procesos de los cuales, primigeniamente y por disposición legal, no podían conocer.

Pág.

Y para ahondar en razones, téngase en cuenta que la Justicia Regional, desde sus orígenes en los Decretos 2790 de 1990 y 099 de 1991, inicialmente denominada «de orden público», nació con un criterio de especialidad, como respuesta político criminal del Estado a una particular especie de criminalidad no convencional. Y si bien es cierto inicialmente la competencia para conocer de la acción de revisión estuvo radicada exclusivamente en la Corte Suprema de Justicia, el criterio adoptado por el legislador en el último estatuto procesal, ha sido el de desconcentrar su ejercicio, atribuyendo competencia a los Tribunales para revisar a través de esta acción, la justicia del fallo proferido por los jueces que le estén jerárquica y funcionalmente subordinados.

Por manera que, no puede aceptarse la incompetencia del Tribunal Nacional para conocer de la acción de revisión promovida contra las sentencias proferidas por los Jueces Regionales, porque con este exegético criterio no sólo se vulnera el universal principio del «juez natural» que rige la asignación de competencia para conocer de determinados asuntos, sino además se resquebraja la estructura jerárquica y funcional propia de cada jurisdicción. Magistrado Ponente: Dr. Fernando E. Arboleda Ripoll. Auto Colisión de Competencias. Fecha: 31/07/1996. Decisión: Declara competencia al Tribunal Nacional. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Procesado: Gil Sierra, Mariano. Delitos: Violación a la Ley 30/86. Proceso: 11569. Publicada: Si 355

IN DUBIO PRO REO/ DEMANDA DE CASACION. En tratándose del in dubio pro reo existen dos alternativas para su reclamación: la primera de ellas, cuando el sentenciador admite su existencia pero en la parte resolutiva de la decisión no la reconoce, caso en el cual el ataque debe formularse bajo los postulados de la violación directa. La segunda, cuando el fallo no la reconoce, pero el recurrente demuestra a la Corte su existencia, por haberse incurrido en el mismo en error de hecho o de derecho, caso en el cual la censura debe dirigirla bajo los lineamientos de la violación indirecta. Magistrado Ponente: Dr. Jorge E. Córdoba Poveda. Auto Casación. Fecha: 06/08/1996. Decisión: Rechaza in límine la demanda y declara desierto el recurso. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Bucaramanga. Procesado: Castro Martínez, Martín Alfredo. Delitos: Homicidio. Proceso: 11687. Publicada: Sí 361

SANA CRITICA/ CONTRAVENCION/ COMPETENCIA. 1.La libertad de prueba en materia penal permite al juez dar por establecidos los hechos y circunstancias del delito así como la responsabili-

Pág.

dad del imputado y la naturaleza y cuantía de los perjuicios, por cualquiera de los medios de prueba legalmente reconocidos, naturalmente, bajo la premisa de la observancia del principio de la sana crítica y el examen conjunto de las pruebas.

No es entonces indispensable, por no ser la única prueba idónea para ello, como erradamente lo supone el casacionista, para establecer el vínculo matrimonial el allegamiento del registro civil que sí, contrariamente lo es, para los efectos civiles del mismo, que es lo que regula la normatividad sustantiva extrapenal que se propala violada. Esto implica la ineficacia del cargo.

2. Si bien es cierto que la Ley 228 de 1995 asignó la competencia para conocer de contravenciones sancionadas con pena de arresto a los Juzgados Penales y Promiscuos Municipales, también lo es que se refiere exclusivamente a las que se cometan «a partir de su vigencia» (art. 16), con lo cual debe entenderse sin mayor esfuerzo interpretativo que las cometidas con anterioridad a esa fecha, cuyo conocimiento lo han tenido los Inspectores de policía, dichos funcionarios deben continuar con tal competencia, con fundamento en el artículo 28 transitorio de la Carta Política, pues no han sido asignadas por ninguna ley a autoridad judicial alguna, que es la condición allí establecida. Magistrado Ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia. Sentencia Casación. Fecha: 06/08/1996. Decisión: Desestima la demanda, casa oficiosa y parcialmente.. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cartagena. Procesado: Urueta Torres, Manuel Antonio. Delitos: Lesiones personales. Homicidio agravado. Proceso: 9313. Publicada: Sí Salvamento Parcial de Voto:Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Dr. Nilson Pinilla Pinilla 365

CONTRAVENCION/ UNIDAD PROCESAL./ CONEXIDAD/ PRIVACION DE LA LIBERTAD. (Salvamento Parcial de Voto). En igual sentido Aclaraciones de junio 14 de 1995, Cas. 8423, M.P. Dr. Ricardo Calvete Rangel; enero 24 de 1996 Cas. 9400, M.P. Dr. Fernando Arboleda Ripoll y agosto 28 de 1996, Cas. 9565, M.P. Dr. Dídimo Páez Velandia. Salvamento Parcial de Voto: Dr. Nilson Pinilla Pinilla. Fecha: 06/08/1996. Proceso: 9313. Publicada: Si Magistrado Ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia. 372

CONTRAVENCION / UNIDAD PROCESAL/ CONEXIDAD/ PRIVACION DE LA LIBERTAD (Salvamento Parcial de Voto). En igual sentido Salvamentos parciales de voto de junio 14 de 1995, Cas. 8423, M.P. Dr. Ricardo Calvete Rangel y octubre 23 de 1995, Cas. 9132, M.P. Dr. Carlos A. Gálvez Argote. Salvamento Parcial

Pág.

de Voto: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar . Fecha: 06/08/1996. Proceso: 9313. Publicada: Sí. Magistrado Ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia. 373

RESPONSABILIDAD OBJETIVA. Para que se pueda imputar un hecho a título de responsabilidad objetiva es necesario que el sujeto haya sido el autor del mismo, de manera que si lo que se cuestiona es la autoría material, carece de sentido referirse simultáneamente a la culpabilidad porque son dos temas excluyentes. Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel. Auto Casación. Fecha: 06/08/1996. Decisión: Rechaza la demanda y declara desierto el recurso. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Ibagué. Procesado: Galvis, Ovidio. Delitos: Homicidio. Proceso: 11710. Publicada: Sí 375

PERJUICIOS/ DEMANDA DE CASACION. El mencionado artículo 221 del Código de Procedimiento Penal dispone que cuando el recurso de casación vaya dirigido por único objetivo, a lo relacionado con el resarcimiento de perjuicios decretado en la sentencia de condena, «deberá tener como fundamento las causales y la cuantía para recurrir establecidas en las normas que regulan la casación civil».

La claridad de este precepto permite concluir que cuando el debate se circunscribe exclusivamente al ámbito de la indemnización de perjuicios decretada en la sentencia condenatoria, la parte legitimada para controvertirla a través de este extraordinario medio de impugnación, forzosamente debe acogerse a las causales y preceptos que gobiernan la casación civil, por tratarse de una acción en torno a cuestiones de índole económica, susceptibles de ser examinadas y apreciadas bajo dicha óptica.

Este requisito de la demanda enmarca su sentido y el alcance de la impugnación, que al ser su omisión advertida con la presentación de la misma, constituye falencia irreparable que hace inepta la pretensión de ajuste indemnizatorio de la parte civil, no pudiendo la Corte entrar a sustituir al recurrente, como para tratar de suplir o interpretar lo que no se le ha presentado. Magistrado Ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla. Auto Casación. Fecha: 06/08/1996. Decisión: Rechaza in límine y declara desierto el recurso. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Recurrente: Ortiz Arias, Ernesto. Delitos: Estafa, fraude procesal. Proceso: 10314. Publicada: Sí 378

Pág.

TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO-Apelación. Verdad es que cuando la pretensión del solicitante tiende a obtener la variación de la imputación del auto definitorio de la situación jurídica, existe la posibilidad de práctica de pruebas, pues calificado el proceso con resolución acusatoria -y la diligencia de adhesión asume este carácter una vez legalizada-, desaparece esa posibilidad; pero si simplemente se acepta el cargo tal como lo formula la fiscalía, así se consolida éste en sus términos, quedando excluidas, en la etapa acusatoria, situaciones no consideradas, así sea incidentes en la punibilidad.

Y es que a propósito del interés para recurrir en apelación contra la sentencia anticipada, el numeral 4o. del artículo 37-B del C. de P.P. delimita para el procesado y su defensor ese derecho al aspecto de la dosificación de la pena, el subrogado de la ejecución condicional, la condena para el pago de perjuicios, y la extinción del dominio sobre bienes, entendiéndose que en el primero de estos tópicos, lo cuestionable por apelación -trátese de adhesión o de acuerdo , son los errores que en la cuantificación punitiva, atendidos los hechos y circunstancias fundamentales de la acusación objeto de la adhesión del procesado, hubiera podido cometer el fallador de primer grado.

La norma en referencia no extiende el derecho impugnatorio a pretensiones sobrevinientes al acto de adhesión, o al de acuerdo, presentadas bajo el pretexto de trascender a la suma punitiva, pues ello desvirtuaría la filosofía de la sentencia anticipada, cuya razón de ser es el ahorro de tiempo y costos a la administración de justicia por la eficaz colaboración del procesado en la concreción de los cargos, aunque obviamente, sin violación de sus derechos, o de los del ofendido, ni de los de la sociedad.

De tal manera, cuando el acusado o la defensa como apelantes soslayan con o sin argumentos la limitación que les impone la norma, es deber del juez de la primera instancia reconvenirlos al calificar el interés para recurrir y denegar el recurso, pues ninguna economía procesal representa concederlo para que sea el superior el que lo deniegue, o ante el hecho cumplido de la concesión, entre a fallar, como infortunadamente acaeció en este preciso evento, dando así forzosa cabida al recurso de casación, cuya improcedencia, vistos los antecedentes de la sentencia de segundo grado, es evidente. Magistrado Ponente: Dr. Didimo Páez Velandia. Auto Casación. Fecha: 06/08/1996. Decisión: Rechaza in limine la demanda. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Recurrente: Gil Reyes, Oscar Josué. Delitos: Homicidio. Proceso: 11360. Publicada: Sí 385

Pág.

DEMANDA DE CASACION/ TERMINO. El artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, faculta a la Corte para realizar el juicio previo de admisibilidad de las demandas de casación que sean presentadas, a fin de analizar su procedencia, oportunidad y adecuación a los parámetros legales preestablecidos por el legislador.

En esa medida, solamente si el escrito cumple con las exigencias previstas, la demanda es admitida disponiéndose, a la par, correr traslado al Procurador Delegado en lo Penal para que emita el respectivo concepto.

Si, por el contrario, de su revisión se observa que los requisitos dispuestos por la ley han sido insatisfechos por el demandante, se impone el rechazo y declarar desierto el recurso, por haber precluido la oportunidad procesal otorgada para sustentarlo en debida forma.

Satisfacer los requisitos de forma, no consiste solamente en cumplir el tenor literal del artículo 225 del C. de P.P., sino en hacer operables y armónicos los principios que rigen el recurso, las finalidades que lo orientan y lo pretendido con la demanda frente a las causales aducidas.

Los términos procesales otorgados a los sujetos para el ejercicio de sus derechos, son perentorios y preclusivos, y no pueden ser prorrogados sino a petición de parte «hecha antes de su vencimiento, por causa grave y justificada» como lo ordena el artículo 172 del Código de Procedimiento Penal. Magistrado Ponente: Dr. Fernando E. Arboleda Ripoll. Auto Casación. Fecha: 06/08/1996. Decisión: No repone, rechaza el recurso de súplica, niega prórroga. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Recurrente: Reyes Camargo, Oscar Armando. Delitos: Tentativa de homicidio. Proceso: 11801. Publicada: Sí 393

ANTECEDENTES/ LIBERTAD PROVISIONAL. Resulta claro que las motivaciones internas que delimitan precisamente la personalidad (presupuesto de orden legal y no de creación doctrinaria de la Corte), se encuentran representadas en las acciones del ser humano. Por ello, la realización de conductas que socialmente han sido catalogadas como reprobables, que inducen a colegir un alto grado de zozobra social, no pueden ser sino la muestra de la personalidad negativa que el legislador consideró como excluida en el pronóstico favorable frente a la futura convivencia social. Magistrado Ponente: Dr. Jorge E. Córdoba Poveda. Casa-

Pág.

ción -Libertad-. Fecha: 08/08/1996. Decisión: Niega libertad provisional. Recurrente: Olaya Suárez, Carlos. Delitos: Hurto calificado y agravado. Proceso: 11102. Publicada: Sí..... 399

MEDIDA DE ASEGURAMIENTO/ DETENCION DOMICILIARIA. Las medidas de aseguramiento, conforme a la legislación nacional, son cinco a saber: La conminación, la caución, la prohibición de salir del país, la detención domiciliaria y la detención preventiva, tal como inequívocamente lo establece el artículo 388 del Código de Procedimiento Penal.

Significa lo anterior, y en ello aparece la primera contradicción con la tesis de la defensa, que la detención domiciliaria es una medida de aseguramiento autónoma y no una forma de cumplimiento de la detención preventiva, alternativo al penitenciario, como la identifica el defensor en su solicitud.

Resulta entonces, que la imposición de la medida de aseguramiento de detención domiciliaria requiere unos expresos requisitos, establecidos en el artículo 396 del Código de Procedimiento Penal (modificado por el artículo 53 de la Ley 81 de 1993), en concordancia con el artículo 388 del mismo Estatuto, que son:

1.- Que contra el sindicado haya por lo menos un indicio grave de responsabilidad por el delito que se le investiga.

2.- Que se trate de hecho punible cuya pena mínima no exceda de 5 años de prisión.

3.-. Que las características familiares, laborales y vínculos con la comunidad permitan deducir dos cosas: a.- Que no ofrece peligro para la comunidad; y b.- que comparecerá al proceso.

Verificados los anteriores presupuestos, el Funcionario Judicial "sustituirá" la detención preventiva por domiciliaria, esto es, pondrá la medida de aseguramiento de detención domiciliaria en reemplazo de la de detención preventiva, pues no de otra manera se puede entender el verbo sustituir, si se atiende a su significación gramatical que es "poner a una persona o cosa en lugar de otra", situación a la que lógicamente no se puede llegar si no es reconociendo similar independencia al reemplazante y al reemplazado. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Unica Instancia. Fecha: 08/08/1996. Decisión: Niega petición de sustitución de la medida de aseguramiento. Procedencia: Corte Suprema de Justicia. Procesado: Villarreal Ramos, Tiberio. Proceso: 10684. Publicada: Sí..... 402

ACCION CIVIL-Persona jurídica. No hay duda que la acción civil dentro del proceso penal puede ser ejercida por las personas

Pág.

naturales y jurídicas perjudicadas por el delito, conforme así lo dispone el artículo 43 del Código de Procedimiento Penal.

No obstante, no puede olvidarse que, como lo señalara la Corte en la parte motiva de la providencia recurrida, es la Nación, representada por los jefes de la administración pública, la persona jurídica que puede ejercer la acción civil dentro del proceso penal.

Así, el artículo 208 de la Constitución Política establece las funciones generales de los ministros y directores de departamentos administrativos, entre las que se encuentran la de ser jefes de la administración en su respectiva dependencia y bajo la dirección del Presidente de la República, lo que los faculta para formular las políticas atinentes a su Despacho, dirigir la actividad administrativa y ejecutar la ley. Magistrado Ponente: Dr. Jorge E. Córdoba Poveda. Unica Instancia. Fecha: 08/08/1996. Decisión: Repone providencias por medio de las cuales se reconoció parte civil. Procedencia: Corte Suprema de Justicia. Procesado: De Los Ríos, Enrique Juvenal. Proceso: 9842. Publicada: Sí 406

VIGENCIA DE LA LEY. La impugnabilidad de la sentencia y, desde luego, la procedibilidad del recurso debe regularse por la ley bajo cuyo imperio fue dictada. En anterior oportunidad expresó la Sala: «La posibilidad de apelar o recurrir contra una sentencia, puesto que es consecuencia de la sentencia misma, debe regularse según la ley bajo cuyo imperio fue pronunciada. Por tanto, las disposiciones de la ley vigente en el tiempo en que fue dada la sentencia, son las que determinan si cabe contra ella ... apelación, reforma, recurso de casación, etc» (Rad. 9337. Recurso de Hecho. 12 de julio de 1994. M.P. Dr. Guillermo Duque Ruíz).

El juez debe determinar qué disposición de uno u otro ordenamiento legal le es más favorable al procesado y aplicarla en su integridad». (Casación 8359. Julio 13 de 1994. M.P.Dr. Jorge Carreño Luengas). Magistrado Ponente: Dr. Jorge E. Córdoba Poveda. Recurso de hecho. Fecha: 08/08/1996. Decisión: No concede el recurso de casación. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cúcuta. Procesado: Slebi Medina, Jairo José. Delitos: Violación al Régimen de Incompatibilidades e Inhabilidades. Proceso: 11770. Publicada: Sí 409

ACCION DE REVISION-Titulares. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 233 del Código de Procedimiento Penal, pueden actuar como titulares de la revisión, el defensor, el Ministerio

Pág.

Público, el Fiscal y «los titulares de la acción civil», es claro para la Sala, en criterio que ahora se reitera, que el solo predicamento del derecho subjetivo del que pueda ser titular una persona como presunto perjudicado del delito, no es suficiente para que pueda accionar legítimamente en revisión. Así, en decisión de 7 de marzo de 1994, con ponencia del Dr Juan Manuel Torres Fresneda, se afirmó:

«Cuando el ofendido o perjudicado opta por el ejercicio de la acción civil dentro del proceso penal, requisito indispensable les es constituirse formalmente en parte mediante la indispensable presentación de la formal demanda de que trata el artículo 46, y siempre y cuando concurra en la oportunidad prevista en el art. 45, esto es, hasta antes de que se profiera sentencia de segunda o de única instancia».

Y aplicando este postulado al tema específico de la revisión, concluyó:

«Dados estos presupuestos, resulta comprensible que cuando el art. 233 del C. de P.P. señala quiénes son titulares de la acción de revisión, su referencia a "los titulares de la acción civil dentro del proceso penal" debe entenderse hecha a quienes llegaron a constituirse en parte dentro de la actuación que intenta revisarse, pues fue a ellos a quienes vinculó el fallo injusto o impidió proseguir allí con la realización de su interés el auto de preclusión o cesación de procedimiento» Magistrado Ponente: Dr. Carlos A. Gálvez Argote. Acción de Revisión. Fecha: 08/08/1996. Decisión: Declara la nulidad, rechaza el libelo. Procedencia: Tribunal Superior. Ciudad: Militar. Procesado: Galvis Jaramillo, Carlos Arturo. Parte Civil: Torres Rodríguez, Luis Alberto. Delitos: Homicidio. Proceso: 10392. Publicada: Sí 413

PRUEBA/ INDICIO. Cuando de atacar la prueba indiciaria se trata, el demandante no puede desconocer que por la naturaleza misma de este medio probatorio, los indicios se valoran en su conjunto y que por tanto es el vínculo que surge de la concordancia y convergencia de ellos, el que hace que la inferencia pase de la probabilidad a la certeza. Por tanto, si bien el ataque a los hechos indicadores debe ser independiente, esto no significa que el conjunto indiciario se cercene en su logicidad para hacerle perder el valor probatorio que sólo adquiere fuerza de convicción si se valora globalmente. Magistrado Ponente: Dr. Carlos A. Gálvez Argote. Sentencia Casación. Fecha: 08/08/1996. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciu-

Pág.

dad: Santa Fe de Bogotá. Recurrente: Castañeda Avila, Orlando. Delitos: Falsedad material de particular en documento público, hurto calificado y agravado. Proceso: 9302. Publicada: Sí 417

UNIDAD PROCESAL/ IMPEDIMENTO/ NULIDAD/ DEBIDO PROCESO/ FALTA DE MOTIVACION DE LA SENTENCIA. El principio de unidad procesal consagrado en el artículo 88 del Código de Procedimiento -el cual reproduce el 14 del código vigente para la época de la investigación y calificación de este sumario-, no es absoluto. Su desconocimiento tampoco genera, de suyo, nulidad de la actuación cumplida. Para que su inobservancia afecte la validez de los actos procesales, se requiere que lesione las garantías fundamentales, según lo establece el mismo precepto. Magistrado Ponente: Dr. Fernando Arboleda Ripoll. Sentencia Casación. Fecha: 08/08/1996. Decisión: Desestima la demanda, casa parcial y de oficio en cuanto a la pena accesoria. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Marta. Recurrente: Cárdenas Serpa, Jaime. Delitos: Homicidio culposo. Proceso: 10632. Publicada: Sí 428

POLICIA JUDICIAL/ ALLANAMIENTO. Es evidente que cuando el morador de un domicilio presta su autorización para el ingreso, no es indispensable que preceda orden judicial, porque dentro de la autonomía de los ciudadanos está la de permitir la entrada a las personas que ellos estimen, incluidos los representantes de la autoridad, es por ello que en tales circunstancias no se puede hablar de una diligencia irregularmente practicada. Magistrado Ponente: Dr. Jorge E. Córdoba Poveda. Sentencia Casación. Fecha: 08/08/1996. Decisión: No casa y compulsa copias. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Tunja. Recurrente: Carrillo Mahecha, Mario. Recurrente: Mahecha Gómez, César Hernando. Delitos: Hurto calificado y agravado, homicidio agravado. Proceso: 9173. Publicada: Sí 444

TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO/ RESOLUCION DE ACUSACION. Del texto del artículo 37 del Código de Procedimiento Penal, modificado por la Ley 81 de 1993, se infiere que su aplicación no supone negociación alguna, que los cargos tienen como único sustento las pruebas hasta ese momento legalmente incorporadas al expediente, y que la aceptación formal de éstos ante el Fiscal por parte del sindicado, sirúa ipso facto el proceso en el momento de dictar sentencia; sin que por ese hecho los actos procesales legalmente omitidos o las pruebas dejadas de practicar constituyan violación del debido proceso.

Pág.

A partir de esos presupuestos, la equivalencia sugerida por el artículo 37B-2 del Código de Procedimiento Penal, entre el acta del artículo 37 y la resolución acusatoria, no puede entenderse en sentido distinto del que etimológicamente corresponde a la locución empleada por el legislador, valga decir que de «igualdad en el valor, estimación, potencia o eficacia de dos o más cosas» (Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española); pues, contrario al alcance que pretende el censor, con el apoyo cuando menos parcial de la Delegada, reclamando más que una equivalencia la formulación práctica de una resolución de acusación, lo que hace la norma es asimilar los efectos de dos actos que se saben disímiles, para que la sentencia tenga siempre como soporte una acusación legal, ya que es apenas obvio que la equivalencia se predique de cosas que no son idénticas entre sí.. Magistrado Ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda. Sentencia Casación. Fecha: 08/08/1996. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Tunja. No Recurrente: Reyes Castillo, héctor. Delitos: Homicidio. Proceso: 9622. Publicada: Sí 458

TERMINO-Prórroga. La petición de prórroga de términos debe hacerse al funcionario judicial donde éstos deben transcurrir.

La perentoriedad de los términos y oportunidades procesales que establece el artículo 118 del C. de P.C., aplicable al evento por el principio de integración, resulta inevitable concluir que la demanda, introducida cinco días después de la fecha límite para ello, es extemporánea, y por ende debió declararse, la deserción del recurso por el Tribunal conforme lo ordena el inciso final del artículo 224 del C. de P.P., pues una demanda extemporánea equivale a la no sustentación del recurso. Magistrado Ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia. Auto Casación. Fecha: 09/08/1996. Decisión: Declara la nulidad y en consecuencia declara desierto el recurso. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Procesado: Parra Guzmán, Jorge Eliécer. Delitos: Hurto calificado y agravado. Proceso: 11549. Publicada: Sí 170

PRUEBA/ DEMANDA DE CASACION. No necesariamente los orificios de penetración son iguales, aun cuando el arma con que se hagan los diversos disparos sea la misma, por cuanto las características de aquellos varían no sólo por el calibre del proyectil, sino por su calidad, esto es, si son de alta o baja velocidad, por la distancia desde la cual se disparó, por la inclinación en el mo-

Pág.

mento de penetrar en el blanco (porque si el ingreso al organismo es de frente formando un ángulo de 90 grados el orificio es perfectamente diferente a si entra sumamente inclinado sobre la superficie de impacto), por la región anatómica sobre la cual se produjo el impacto, etc. Es entonces perfectamente posible que heridas ocasionadas con una misma arma sean diferentes en sus cualidades, por lo que la circunstancia de que aparezcan orificios de entrada de diverso diámetro no puede llevar a la conclusión que fueron hechos con armas de diverso calibre.

Así las cosas, el que en el análisis de las necropsias los juzgadores de instancia hubieran omitido hacer consideraciones sobre la dimensión de las heridas producidas a las víctimas no constituye ningún error. Magistrado Ponente: Dr. Jorge E. Córdoba Poveda. Sentencia Casación. Fecha: 14/08/1996. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Medellín. Recurrente: Rojas Holguín, Luis Alheiro. Delitos: Doble homicidio, porte de armas de defensa personal. Proceso: 9232. Publicada: Sí 473

CASACION DISCRECIONAL/ DEFENSA TECNICA. Es verdad que no todos los procesados estuvieron asistidos por abogados titulados durante la fase instructiva y/o parte del juicio, sino por estudiantes de derecho pertenecientes a consultorios jurídicos de universidades reconocidas por el Estado; pero también lo es que dicha representación no genera por sí nulidad del proceso por desconocimiento del derecho a una defensa técnica, puesto que el artículo 30 del Decreto 196 de 1971 (reglamentario del ejercicio de la abogacía), y el inciso 2° del 148 de la codificación procedimental penal, faculta a los estudiantes de derecho de tales consultorios jurídicos para intervenir en actuaciones procesales como la que ahora ocupa la atención de esta Sala, disposición que fue encontrada exequible por la Corte Constitucional, sentencia C-049 de febrero 8 de 1996, M.P. Dr. Fabio Morón Díaz. Magistrado Ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla. Casación Discrecional. Fecha: 14/08/1996. Decisión: No acepta el recurso excepcional. Procedencia: Juzgado 7° Penal del Circuito. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. No Recurrente: Suárez, Mathia Lucía. Procesado: Echeverry Gómez, Gloria María. No Recurrente: Convers López, Jhon Jairo. Delitos: Tentativa de hurto calificado y agravado. Proceso: 10716. Publicada: Sí 481

REDENCION DE PENA POR TRABAJO O ESTUDIO/ LIBERTAD PROVISIONAL/ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA/ COMPETENCIA. La posibilidad de referirse a la redención de pena por trabajo o estudio, representa una excepción a que sea el mencionado

Pág.

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 ibidem, es decir, excepcional y provisionalmente 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. Magistrado Ponente: Dr. Jorge E. Córdoba Poveda. Auto Casación. Fecha: 16/08/1996. Decisión: Se abstiene de reconocer redención de pena. Recurrente: Ballesta Guzmán, Manuel Elkin. Proceso: 10169. Publicada: Sí 486

PARTE CIVIL-Autoadmisorio. El auto admisorio de la demanda de parte civil dentro del proceso penal, es de aquellos que cobran ejecutoria formal, pues al estar supeditado a la prueba en la legitimidad del demandante, puede ser revocado por el respectivo funcionario cuando esta legitimidad aparezca desvirtuada en el proceso, ya que la presencia de este sujeto procesal no es presupuesto necesario para el adelantamiento del trámite, ni condiciona el proferimiento de actos posteriores, al punto que la actuación debe llevarse a cabo así no exista parte civil reconocida. Magistrado Ponente: Dr. Fernando Arboleda Ripoll. Auto Segunda Instancia. Fecha: 16/08/1996. Decisión: Confirma providencia.. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Antioquia. Procesado: Zapata Duque, Gladys Helena.

Delitos: Concusión. Proceso: 11221. Publicada: Sí 488

DELITO POLITICO. De la Aplicabilidad de la Ley:

El texto de la Ley 104 de 1993 se prestaba a variadas interpretaciones acerca de la aplicabilidad o no de sus normas referentes a las causales de extinción de la acción y de la pena en casos de delitos políticos, contenidas en el Título III de la Primera Parte de la mencionada Ley, artículos 48 y siguientes, a los miembros de las llamadas "Milicias Populares".

Los artículos 48 a 60C de la Ley 104 de 1993, modificada y adicionada por la Ley 241 de 1995, señalan la procedencia de la concesión, para el asunto concreto que hoy ocupa a la Sala, de la cesación de procedimiento, siempre y cuando el peticionario se ajuste a las siguientes condiciones:

Pág.

a.- Que confiese, haya sido o fuere denunciado o esté siendo procesado por hechos constitutivos de los delitos políticos de rebelión, sedición, asonada, conspiración o los conexos con éstos.

b.- Que no haya sido aún condenado mediante sentencia ejecutoriada.

c.- Que le haya sido expedida por el Ministerio de Justicia y del Derecho la correspondiente certificación y haya sido remitida por esa dependencia gubernamental a la autoridad judicial ante quien se deba adelantar el trámite, y

d.- Que no se trate de delitos atroces, genocidios, homicidios cometidos fuera de combate o con sevicia o colocando a la víctima en estado de indefensión, secuestro o a actos de ferocidad o barbarie. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Auto Segunda Instancia. Fecha: 20/08/1996. Decisión: Confirma auto que negó la cesación de procedimiento. Procedencia: Tribunal. Ciudad: Nacional. Recurrente: Bedoya Quintero, Andrés Emilio. Delitos: Homicidio con fines terroristas. Proceso: 11439. Publicada: Sí 494

IRA E INTENSO DOLOR. La ira, producto de una agresión grave e injusta, parte del supuesto de que el sujeto conoce, comprende y se determina de acuerdo con esta comprensión, al cometer el ilícito. Sin embargo, las ofensas recibidas desatan sus emociones y por ello aunque se le encuentra responsable de sus actos, se le disminuye la pena por haber influido en sus actos una actividad externa. Fenómenos distintos, imposibles de confundir.

La administración de justicia al tener la obligación de investigar tanto lo favorable como lo desfavorable del procesado, ha de establecer las circunstancias en que se produjo el hecho, pues de acuerdo con ellas, es decir, con los pormenores del incidente, sus antecedentes, sus consecuencias, las reacciones mismas del procesado, puede llegar a establecer si fue la ira-la que gobernó sus acciones, sin que ello indique que un razonamiento en tal sentido siempre esté circunscrito al terreno de las hipótesis o las especulaciones. Pero como lo señala el Ministerio Público, el imputado, en este caso rememoró someramente lo ocurrido, con la excusa de no recordar el desarrollo del suceso. Y en esa clase de eventos, no puede el fallador suponer, por cuenta propia situaciones desencadenantes del hecho que así, en esos términos se vuelven hipotéticas. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Sentencia Casación. Fecha: 20/08/1996. Deci

Pág.

sión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Rosa de Viterbo. Procesado: Uva Olarte, Víctor Leonidas. Delitos: Homicidio. Proceso: 9392. Publicada: Sí 503

DENUNCIA/ ANONIMO/ ESTATUTO ANTICORRUPCION. Para que la denuncia tenga la virtualidad de poner en movimiento el poder punitivo del Estado, es necesario que reúna mínimas condiciones, entre ellas, que se haga en forma verbal o escrita, pero bajo juramento por persona determinada, la narración de los hechos susceptibles de ser constitutivos de delito, y la enunciación de la forma como llega a conocimiento del denunciante.

De ahí que el artículo 38 de la Ley 190 de 1995 (Ley Anticorrupción), para evitar el desgaste de la jurisdicción, sea reiterativo en cuanto a la inadmisión de denuncias anónimas, a menos que existan medios probatorios suficientes que den cuenta de la perpetración de un delito que permita su investigación oficiosa.. Magistrado Ponente: Dr. Didimo Páez Velandia. Unica Instancia. Fecha: 21/08/1996. Decisión: Rechaza la denuncia presentada. Procedencia: Corte Suprema de Justicia. Procesado: Arango Pedraza, Jaime. Proceso: 11410. Publicada: Sí 513

RESERVA DEL SUMARIO. No obstante que el artículo 332 pertenece al Código de Procedimiento Penal y fue considerado ajustado a la Constitución, y que el parágrafo segundo declarado inexequible se refiere a procesos disciplinarios y de responsabilidad fiscal, lo cual podría dar lugar a que se concluyera que entre las dos disposiciones no existe relación alguna, la realidad es que tienen en común el tema de si es constitucional prohibir a los medios de comunicación que publiquen partes de una investigación sometida a reserva, o si por el contrario eso puede ser constitutivo de una censura.

Como ya se vio, el criterio unánime de la Corte Constitucional es que esa prohibición es violatoria del artículo 20 de la Constitución Política, en cuanto constituye una forma de censura, y del artículo 73 ibidem, en razón a que vulnera la libertad e independencia de la actividad periodística, posición sostenida también por el Ministerio Público en el concepto.

Atendiendo a que el examen de constitucionalidad del artículo 332 del estatuto procesal penal es anterior al del artículo 33 de la Ley 190 de 1995, y el primero fue considerado exequible, parecería que existe una contradicción entre las dos providencias, sin embargo es necesario advertir que todo depende del entendimiento que se le dé a la norma penal.

Pág.

En la sentencia del 28 de septiembre de 1993, la Corte Constitucional en una muy breve motivación de la exequibilidad dijo: «En lo concerniente al resto del artículo, hallado exequible, según el cual la publicación, en medio de comunicación, de informaciones de carácter reservado hará incurrir en sanción a los empleados y sujetos procesales responsables así como al medio de difusión la Corte Constitucional advierte que, para aplicarlo se deberá comprobar, con observancia del derecho de defensa y las reglas del debido proceso, la efectiva violación de la reserva del sumario».

Conocido el criterio expuesto con relación al parágrafo del artículo 33 de la Ley 190 en mención, se pone en evidencia que al artículo 332 no lo entendió como una posibilidad aislada de sancionar el medio de comunicación por publicar informaciones sometidas a la reserva del sumario, sino en la medida en que los empleados y sujetos procesales responsables de guardar la reserva la hayan violado a través de un medio de comunicación, desde luego siempre que éste se haya prestado para ese propósito. Contrario sensu, si no es posible establecer la violación de la reserva del sumario por parte de alguno de los sujetos obligados a guardarla con participación de un medio de comunicación, por las informaciones que éstos publiquen fruto de las averiguaciones periodísticas no pueden ser sancionados.

La Sala no puede desconocer que al declarar la Corte Constitucional la inexequibilidad de la prohibición de publicar extractos o resúmenes del contenido de una investigación sometida a reserva, ha precisado en ese aspecto el alcance de los artículos 20 y 73 de la Constitución Política, lo cual tiene incidencia en la interpretación del artículo 332 del Código de Procedimiento Penal, y aclara los parámetros dentro de los cuales fue declarado exequible, consideraciones éstas que inciden claramente en la decisión del recurso de reposición, como quiera que conducen a que se revoque la providencia impugnada. Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel. Única Instancia. Fecha: 21/08/1996. Decisión: Revoca la providencia mediante la cual se sancionó con multa. Procedencia: Corte Suprema de Justicia. Procesado: Garavito Hernández, Rodrigo E. Delitos: Enriquecimiento ilícito de particular. Proceso: 10467. Publicada: SÍ 516

DEMANDA DE CASACION/ VIOLACION DIRECTA DE LA LEY/ VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY. En verdad, el actor aduce como causal de casación, la primera consagrada en el artículo 220 del

Pág.

Código de Procedimiento Penal, pero no tiene en cuenta que dentro del numeral primero de dicha disposición se contemplan dos alternativas distintas de violación de la ley: la directa y la indirecta.

Tampoco y por el mismo motivo, advierte el demandante que, a su vez, la vía directa y la indirecta por corresponder a dos disímiles sentidos de quebranto de las normas sustanciales, imprescindiblemente deben comprobarse por separado bajo unos supuestos y fundamentos propios para cada una. Magistrado Ponente: Dr. Carlos A. Gálvez Argote. Auto Casación. Fecha: 21/08/1996. Decisión: Rechaza in limine la demanda y declara desierto el recurso. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cúcuta. Recurrente: Blanco Ibarra, Martín Emilio. Delitos: Porte ilegal de armas, homicidio. Proceso: 11481. Publicada: Sí 523

DEMANDA DE CASACION/ COMPETENCIA. Si el yerro demandado atañe a la competencia de los jueces, no debió ser la causal primera de casación la escogida para la construcción del libelo, sino la tercera que es la vía natural para demandar los errores in procedendo acusados, siendo preciso distinguir entre lo que es la violación de la ley por medio de la apreciación probatoria (Error in iudicando) y las irregularidades sustanciales generadoras de nulidad (Error in Procedendo). Magistrado Ponente: Dr. Jorge E. Córdoba Poveda. Auto Casación. Fecha: 21/08/1996. Decisión: Rechaza in limine la demanda y declara desierto el recurso. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cúcuta. Procesado: Rivera Cárdenas, Fernando. Delitos: Violación a la Ley 30/86. Proceso: 11705. Publicada: Sí 528

NULIDAD/ DEMANDA DE CASACION. «a.- El recurrente deberá señalar con toda claridad la clase de nulidad invocada, dentro de las que se encuentran las siguientes: falta de competencia, violación del debido proceso, violación del derecho de defensa, violación del principio de legalidad en el delito o la pena, violación del principio de favorabilidad, o falta de motivación de la sentencia.

b.- Con relación a cada uno de los eventos mencionados, indicar en forma clara y precisa los fundamentos de ella, citando las normas que el recurrente estime infringidas. Magistrado Ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda. Auto Casación. Fecha: 21/08/1996. Decisión: Rechaza in limine la demanda y declara desierto el recurso. Procedencia: Tribunal. Ciudad: Nacional. Re-

Pág.

currente: López, Jorge Eliécer. No Recurrente: Ruiz Gutiérrez, Gustavo Andrés. Delitos: Violación a la Ley 30/86. Proceso: 11740. Publicada: Si 531

LIBERTAD CONDICIONAL/ LIBERTAD PROVISIONAL. Tal como quedó redactada la norma sobre libertad condicional, puede decirse que el sentimiento político-criminal del legislador se orientó hacia una posición integradora, en el sentido de que el buen comportamiento y el trabajo y/o estudio intracarcelario pueden ser evidencias de la resocialización del reo -prevención especial, pero no descuidó el legislador el merecimiento en cuanto a la personalidad del sentenciado -retribución- y tampoco menospreció la protección de la sociedad de cara a graves formas de aparición delincuencial -prevención general-, pues nada diferente se puede inferir de la exigencia analítica del componente legalmente expresado como "sus antecedentes de todo orden". Magistrado Ponente: Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego. Casación -Libertad-. Fecha: 21/08/1996. Decisión: Niega libertad provisional. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. No Recurrente: Aguilar Buitrago, Henry Aguilar. Recurrente: Vargas Castro, Héctor Segundo. Delitos: Peculado. Proceso: 9911. Publicada: Sí..... 538

REPOSICION. El recurso de reposición busca que el mismo funcionario que profirió la decisión -en este caso la Corte- vuelva sobre ella, y si es 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. Magistrado Ponente: Dr. Jorge E. Córdoba Poveda. Casación -Libertad Reposición. Fecha: 22/08/1996. Decisión: Declara desierto el recurso de reposición. No Recurrente: Arias Sandoval, Miguel Angel. Proceso: 9688. Publicada: Sí 543

CONFESION/REBAJA DE PENA. Lejos de ser el de la confesión punto vedado para definición en la condena, es justamente en ella donde ubica su decisión más apropiada, sin que lo dicho de modo ocasional en la resolución acusatoria logre excluirlo al análisis del juez, y mucho menos torne incongruente el fallo que no se atenga a

Pág.

la prevaloración que a dicha intervención procesal se hubiese dado en ese pliego de cargos. Tampoco se puede hablar allí de un sorprendimiento que le haga detrimento a la defensa del procesado, pues no se trata, se insiste, de una definición que legalmente deba incluir el pliego acusatorio (salvo sí, más por razones de excepción el caso de las audiencias especiales -art. 37A del C. de P.P.- donde el acuerdo se extiende a la pena). Magistrado Ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda. Sentencia Casación. Fecha: 22/08/1996. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Antioquia. Recurrente: Tobón Castro, Angel José. Delitos: Homicidio preterintencional. Proceso: 9154. Publicada: Si 546

PORTE ILEGAL DE ARMAS DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS MILITARES/ COLISION DE COMPETENCIA. Si se trata de una subametralladora no es necesario confrontar las cualidades que la identifican con las descripciones contenidas en los artículos 8o a) y 11 a) del Decreto 2535 de 1993, porque tratándose de un arma automática, sin importar el calibre, indudablemente se trata de arma de uso privativo de la fuerza pública [art. 8o. d)], como lo confirma el literal b) del artículo 1o., del Decreto 1809 de 1994 cuando se refiere a las subametralladoras como de uso reservado a la fuerza pública.

La diferencia básica entre una Pistola y una Pistola ametralladora (subfusil) radica esencialmente en su mecanismo original de funcionamiento, esto es que la primera es semiautomática y la segunda es automática, aun cuando las dos pueden cumplir las dos funciones a través de un dispositivo denominado selector de disparo. Las restantes características no son exclusivas de cada tipo de arma y por tanto, no permiten la diferenciación, pues si bien, generalmente la pistola es arma para usar con una sola mano, según el autor citado, también se fabrican Pistolas Ametralladoras con diseño para usar con una sola mano; una y otra pueden funcionar con calibre 9 mm y la versatilidad en la capacidad de los proveedores tampoco permite distinguirlas.

En estas condiciones, por definición, la Pistola Ametralladora o subfusil es un arma automática que puede convertirse en semiautomática si se le adosa el selector de disparo, y la definición de «subametralladora» (equivalente de pistola ametralladora o subfusil) solamente se puede predicar respecto de un arma diseñada originalmente con funcionamiento automático, que es el que permite disparar en ráfaga. Magistrado Ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda. Auto Colisión de Competencias. Fecha: 22/08/1996. Decisión: Asigna conocimiento al Juzgado 18

Pág.

Penal del Circuito de Medellín. Procedencia: Juzgado Regional. Ciudad: Medellín. Procesado: Ospina Muñoz, Wilfredo. Delitos: Porte ilegal de armas. Proceso: 11996. Publicada: Si 560

COMPETENCIA/ DEBIDO PROCESO. No se puede desconocer la competencia a un funcionario al que la ley se la ha otorgado -arts. 663, 354, 677 C. P. M.-, como en el presente caso al Oficial que presidió el consejo de guerra por designación que le hiciera el para entonces juez de primera instancia y que después profirió la sentencia de ese grado jurisdiccional, por razones que, como bien lo puntualiza la Procuraduría, no responden a previsión legal alguna, sino que cuestionan desde el punto de vista del censor únicamente la idoneidad moral del dicho funcionario. Aceptarlo, sería, por una parte, crear pautas legislativas por fuera del ordenamiento imperante, cuando no es labor que compete a la Corte como autoridad judicial y, por la otra, vulnerar la garantía del debido proceso, estableciéndose un círculo vicioso en que un supuesto error de procedimiento se subsane con otro de igual o mayor entidad.

Que un mismo funcionario hubiese actuado como juez en este proceso penal y en el disciplinario en que se investigó la misma conducta, no conculca ninguno de los derechos o garantías del acusado.. Magistrado Ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia. Sentencia Casación. Fecha: 22/08/1996. Decisión: Desestima la demanda, casa de oficio parcialmente en cuanto a la pena accesoria. Procedencia: Tribunal Superior Militar. Procesado: Martínez Carmona, Manuel Mauricio. Delitos: Homicidio agravado, abandono del puesto. Proceso: 9389. Publicada: Si 569

CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACION PUNITIVA/ INCONGRUENCIA DE LA SENTENCIA. No obstante que el censor no precisa a cuáles circunstancias agravantes se refiere, al confrontar la sentencia con la modificación que en segunda instancia se le introdujo a la resolución de acusación, surge de modo evidente que respecto del homicidio la única causal de agravación que se imputó fue la del numeral 2o. del artículo 324, esto es, el haber sido «cometido con el propósito de asegurar la impunidad del delito de secuestro, por cuanto la víctima había reconocido a sus captores, y por ello, lo eliminaron para que no los delatara», mientras que en el fallo las agravantes aplicadas fueron la sevicia y el estado de indefensión, las cuales, si bien su deducción ha debido estudiarse en la calificación, al no haberse atribuido no podían tenerse en cuenta para señalar la pena.. Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel. Sentencia Casación. Fecha: 22/

Pág.

08/1996. Decisión: Declara prescripción, casa parcial y oficiosamente, desestima demanda. Procedencia: Tribunal. Ciudad: Nacional. Recurrente: Rodríguez Flórez, Luis Felipe. Recurrente: Bohórquez, Luis Antonio. No Recurrente: Daza Gamba, José de la Cruz. Delitos: Hurto calificado y agravado, homicidio agravado, secuestro extorsivo. Proceso: 9014. Publicada: Sí 576

DEMANDA DE CASACION / INTERPRETACION ERRONEA DE NORMA. El ataque por interpretación errónea de la ley sustancial no puede entenderse como la presentación de un cúmulo de afirmaciones y dogmas teóricos que de lege ferenda posibiliten una determinada concepción sobre un fenómeno jurídico, sino que estén dirigidos específicamente a la norma aplicada por el juzgador y cuando, como sucede en este caso, la integren diversos elementos o requisitos, se impone que el demandante tenga en cuenta cuáles son los que se aplicaron para que la censura vaya respecto de éstos que serían los erróneamente interpretados, pues las argumentaciones jurídicas en abstracto dejan incólume la interpretación no compartida. Magistrado Ponente: Dr. Carlos A. Gálvez Argote. Sentencia Casación. Fecha: 22/08/1996. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Procesado: Carreño Rodríguez, Edgar. Procesado: Vargas Guevara, Alejandro. Procesado: Tabares Benjumea, William. No Recurrente: Casanova, Everes. No Recurrente: Blanco Amaya, Orlando. Delitos: Hurto calificado y agravado, porte de armas de defensa personal. Proceso: 9351. Publicada: Sí 592

PARTE CIVIL-Persona jurídica. Para ingresar, entonces, a las razones dadas por la defensa al enervar el antedicho auto, se aludirá primero a la personería del actor para evocar que siendo el cargo materia de encausamiento por un delito de prevaricato, no cabe duda de la vocación que al menos en principio asiste a la Nación para intentar el resarcimiento de perjuicios, porque cuando se trata de los bienes jurídicos que ampara el Código Penal en el Título III de su Libro Segundo, es evidente que puede darse un perjuicio directo para la administración pública que haría emergente el interés para constitución en parte por quien la representa, con miras a su resarcimiento.

Así resulta de los artículos 44 del Código de Procedimiento Civil que le otorga a las personas jurídicas capacidad para ser parte en un proceso, «con arreglo a lo que disponga la Constitución, la ley o los estatutos», y 64 en cuanto regula expresamente que la «Nación y demás entidades de derecho público podrán constituir apoderados especiales para los procesos en que sean parte.», y

Pág.

con mayor razón la Ley 190 de 1995 cuando en su artículo 36 hace esa intervención al interior del proceso penal imperativa, al disponer 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.«

Pero es lo cierto que esta afirmación primera hace forzoso añadir, como ha tenido ya ocasión la Sala de entrar a precisarlo, que no basta advertir la sola posibilidad del daño material para que la demanda de resarcimiento de perjuicios se haga viable, sino que al tiempo resulta includible para el actor entrar a precisar en qué consiste y cómo pudo darse el daño, así en relación con su cuantía pueda en últimas deferirse su estimación a la que fijen los peritos.. Magistrado Ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda. Auto Segunda Instancia. Fecha: 22/08/1996. Decisión: Revoca auto por medio del cual se reconoció parte civil.. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Acción: Carvajal Paredes. María Victoria. Delitos: Prevaricato. Proceso: 11891. Publicada: Sí 599

COMPETENCIA TERRITORIAL/ COLISION DE COMPETENCIA. La competencia en razón del territorio se determina por el lugar donde se realizó, perpetró o desarrolló el hecho punible.

Cuando no es posible determinar inequívocamente ese lugar, o el hecho ocurrió en el exterior, o se realizó en varios sitios, es pertinente acudir a las reglas de la llamada competencia a prevención, de que trata el artículo 80 del Código de Procedimiento Penal. Magistrado Ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla. Auto Colisión de Competencias. Fecha: 27/08/1996. Decisión: Declara competencia al Juzgado Penal del Circuito de Buga. Procedencia: Juzgado Penal del Circuito. Ciudad: Caloto (Cauca). Procesado: Rivera Ul, Omar. Delitos: Acceso carnal abusivo con menor de 14 años. Proceso: 11336. Publicada: Sí 606

HOMICIDIO/ PENA-Ley 40 1993. El delito de homicidio a partir de la Ley 40, que entró en vigencia desde el 19 de enero de 1993, se halla sancionado con pena de prisión de veinticinco (25) años y el de porte ilegal de armas de defensa personal, con pena mínima de un (1) año de prisión, según el Decreto 3664 de 1986, adoptado como legislación permanente por el 2266 de 1991, lo que arrojaría en sus mínimos una suma de veintiséis (26) años de prisión, que fue la pena impuesta por los juzgadores en las instancias con apoyo en lo preceptuado por el artículo 26 del C.P. que regula los concursos.

Pág.

Una tasación punitiva así realizada, aun cuando en apariencia acusa una simple acumulación aritmética de penas, no lo es en verdad, puesto que el artículo 26 referido si bien es cierto tiene por filosofía la acumulación jurídica de penas, también lo es que se trata de una norma que parte del supuesto de la modificación de los extremos punitivos señalados en la ley, como que permite incrementar hasta en otro tanto la pena del delito más grave deducido, vale decir, que si en el caso presente el delito considerado de mayor gravedad fue el de homicidio, sancionado con pena mínima de 25 años de prisión, podía legítimamente el juzgador imponerle «hasta otro tanto», según el claro tenor de la disposición en referencia. Por manera que al incrementarle por razón del otro delito únicamente un año, no desbordó el ordenamiento, sino que actuó el juzgador dentro de la doble filosofía señalada en la norma del concurso; y ello no es contradictorio, como en apariencia pudiese parecerlo ya que aún juzgándosele con toda la benignidad posible por los dos delitos separadamente, jamás podría habérsele impuesto una sanción menor a la que se le impuso dentro del juzgamiento unitario. Magistrado Ponente: Dr. Didimo Páez Velandia. Sentencia Casación. Fecha: 27/08/1996. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Ibagué. Recurrente: Pierro Gaitán, Anízar. Delitos: Homicidio, porte de armas de defensa personal. Proceso: 9782. Publicada: Sí 610

COLISION DE COMPETENCIA-Calificación jurídica de los hechos.

1o. Por definición legal la colisión de competencias se presenta «cuando dos o más jueces consideran que a cada uno de ellos corresponde adelantar un juzgamiento, o cuando se niegan a conocer por estimar que no es de competencia de ninguno de ellos» (art. 69 C.P.P.).

2o. Respecto de tal definición, que en términos más o menos similares se ha venido manteniendo en los diferentes estatutos procedimentales, desde antaño ha sostenido la jurisprudencia de esta Sala, que de acuerdo a la concepción gramatical o jurídica "envuelve la idea de 'oposición y pugna de ideas, principios o intereses'; referido a la competencia en materia procesal, implica 'controversia o discusión con criterios opuestos entre dos jueces o tribunales en torno a cuál de ellos corresponde el conocimiento de un determinado asunto judicial, es decir, ejerce en él la jurisdicción para su definición'". (Sentencia, septiembre 5 de 1969). Magistrado Ponente: Dr. Carlos A. Gálvez Argote. Auto Colisión de Competencia. Fecha: 27/08/1996. Decisión: Se abs-

Pág.

tiene de dirimir el conflicto. Procedencia: Juzgado Penal del Circuito. Ciudad: Itagüí y Urrao. Procesado: García García, Ramiro Antonio. Delitos: Receptación. Proceso: 12154. Publicada: Sí 618

PORTE ILEGAL DE ARMAS/ COLISION DE COMPETENCIA. Una adecuada interpretación del párrafo pertinente del proveído de la Corte fechado agosto 3 próximo pasado, permite concluir que la expresión "carga natural" allí utilizada, debe estar referida a cada caso particular y teniendo en cuenta la proporcionalidad de los proyectiles en relación con el arma de fuego de defensa personal que ilícitamente porta el sujeto activo del delito. Para el evento concreto, tratándose de una escopeta tipo "changón", difícil, por no decir imposible, resultaría entender por "carga natural" la única que puede albergar en su recámara consistente en un solo cartucho. En resumen, axiológicamente se le estaría otorgando mayor disvalor al acto de portar la munición para el arma que al porte mismo de ésta. Cosa diferente hubiera ocurrido si se tratara de una considerable cantidad de municiones para una o muy pocas armas de fuego, en circunstancia que sin lugar a dudas superara el concepto de "carga natural". Magistrado Ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Auto Colisión de Competencias. Fecha: 27/08/1996. Decisión: Asigna competencia al Juzgado Penal de Urrao (Ant.). Procedencia: Juzgado Regional. Ciudad: Medellín. Procesado: Jiménez Ramírez, Carlos Julio. Delitos: Porte ilegal de armas. Proceso: 11912. Publicada: Sí 623

COLISION DE COMPETENCIA/ CONCIERTO PARA DELINQUIR / NARCOTRAFICO. Obrar en concierto para delinquir significa asociarse con el propósito común de cometer una serie de conductas delictivas, lo cual en el ámbito de la legislación sobre estupefacientes significa que las conductas desplegadas por el agente deben estar relacionadas con el narcotráfico, ya sea que se trate de adquisición, transporte, venta, cultivo, conservación etc. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Auto Colisión de Competencias. Fecha: 27/08/1996. Decisión: Atribuye conocimiento al Juez Regional de Santa Fe de Bogotá. Procedencia: Juzgado 2° Penal del Circuito. Ciudad: Neiva. Procesado: Botello Basto, Rodolfo. Delitos: Violación a la Ley 30/86. Proceso: 11771. Publicada: Sí 630

DERECHO DE DEFENSA-Audiencia pública. El ejercicio del derecho de defensa que la Constitución y la ley le reconocen al sindicado, no se menoscaba por la restricción a su libertad que deriva de la imposición de una medida de aseguramiento, pues son múltiples los instrumentos que las reglas de procedimiento ofre-

Pág.

cen al encartado para defenderse. Nótense al efecto: La audiencia pública, actuación procesal en la que es obligatoria su presencia, siempre que esté detenido, para que, primordialmente, pueda controvertir las pruebas que obran en su contra o relievar las que favorezcan su posición; la libertad que mantiene, aun estando detenido, de remitir escritos al Funcionario Judicial, ya sea para solicitar la práctica de pruebas, para contradecir las ya existentes o para simplemente dejar conocer su posición sobre determinado elemento probatorio; y, la posibilidad de elevar peticiones a través de sus apoderados, titular o suplente, sin dejar pasar de vista el inalienable derecho que mantiene de evaluar la gestión de sus defensores para determinar, si a su juicio, están o no defendiéndolo correctamente, pues en caso de una conclusión negativa tiene derecho a cambiarlos cuantas veces quiera.

Deviene de lo anterior concluir que la presencia física del procesado preso, en la práctica de las pruebas en la etapa del sumario no resulta evidentemente necesaria, tornándose obligatoria únicamente en aquellos casos en los que la naturaleza de la prueba así lo aconseje o la ley expresamente lo contemple así; verbigracia, la indagatoria, el reconocimiento en fila de personas, en la etapa instructiva; o la audiencia pública, aunque esté detenido por cuenta de otro proceso. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Única Instancia. Fecha: 28/08/1996. Decisión: Niega traslado. Procedencia: Corte Suprema de Justicia. Procesado: Villarreal Ramos, Tiberio. Proceso: 10684. Publicada: Sí 633

CONTROL DE LEGALIDAD/FISCAL GENERAL DE LA NACION/FISCAL DELEGADO ANTE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA-Delegación. 1o. Dentro de este abanico de controles, la figura jurídica correspondiente a la "legalidad de las medidas de aseguramiento" define con la mayor de las nitideces la tendencia acusatoria de nuestro sistema procesal, por cuanto constituye, fuera del ámbito de la jerarquía funcional del órgano que toma la medida, donde se opera el control por vía de impugnación, uno de los principales instrumentos para avalar o infirmar la legitimidad de las decisiones que sobre la libertad del procesado adopte el ente investigador. La Corte considera oportuno precisar entonces sus características, emanadas del artículo 414A del Estatuto Procesal Penal (modificado por el artículo 54 de la Ley 81/93. Su objeto es específico y lo constituye la medida de aseguramiento –no la restante actuación procesal–, cuya legalidad se deduce genéricamente de la garantía procesal del Debido Proce-

so, consagrada en el artículo 29 de la Constitución Nacional. Su finalidad apunta:

a) A la sustitución de la medida, cuando ésta haya sido adoptada con violación del debido proceso o del derecho de defensa, o haya sido proferida por funcionario incompetente.

b) A la sustitución de la medida, cuando la selección de la misma no corresponda al tipo penal por el que se procede, a la forma de participación del sujeto agente, o, en el caso concreto de la detención preventiva, a las hipótesis legalmente previstas para su aplicación en los numerales 4, 5, 6 y 7 del artículo 397 del Código de Procedimiento Penal, y

c) A la libertad del procesado, si como consecuencia de las variantes anteriores deviene aplicable la previsión normativa de su excarcelación.

2o. Al contrario de la delegación, la figura jurídica de la comisión se caracteriza por su limitación en torno al objeto -por ejemplo, "comisiónase para abrir investigación penal" mas no para que "profiera las decisiones a que haya lugar"-; al destinatario -por lo que mal podría comisionarse genéricamente a los "Fiscales Delegados ante la Corte", sino a un funcionario determinado, debidamente individualizados-; y a su duración -ya que no pueden existir comisiones indefinidas en el tiempo : a estas características se suma la imposibilidad para el comitente de desprenderse de su responsabilidad, conocimiento, dirección y potestad decisoria en cada caso particular.

Así lo ha entendido la misma Corte Constitucional, al afirmar que "la comisión no representa en ese sentido una delegación de la jurisdicción, que sería completamente inadmisible a la luz de la Carta, sino un medio eficaz de garantizar que se administre pronta y cumplida justicia merced a la oportuna ejecución de actos procesales que de otra forma no podrían llevarse a cabo, al menos con la rapidez requerida". (Sentencia C-396, septiembre 8 de 1994) (Salvamento de Voto). 643

IMPEDIMENTO/ INTERES EN EL PROCESO. Fundamentan los honorables Magistrados su impedimento, en el hecho de que en la Comisión de Investigaciones se han formulado denuncias contra ellos y se vienen adelantando actuaciones penales que los afectan.

En providencia de fechas 18 y 19 de abril de 1996 la Sala de Conjueces no admitió el impedimento en diligencias semejantes por encontrar que no es procedente. En efecto, si se aceptara se

Pág.

estaría protocolizando el hecho de que los Congresistas no tendrían Juéz, porque bastaría denunciar a los Magistrados ante la Comisión de Investigaciones y Acusaciones de la Cámara.. Conjuez Ponente: Dr. Bernardo Gaitán Mahecha. Unica Instancia Impedimento-. Fecha: 30/08/1996. Decisión: No acepta el impedimento manifestado por varios Magistrados de la C.S.J. Procesado: Martínez Rosales, Emilio. Recurrente: Dávila Armenta, José Domingo. Proceso: 10692. Publicada: Sí. Aclaración de voto: Conjuez: Dr. Hugo Humberto Rodríguez Cortés. Impedimento/ Interés En el Proceso . (Aclaración de Voto). Aclaración de voto: Conjuez: Dr. Hugo Humberto Rodríguez Cortés. Fecha: 30/08/ 1996. Proceso: 10692. Publicada: Sí. Conjuez Ponente: Dr. Bernardo Gaitán Mahecha 646

DEBIDO PROCESO/ RESOLUCION DE LA SITUACION JURIDICA. El hecho de que el instructor haya dispuesto que el sindicado suscribiera diligencia compromisoria y posteriormente, vencidos los diez (10) días para resolver su situación jurídica con la correspondiente medida de aseguramiento, guardar silencio, en manera alguna constituye violación del debido proceso ni del derecho a la defensa, pues si contra el sindicado no se daban los requisitos del artículo últimamente mencionado, el Juez de Instrucción no podía tomar decisión distinta que la de abstenerse a decretar la medida. La omisión en proferir interlocutorio en tal sentido, ni siquiera podría constituir falta disciplinaria y menos quebranto del debido proceso, pues como atinadamente lo destaca la Delegada, fue el Decreto 2700 que solamente entró en vigencia el 1° de julio de 1992, el que impuso al funcionario instructor la obligación inexcusable de resolver la situación jurídica del indagado, antes de disponer el cierre de la investigación (artículo 438).

Por otra parte, el artículo 469 del Decreto 050 de 1987, tenía prevista como forma de calificación del mérito del sumario, la cesación de procedimiento (hoy preclusión de la instrucción), con efectos de cosa juzgada, lo que en manera alguna puede tomarse tal decisión como una ruptura de la unidad procesal en caso de proferirse resolución de acusación contra otros imputados o por otros delitos, sino la terminación del proceso y con ello la extinción de la acción penal para los favorecidos con la cesación. Magistrado Ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia. Sentencia Casación. Fecha: 30/08/1996. Decisión: Desestima la demanda, casa parcial y oficiosamente, modifica pena. Procedencia:

Pág.

Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Ibagué. Recurrente: Rodríguez Bocanegra, Héctor. Delitos: Lesiones personales culposas, Homicidio culposo. Proceso: 9565. Publicada: Sí. Salvamento Parcial de Voto: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Dr. Nilson Pinilla Pinilla. Contravención/ Unidad Procesal/ Conexidad/ Privación de la Libertad. (Salvamento Parcial de Voto).

En igual sentido Salvamentos parciales de voto de junio 14 de 1995, Cas. 8423, M.P. Dr. Ricardo Calvete Rangel y octubre 23 de 1995, Cas. 9132, M.P. Dr. Carlos A. Gálvez Argote.Salvamento Parcial de Voto: Carlos Eduardo Mejía Escobar. Fecha: 30/08/1996. Proceso: 9565. Publicada: Sí. Magistrado Ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia. 652

CONTRAVENCION/ UNIDAD PROCESAL/ CONEXIDAD/ PRIVACION DE LA LIBERTAD. (Salvamento Parcial de Voto). En igual sentido Aclaraciones de junio 14 de 1995, Cas. 8423, M.P. Dr. Ricardo Calvete Rangel y enero 24 de 1996 Cas. 9400, M.P. Dr. Fernando Arboleda Ripoll. 662
Salvamento Parcial de Voto : 664

COMPETENCIA/ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA/ NO RECURRENTE. No puede la Sala, sin desbordar los marcos propios de su limitada competencia funcional, arrogarse la facultad de estudiar la actuación procesal de quienes no interpusieron el recurso, o habiéndolo interpuesto les fue declarado improcedente o desierto por cualquier motivo, pues su condición de no recurrentes los hace, en principio, impermeables a cualquier modificación de su situación jurídica en sede extraordinaria.

Una tal variación sólo es posible cuando adviene como consecuencia necesaria de la decisión que se tome en la sentencia en relación con el procesado recurrente, bien sea de oficio o por virtud de la demanda, en cuyo caso, por disposición legal, la competencia de la Corte se amplía para hacer extensivos los efectos del fallo a los no impugnantes (art. 243 del C. de P. P.).

Magistrado Ponente: Dr. Fernando E. Arboleda. Ripoll. Sentencia Casación. Fecha: 04/09/1996. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cundinamarca. Recurrentes: Medardo Moreno, Héctor. Recurrente: Moreno Castillo Luis Enrique, Nelson Evencio y Possos Alfonso. Delitos: Tentativa de homicidio, Homicidio. Proceso: 10413. Publicada: Sí .. 666

Pág.

ULTRAACTIVIDAD DE LA LEY/ COLABORACION EFICAZ. Es bien sabido que el fenómeno de la ultraactividad de la ley penal, en virtud del cual la norma más favorable al procesado, debe aplicarse aún después de que haya cesado de regir, está condicionado a que dicha norma haya tenido vigencia cuando o luego de que el hecho punible se hubiese cometido.

En verdad que el decreto 1199 expedido el 30 de junio de 1987, cuyo artículo 8° rezaba: «A quien fuere condenado, se le reducirá la pena hasta en una tercera parte, cuando con sus informaciones permita la ejecución de órdenes de captura», tuvo una precaria vigencia porque fue sustancialmente modificado por el artículo 37 del Decreto 180 de 1988 (Estatuto para la defensa de la democracia) en el sentido de restringir el beneficio de la rebaja de pena por colaboración eficaz únicamente a los delitos de competencia de la jurisdicción de orden público (delitos contra la existencia y seguridad del Estado, secuestro, extorsión, terrorismo, etc.); restricción que mantuvo el artículo 6° del Decreto 2490 de 1988, reformatorio del Estatuto para la defensa de la democracia, en el sentido de establecer una eximente de punibilidad por colaboración eficaz, reservada para delitos de competencia de los jueces de orden público.

Resta advertir que sólo el artículo 1° del decreto 1199 de 1987 que estableció recompensas monetarias para los delatores fue convertido en legislación permanente por el Decreto 2271 de 1991 pues los restantes artículos, entre los cuales, el 8° cuya falta de aplicación reclama la demandante, fueron derogados por el nombrado Decreto 2490 de 1988, artículo 10°. Magistrado Ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla. Sentencia Casación. Fecha: 04/09/1996. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cundinamarca. Recurrentes: Barrera Roa, Agustín. Pachón Molina, Héctor Yesid. No Recurrente: Rodríguez González, Luis Ernesto. Delitos: Tentativa de homicidio, Hurto calificado y agravado. Proceso: 8789. Publicada: Sí. Aclaración de voto: Dr. Nilson Pinilla Pinilla 678

CONTRAVENCION / UNIDAD PROCESAL/ CONEXIDAD / PRIVACION DE LA LIBERTAD. (Aclaración de Voto). En igual sentido Aclaraciones de junio 14 de 1995, Cas. 8423. M.P. Dr. Ricardo Calvete Rangel; enero 24 de 1996 Cas. 9400. M.P. Dr. Fernando Arboleda Ripoll y agosto 28 de 1996, Cas. 9365, M.P. Dr. Didimo Páez Velandia. Aclaración de voto: Dr. Nilson Pinilla Pinilla. Fecha: 04/09/1996. Proceso: 8789. Publicada: Sí. Magistrado Ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla. 691

Pág.

PERJUICIOS/ CASACION. En sentencia de septiembre 26 de 1990, con ponencia del Magistrado Gómez Velásquez, se analizó el punto y sobre diversas hipótesis planteadas se sugirió la necesidad de que el sujeto procesal que quiera cuestionar lo relacionado con los perjuicios deducidos en el fallo está en la obligación de manifestarlo expresamente al momento de recurrir en casación para que el Tribunal pueda saber con certeza si debe o no acudir a una pericia que determine la cuantía y así conceder o no el recurso por este aspecto, pues «ya fijada (la cuantía) de este modo y sobre esta base, no es dable desconocer este quantum (art.372 C. de P. C.)» y agregó: «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.». Magistrado Ponente: Dr. Didimo Páez Velandia. Auto Casación. Fecha: 05/09/1996. Decisión: Rechaza in limine la demanda y declara desierto el recurso. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Ibagué. Procesado: Castellanos, Víctor Manuel. Delitos: Homicidio culposo en accidente de tránsito. Proceso: 11550. Publicada: Si 693

IRA E INTENSO DOLOR/ PRETERINTENCION. Doctrina y jurisprudencia han reconocido la compatibilidad de la atenuante prevista en el artículo 60 del Código Penal con la forma de culpabilidad preterintencional. Pero para que dicha atenuante alcance vida jurídica es preciso que exista certeza sobre la gravedad y la injusticia de la provocación de parte de la víctima, así como la relación de causalidad sicológica entre aquella y la reacción del victimario. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Sentencia Casación. Fecha: 05/09/1996. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Recurrente: Corredor Nieto, Luis Carlos. Delitos: Homicidio preterintencional. Proceso: 9269. Publicada: Si 701

RECURSO DE HECHO/APELACION. Reiteradamente se ha venido señalando por la Corte, que la omisión del impugnante en sustentar el recurso de hecho dentro de los tres días siguientes al recibo de las copias respectivas, tal como lo ordena el artículo 209 del Código de Procedimiento Penal, no necesariamente entraña la deserción del recurso, si la sustentación se ha hecho en el escrito de interposición o en todo caso, antes de dicho traslado. Magistrado Ponente: Dr. Fernando Arboleda Ripoll. Recurso de Hecho. Fecha: 05/09/1996. Decisión: Declara correctamente denegado el recurso. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa

Pág.

Fe de Bogotá. Recurrente: Linajes Luna, Jairo. Procesado: Galeano Becerra, Rafael Orlando. Delitos: Estafa agravada. Proceso: 11322. Publicada: Sí 709

CONGRESISTA-Competencia/CORTE- Impedimento.. El artículo 186 de la Constitución Política establece que, «De los delitos que cometan los congresistas, conocerá en forma privativa la Corte Suprema de Justicia, única autoridad que podrá ordenar su detención. En caso de flagrante delito deberán ser aprehendidos y puestos inmediatamente a disposición de la misma corporación».

En armonía con la norma anterior, el artículo 235 ibídem señala como atribución de la Corte «Investigar y juzgar a los miembros del Congreso», lo cual constituye una excepción a la competencia del Fiscal General de la Nación, a la cual se refiere el numeral 1o. del artículo 251 siguiente, en donde dice que corresponde a dicho funcionario judicial «Investigar y acusar, a los altos funcionarios que gocen de fuero constitucional, con las excepciones previstas en la Constitución».

Así las cosas, es por mandato de la propia Carta, que a diferencia de los demás procesos penales en donde la investigación y acusación corresponde a los fiscales y el juzgamiento a los jueces, tratándose de Congresistas tanto la investigación como el juzgamiento son competencia exclusiva de la Sala Penal de la Corte, sin que por esa intervención se genere respecto de sus miembros impedimento alguno, y si alguna ley lo estableciera sería abiertamente inconstitucional. Unica Instancia -Recusación-. Fecha: 10/09/1996. Decisión: No acepta la recusación.. Procesado: Gutiérrez Fuentes, Leovigildo. Proceso: 7830. Publicada: Sí 716

ACCION DE REVISION/ LEGITIMIDAD. La acción de revisión no es recurso que pueda interponerse en el trámite del proceso, sino un derecho que surge de la concurrencia de alguna de las causales previstas en el artículo 232 del Código de Procedimiento Penal con miras a destronar, del carácter de cosa juzgada, la decisión ejecutoriada culminatoria de la actuación, sea que se trate de sentencia, cesación de procedimiento o preclusión de la instrucción, para cuyo ejercicio se requiere el adelantamiento de un trámite especial y posterior al proveído de punto final.

Desde esta perspectiva, se concluye que la revisión es una acción judicial autónoma, dirigida contra un proceso penal concluido. Siendo ello así, ha de entenderse que cuando el artículo

Pág.

233 del Código de Procedimiento Penal radica en cabeza del defensor, entre otros sujetos, la titularidad para promoverla, requiere que tenga poder del sentenciado en cuyo favor procede, el que no se supone conferido por haber actuado en tal carácter en la tramitación ordinaria de la instrucción, el juicio o en sede de casación.

Al respecto resulta pertinente recordar lo ya precisado por esta Sala al sostener: «para que un abogado adquiera la legitimidad necesaria para adelantar la acción debe tener poder otorgado especialmente para esa actuación, pues la gestión encomendada dentro del proceso termina con la ejecutoria de la providencia que le puso fin a las instancias o a la fase extraordinaria de casación» (auto 27 de septiembre de 1995, M.P. Dr. Calvete Rangel), obviamente sin perjuicio de la facultad de intervenir en la fase ejecutiva del fallo para garantizar, en esa postrera etapa, la intangibilidad de los derechos de la parte que representa (arts. 500 y ss. C.P.P.).Magistrado Ponente: Dr. Fernando Arboleda Ripoll. Acción de Revisión. Fecha: 10/09/1996. Decisión: Rechaza la demanda de revisión. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Procesado: Barrera Alvis, Efraín. Delitos: Homicidio. Proceso: 12183. Publicada: Sí 719

COMPETENCIA Traslado de procesado. Es obligación del INPEC efectuar el traslado de los procesados a las diligencias judiciales, y si esto no se cumple por motivos imputables a dichas autoridades, el funcionario responsable del proceso debe formular la queja correspondiente para que se adelante la investigación a que haya lugar. La competencia para el juzgamiento no la determina el lugar de reclusión del implicado, y las fallas administrativas relacionadas con la remisión no constituyen motivo suficiente para acceder a la pretensión de los memorialistas. Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel.

Cambio de Radicación. Fecha: 11/09/1996. Decisión: No dispone el cambio de radicación. Procesado: Jaramillo Pardo, Gustavo. Procesado: Palacio Rivera, Wilson. Delitos: Homicidio. Proceso: 12114. Publicada: Sí 722

ACUMULACION DE PROCESOS. El artículo 91 del Código de Procedimiento Penal es del siguiente tenor:

«A partir de la resolución de acusación, habrá lugar a la acumulación de procesos, en los siguientes casos:

1o. Cuando contra una misma persona se estuvieren siguiendo dos o más procesos aunque en éstos figuren otros procesados.

Pág.

2o.- Cuando estén cursando dos o más procesos penales por delitos conexos que no se hubieren investigado conjuntamente».

Como claramente se desprende de la norma antes mencionada, la acumulación sólo es viable en los procesos en los cuales se haya calificado el mérito del sumario con resolución de acusación que se encuentre en firme. Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel. Unica Instancia. Fecha: 11/09/1996. Decisión: No accede a la solicitud de acumulación de procesos. Procedencia: Corte Suprema de Justicia. Procesado: Lucio López, Carlos Alonso. Proceso: 10657. Publicada: Sí 726

DICTAMEN PERICIAL-Traslado. El traslado de los dictámenes periciales dispuesto en la ley tiene como fin primordial el de poner en conocimiento de los sujetos procesales este medio de prueba, para que en ejercicio del derecho de contradicción probatoria puedan solicitar su aclaración, ampliación o adición u objetarlo, según el caso, para lo cual se establece un término perentorio: 5 días para los primeros eventos y hasta cuando finalice la audiencia pública para el último, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2o. del artículo 270 del C. de P.P. Magistrado Ponente: Dr. Carlos A. Gálvez Argote. Sentencia Casación. Fecha: 11/09/1996. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Medellín. Recurrente: Usuga David, Luis Eduardo. Delitos: Violación a la Ley 30/86. Proceso: 9502. Publicada: Sí 729

NULIDAD/ DEBIDO PROCESO. 1.- Cierto es que el respeto por las formas procesales ya cumplidas constituye garantía de seguridad jurídica para el acusado, al igual que para los demás sujetos procesales, pero ello no significa que aún frente a casos de manifiesta ilegalidad procesal, las actuaciones ejecutoriadas, se tornen inamovibles. No puede olvidarse que la declaración del derecho material presupone la legalidad del trámite procesal y que paralelamente a los intereses del incriminado, están los de la colectividad, cuya protección se integra también al concepto del debido proceso.

De allí que en tratándose de actuaciones ilícitas encaminadas a alterar la verdad real u obtener ventajas procesales indebidas, sobre cuya existencia no se tenga duda en el proceso, sea deber del funcionario judicial aplicar los correctivos necesarios, de acuerdo con las opciones que el mismo procedimiento le brinda, en orden a restablecer su legalidad. Y, una de estas alternativas, es la nulidad, cuando procesalmente no existe otra solución pu-

Pág.

sible.. Magistrado Ponente: Dr. Fernando Arboleda Ripoll. Sentencia Casación. Fecha: 11/09/1996. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Parte Civil: Gutiérrez A., Juan Manuel. Recurrente: Morales Rozo, Jairo Hernando. Delitos: Homicidio Culposo. Proceso: 10220. Publicada: Sí. Aclaración de Voto: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar 736

NULIDAD / DEBIDO PROCESO. (Aclaración de Voto). Lo que sucede es que la ley procesal creó la posibilidad de concluir el juzgamiento mediante decisiones formalmente interlocutorias para no desgastar la jurisdicción, haciéndola llegar a la sentencia y previa superación de todas las etapas procesales que para arribar se requieren, y otorgó al investigador la facultad de precluir y al fallador la facultad de cesar procedimiento. Pero en uno y otro caso, la decisión es materialmente una sentencia, pues ella declara el derecho sustancial y lo hace con carácter definitivo, inmutable y de verdad real, esto es, con fuerza de cosa juzgada. Por eso yo no veo obstáculo alguno para que se case una sentencia por la vía de la causal primera y, si fuere el caso, se profiera por el Tribunal de Casación auto de cesación de procedimiento, cuando así lo prevea la regla del rito. De ahí que en la aclaración de voto de septiembre 16 de este año hubiera señalado:

"Entonces cuando el artículo 229 del C.P.P. dispone en su numeral primero que si la causal aceptada fuere la primera, la Corte casará el fallo y dictará el que deba reemplazarlo, ha de entenderse que el concepto de fallo de reemplazo es el de sentencia material y no formal. Tanto es así que la misma solución está prevista para típicos vicios de actividad como son los de las causales segunda y tercera de casación, cuando esta última afecte exclusivamente la sentencia impugnada". Aclaración de voto: Dr.Carlos Eduardo Mejía Escobar. Fecha: 11/09/1996. Proceso: 10220. Publicada: Sí . Magistrado Ponente: Dr. Fernando Arboleda Ripoll 752

ACCION DE REVISION. No es mero capricho de técnica que lo que antes el legislador denominaba "recurso extraordinario de revisión", hoy se haya regulado como "acción de revisión". En efecto, asaz elocuente es la diferencia entre "recurso" y "acción" que hizo esta Sala en auto del 13 de noviembre de 1980, cuya parte pertinente expresó:

"El recurso es un incidente que surge en el proceso para el proceso mismo. Por ser el recurso un incidente dentro del proceso

Pág.

hay continuidad, pues lo ventilan los mismos sujetos procesales, o partes como suele llamárseles, con su intervención activa o pasiva en proponerlo, o mediante actos de oposición o coadyuvancia al discutirlo.

"La acción, por el contrario, es un derecho que surge antes o después del proceso para cambiar o modificar un status que en la revisión es el que establece la sentencia condenatoria. Por ser la acción un derecho y no un mero incidente del proceso no hay continuidad procesal predicable, pues la revisión simplemente busca provocar un nuevo proceso sobre el proceso ya fenecido".

De tal manera que, si la sentencia cuya revisión se solicita es inatacable por regla de autoridad de cosa juzgada, ese nuevo proceso que amerita la susodicha acción sólo puede surgir como consecuencia de la protuberancia de las falsedades o fraudes que a ella condujeron (ex capite falsi, o propter falsa) o de la contraprueba que inicialmente aporte el demandante, en relación con hechos nuevos o con la existencia de otros medios de prueba que muy seguramente con posterioridad evidenciarán la equivocación del fallo (ex capite novarum, o propter nova). Magistrado Ponente: Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego. Acción de Revisión. Fecha: 12/09/1996. Decisión: Reconoce apoderado e inadmite la demanda de revisión. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Medellín. Procesado: Villa Saldarriaga, Jáder de Jesús. Delitos: Porte de armas de defensa personal, Homicidio. Proceso: 11993. Publicada: Sí 755

COLISION DE COMPETENCIA/ FISCAL. El Art. 97 del C. de P. Penal, al tratar sobre el concepto de "Colisión de Competencias", indica que ésta se presenta cuando dos o más funcionarios judiciales consideren que a cada uno de ellos corresponde adelantar el juzgamiento (la instrucción para el caso que nos ocupa), "... o cuando se niegan a conocer por estimar que no es de competencia de ninguno de ellos...".

Así las cosas, si el Jefe de Unidad de Fiscalía delegada ante los Jueces Penales del Circuito, estimaba que tampoco era competente para el conocimiento del caso, dada la cuantía inferior a 20 salarios mínimos legales para la época de comisión del evento (año 1991), debió aceptar el conflicto negativo y disponer la remisión del proceso al superior funcional correspondiente, a fin de que resolviera lo pertinente.

Ya la Corte, en interlocutorio de junio 13 próximo pasado, con ponencia del Dr. Juan Manuel Torres Fresneda, expresó sobre caso similar:

Pág.

"... hallándose la actuación -se insiste- dentro de la etapa instructiva, de no coincidir la Fiscalía ... como adjudicataria del asunto, con el criterio de la Regional, quedaba en el deber de consignar sus razones de disenso entrando allí sí a formalizar la colisión, a dirimirse, en todo caso, al interior de la Fiscalía y no en la Corte...". Magistrado Ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Auto Colisión de Competencias. Fecha: 13/09/1996. Decisión: Se abstiene de pronunciarse sobre el conflicto. Procedencia: Fiscalía Regional. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Procesado: Acosta Barahona, Rubén. Proceso: 12185. Publicada: Sí 764

CASACION DISCRECIONAL/ CONTRAVENCION. El artículo 218 del Código de Procedimiento Penal establece en el primer inciso que el recurso extraordinario de casación procede contra las sentencias proferidas por el Tribunal Nacional, los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y el Tribunal Superior Militar, en segunda instancia, por los DELITOS que tengan señalada pena privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de 6 años.

En el inciso tercero consagra que se puede aceptar el recurso extraordinario en casos distintos a los anteriormente mencionados, cuando se considere necesario para el desarrollo de la jurisprudencia o la preservación de los derechos fundamentales.

Obviamente, los casos distintos hacen relación a sentencias de segunda instancia dictadas por delitos, que, o bien no reúnen el requisito de la pena no obstante haber sido proferidas por Tribunales, o fueron dictadas por Juzgados del Circuito.

Conforme a lo reglado, es claro que en cualquiera de los dos eventos para que sea viable la impugnación es requisito indispensable que se trate de delitos, de manera que las sentencias dictadas respecto de contravenciones no son susceptibles del recurso de casación. Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel. Casación Discrecional. Fecha: 13/09/1996. Decisión: Inadmite el recurso de casación excepcional. Procedencia: Juzgado 17 Penal del Circuito. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. No Recurrente: Cabrera, Fredy Alexánder. Delitos: Hurto agravado. Proceso: 11995. Publicada: Sí 769

COLISION DE COMPETENCIA. Las colisiones de competencia que surjan en la etapa de investigación entre un Fiscal Delegado ante los Jueces Regionales y un Fiscal Delegado ante los Jueces del Circuito deben ser resueltas por el correspondiente superior de estos funcionarios, tal como lo dispone el numeral 1° del artículo 20 del Decreto número 2699 de 1991 (Estatuto Orgánico de la

Pág.

Fiscalía General de la Nación).. Magistrado Ponente: Dr. Jorge E. Córdoba Poveda. Auto Colisión de Competencias. Fecha: 16/09/1996. Decisión: Se abstiene de dirimir. Procedencia: Fiscal Regional y Seccional. Ciudad: Medellín y La Ceja. Procesado: Obando Pareja, Osman Darío. Procesado: Vélez Angel, Joel Orlando. Procesado: Jaramillo Uribe, Elkin Darío. Procesado: Vélez Caicedo, Paúl Andrea. Procesado: Vélez Angel, Héctor Julián. Procesado: Gallego, José Libardo. Delitos: Porte ilegal de armas. Proceso: 12155. Publicada: Si 772

IMPEDIMENTO -Haber dado opinión sobre el caso. Si se llegare a aceptar que la resolución previa de un caso inhabilita al juzgador para decidir otro con iguales presupuestos fácticos, por el prurito de que con aquella comprometió su opinión, no sólo se haría imposible la reiteración de la jurisprudencia, toda vez que al resolver un caso quedaría inhibida la Corte para pronunciarse en otro igual, sino que en los eventos de ruptura de la unidad procesal, como en los institutos de sentencia anticipada o audiencia especial en los cuales los sindicados pueden independientemente unos de otros hacer acuerdos o aceptaciones de cargos, sería necesario contar con un número de jueces directamente proporcional al de procesados, supuesto que al proferir sentencia contra uno de éstos quedaría impedido para hacerlo respecto de los demás, pues ya habría manifestado su opinión sobre el asunto materia del proceso."(artículo 103 - 4 C. de P.P.). Magistrado Ponente: Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego. Auto Impedimento. Fecha: 16/09/1996. Decisión: Declara infundado el impedimento manifestado por un Magistrado de Tribunal. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Neiva. Procesado: Moyano Sánchez, Efraín. Delitos: Fraude procesal. Proceso: 12113. Publicada: Sí 775

PRESCRIPCION DE LA ACCION/ NULIDAD. Si lo pretendido era plantear la prescripción de la acción penal, era lo viable acudir a la causal tercera de casación y solicitar la nulidad del proceso, mas no la causal primera, cuyas consecuencias, en caso de prosperar, se concretarían en la emisión del fallo de reemplazo.. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Sentencia Casación. Fecha: 16/09/1996. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Recurrente: Díaz Correa, Gustavo Adolfo. Recurrente: Cohen Pallares, Arnaldo. Delitos: Fraude procesal. Proceso: 9105. Publicada: Sí . Aclaración de voto: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar 781

Pág.

PRESCRIPCION DE LA ACCION. (Aclaración de Voto). Cuando el artículo 229 del C.P.P. dispone en su numeral primero que si la causal aceptada fuere la primera, la Corte casará al fallo y dictará el que deba reemplazarlo, ha de entenderse que el concepto de fallo de reemplazo es el de sentencia material y no formal. Tanto es así que la misma solución está prevista para típicos vicios de actividad como son los de las causales segunda y tercera de casación, cuando esta última afecte exclusivamente la sentencia impugnada.

Entiendo que acudir en éstos casos a la causal de nulidad implicó, frente a la rigurosidad del recurso y de su técnica, una solución de justicia material a fin de poder declarar la prescripción de manera oficiosa. Pero esa razón no puede soslayar el concepto de violación de derecho sustancial que subyace en el fallo que no declara la prescripción, existiendo, hasta el punto de considerar mal concebida una demanda que la alega correctamente. Además de que ahora esa facultad oficiosa también alcanza frente a la violación de garantías fundamentales que no por ser tales suponen siempre vicios de procedimiento puesto que muchas de ellas son de carácter sustancial, como ocurre, por ejemplo, con los principios de legalidad del delito y de la pena.

Aclaración de voto: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Fecha: 16/09/1996. Proceso: 9105. Publicada: Sí. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar 794

COLISION DE COMPETENCIA/ ABUSO DE CONFIANZA. El bien jurídico protegido en el caso es el patrimonio económico, pero no hay duda que, en tratándose del abuso de confianza, tal protección se matiza por el propósito de conservar la capacidad de disposición que tiene el propietario sobre la cosa.

Por cuanto la estructura típica del hecho punible de abuso de confianza no sufrió variaciones sustanciales en el tránsito del Código Penal de 1936 al vigente, cobran renovado vigor para este debate las precisiones hechas por la Corte en el auto de noviembre 27 de 1980, con ponencia del desaparecido magistrado Fabio Calderón Botero, que son del siguiente tenor:

"Es cierto que la jurisprudencia sostuvo en alguna época que el conocimiento de procesos por el delito de abuso de confianza correspondía al juez del lugar donde se entregaba la cosa a título no traslaticio de dominio, o bien al del sitio donde ésta debía restituirse o debía de rendirse cuentas. Entre uno y otro extremo vacilaba la Corte.

Pág.

"Sin embargo, esos criterios fueron desechados frente a esta verdad jurídica indiscutible: el delito de abuso de confianza es un punible de comisión instantánea. Luego, se consuma en el momento mismo en que el agente efectúa un acto externo de disposición de la cosa o de incorporación de ella a su patrimonio, con ánimo de señor o dueño, esto es, con animus rei sibi habendi, o como otros expresan, cuando procede uti domine.

"Es obvio que este criterio se encuentra sujeto a la prueba de la ejecución, en un determinado territorio, de ese acto externo. Si se logra probatoriamente ubicar el sitio, al juez que allí tenga jurisdicción le corresponde su conocimiento (art. 41 del C. de P. P. -se refiere al art. 78 de hoy-). Si, por el contrario, el lugar es desconocido la competencia se fijará a prevención (art. 42 ibidem -concliga con el actual art. 80-)". Magistrado Ponente: Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego. Auto Colisión de Competencias. Fecha: 17/09/1996. Decisión: Asigna conocimiento al Juez Segundo Penal Municipal de Sonsón. Procedencia: Juzgado Penal Municipal. Ciudad: Aguadas (Caldas). Procesado: Orozco, Wilson. Procesado: Valencia, Alonso. Proceso: 12184. Publicada: Sí 800

COMPETENCIA A PREVENCION. Si bien es cierto en atención al factor territorial, el Juez competente para conocer de un determinado asunto, es el del lugar de comisión del hecho punible, al ser incierto ese marco espacial, ha de aplicarse la previsión del artículo 80 del Código de Procedimiento Penal, que precisamente regula la «competencia a prevención» en estos eventos, fijándola en «el funcionario judicial competente por la naturaleza del hecho, del territorio en el cual se haya formulado primero la denuncia, o donde primero se hubiere proferido resolución de apertura de instrucción» (Resaltó la Sala).

En punto a este tipo de divergencias, la Sala considera prudente enfatizar que la teleología que inspira la preceptiva legal de la «competencia a prevención», es precisamente el evitar que los funcionarios judiciales se distraigan en este tipo de discusiones incidentales surgidas de la indeterminación del lugar de consumación del hecho punible, y desvíen con ello el objeto central de su actuación, cual es la efectividad del derecho sustancial, según el artículo 228 de la Constitución Nacional. Magistrado Ponente: Dr. Fernando Arboleda Ripoll. Auto Colisión de Competencias. Fecha: 17/09/1996. Decisión: Adscribe la competencia al Juzgado 4° Penal del Circuito de Honda. Procedencia: Juzgado Primero Penal del Circuito. Ciudad: La Dorada (Caldas). Procesado: García Méndez, Francisco Armando. Delitos: Hurto agravado. Proceso: 11698. Publicada: Sí 806

Pág.

LIBERTAD PROVISIONAL/ TERMINO. El vencimiento de los términos para decidir el recurso de casación no es circunstancia que por sí sola se constituya en causal de libertad, pues no está prevista como tal dentro de la enumeración del artículo 415 ni en ningún otro precepto del Código de Procedimiento Penal. Además, es el creciente número de procesos que llegan a la Corte en Casación y la prelación que tienen otros asuntos como las acciones de tutela lo que ha impedido el cabal cumplimiento de los términos para decidir, pero no solamente en este caso donde ya se registró el proyecto de fallo, sino en forma generalizada, de manera que por ministerio de la ley los asuntos pendientes se tienen que resolver en el orden de ingreso al despacho. Magistrado Ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda. Casación -Libertad-. Fecha: 17/09/1996. Decisión: Niega libertad provisional. Procedencia: Tribunal. Ciudad: Nacional. Recurrente: Santos Forero, Luis Francisco. Delitos: Violación a la Ley 30/86. Proceso: 10577. Publicada: Sí 811

PERITO/ NARCOTRAFICO. La jurisprudencia de la Corte tiene establecido que si bien es cierto, el dictamen de Medicina Legal goza de preferencia para comprobar la materialidad de un atentado contra la Ley 30 de 1986, no lo es menos que este no es el único medio a través del cual pueda obtenerse una tal demostración. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego. Sentencia Casación. Fecha: 18/09/1996. Decisión: No Casa.. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cali. Recurrente: Abril Tafur, Luis Francisco. Delitos: Violación a la Ley 30/86. Proceso: 9664. Publicada: Sí 813

JUSTICIA PENAL MILITAR/ COMPETENCIA. Dos son las condiciones que el artículo 221 de la Constitución Nacional establece para que la investigación y juzgamiento de los delitos cometidos por miembros de la Fuerza Pública sea de conocimiento de la justicia penal militar: a) Que el imputado al ejecutar la conducta ilícita se encuentre en servicio activo; y b) Que el delito guarde relación con el servicio.

Para la aplicación del régimen foral militar no basta, por consiguiente, que se tenga la calidad de miembro activo de la fuerza pública al ejecutar el hecho punible; es necesario, además, que el delito esté sustancialmente vinculado con la actividad militar o policial desarrollada por el sujeto agente. Si este nexo no se presenta, será la justicia ordinaria, no la militar, la que deba conocer del asunto. Magistrado Ponente: Dr. Fernando Arboleda Ripoll. Sentencia Casación. Fecha: 18/09/1996. Decisión: Casa.

decreta nulidad, ordena libertad.. Procedencia: Tribunal Superior. Ciudad: Militar. Procesado: Rincón Nelta, César Jerónimo. Delitos: Homicidio. Proceso: 9996. Publicada: Sí 821

NARCOTRAFICO- Incautar. Trátase en consecuencia, de que en la sistemática de la ley, el «incautar» no es nada menos que una típica imprecisión legislativa, que no obvia el encuentro de su real sentido, el cual no es otro que el de especificar un incremento de la pena cuando la droga objeto del delito exceda las cantidades previstas en el artículo 38.3 del Estatuto Nacional de Estupefacientes.». Magistrado Ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda. Sentencia Casación. Fecha: 18/09/1996. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal. Ciudad: Nacional. Recurrente: Correa Alzate, Jairo. Delitos: Violación a la Ley 30/86. Proceso: 9582. Publicada: Sí 828

CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACION PUNITIVA/ PENA/ CONCUSION. También yerra al decir que esta agravante no se puede aplicar por ser el acusado servidor público, pues como lo ha repetido la Sala en distintos pronunciamientos, lo uno no excluye lo otro, y la explicación es la siguiente:

«Lo anterior está indicando que en presencia de esa inmensa gama de empleados oficiales, todos posibles sujetos activos de los delitos de responsabilidad, es perfectamente factible deducir la circunstancia de agravación punitiva en comento (ord. 11, del art.66) en relación con algunos de ellos por su preeminencia respecto a los demás. Y entre estos empleados oficiales se encuentran, indudablemente, los jueces, quienes por su propia función están obligados, como los que más, a obedecer la ley, aquella misma ley por cuyo incumplimiento sanciona a otros. Es obvio que el delito cometido por un Juez, así sea de aquellos ilícitos de los que sólo pueden ser sujeto activo los empleados oficiales, produce un gravísimo impacto negativo en la sociedad, lo cual justifica ampliamente un incremento punitivo precisamente por lo que él representa ante la sociedad». (Sent. 21 de nov. de 1990. M. P. Guillermo Duque R.).

Es un sofisma de distracción decir que como el legislador le fijó a la concusión una pena mínima de dos años, es porque la gravedad intrínseca de esta conducta no tiene una consecuencia punitiva que vaya más allá de ese tiempo, salvo condiciones que señalen una gravedad especial, pues es obvio que las implicaciones que la conducta tiene a los ojos del legislador no se infieren exclusivamente del mínimo sino de los extremos punitivos, y ellos se señalan para que el juez, ante el caso concreto, y teniendo en cuenta los factores para dosificarla, entre los cua-

les está la gravedad, precise la pena aplicable. Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel. Sentencia Segunda Instancia. Fecha: 18/09/1996. Decisión: Confirma en su integridad la sentencia apelada. Procedencia: Tribunal. Ciudad: Nacional. Procesado: Tobón Duque, Alirio de Jesús. Delitos: Concusión. Proceso: 11101. Publicada: Sí 847

UNIDAD PROCESAL. Desde luego que el instructor fue desacertado, aunque de manera intrascendente para los derechos del acusado, al revocar parcialmente el auto de cierre, ante el recurso de reposición que se le presentó, para ordenar que en el original continuara el trámite normal del proceso contra el sindicado y que en las copias se investigara al otro partícipe, porque la información que se tenía era la de que éste ya había fallecido, y aunque no hubiera sido así, de todas maneras no ha debido reponer, sino calificar y en ese momento ordenar compulsar las pertinentes copias. Magistrado Ponente: Dr. Jorge E. Córdoba Poveda. Sentencia Casación. Fecha: 18/09/1996. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Recurrente: Pérez Cifuentes, José Francisco. Delitos: Hurto calificado y agravado. Homicidio. Proceso: 9687. Publicada: Sí 855

La Imprenta Nacional de Colombia
realizó el diseño gráfico de
«Gaceta Judicial, Segundo Semestre de 1996 -Volumen I»
y terminó su impresión en noviembre de 1998

Ivstitia et Libertas